



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67355-61-7



Libellula

WWW.DEIUSTITIA.IT

Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 3 / Luglio 2020 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella – Prof. Amedeo Arena – Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia – Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Avv. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella – Prof. Avv. Gianluca Cascella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio – Avv. Gaetano del Giudice – Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Avv. Davide Giordano – Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti – Dott.ssa Daniela Messina - Avv. Ferdinando Migliozzi - Dott. Andrea Napolitano – Dott.ssa Edda Napolitano – Prof.ssa Anna Papa – Dott. Giacomo Palombino – Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro – Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo – Dott. Francesco Zappatore

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing

via Roma 73 – 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

La sfida della codificazione del procedimento amministrativo europeo: il principio di partecipazione negli ordinamenti nazionali e nel diritto amministrativo europeo.
di Sara Amato **Pag. 4**

La tutela della concorrenza quale "limite" all'attività delle Pubbliche amministrazioni in ambito economico. Alla ricerca di una legittimazione costituzionale.
di Antonia Foglia **Pag. 17**

*Riflessioni sulla natura giuridica delle società pubbliche:
La responsabilità degli amministratori.*
di Emilio Boccia **Pag. 43**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

Brevi profili teorici e processuali del danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c.
di Vincenza Anastasia Mancino **Pag. 58**

Il privilegio che assiste il credito dell'imprenditore agrituristico.
di Alessio Caracciolo e Paola Romito **Pag. 73**

Il nesso di causalità nell'ambito della responsabilità medica alla luce delle sentenze San Martino 2019: onere probatorio e distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione.
di Monica Guzzardi **Pag. 88**

PARTE III – DIRITTO PENALE

Il reato di illecita concorrenza con violenza o minaccia ex art. 513bis: la soluzione delle Sezioni Unite.
di Roberta Chiummariello **Pag. 123**

Il camaleontismo funzionale della confisca di prevenzione.
di Luigi Petrosino **Pag. 133**

"Molto rumore per nulla". Una trasposizione giurisprudenziale della "nuova" legittima difesa.
di Francesca Pia Bisceglia **Pag. 152**

PARTE IV – FOCUS PROCESSUALI

L'eccezione di tardivo disconoscimento della sottoscrizione.
di Giorgio Potenza

Pag. 164

PARTE V – FOCUS BIOETICA

Gli animali: da res a soggetti senzienti. Sinopia dell'evoluzione bioetica, giuridica, teorico-dottrinale e sociologica, dalla potenzialità della comunicazione empatica sino alla teoria di Regan.
di Edda Napolitano

Pag. 190

PARTE VI – COMPARATIVE, EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW

Coordinato dal dott. Simone Petralia

The management of prisoners in France at the time of coronavirus.
di Agnès Lengagne

Pag. 204

PARTE VII – FOCUS ESECUZIONI

Coordinato dal dott. Alessandro Auletta

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 13.2.2020, n. 3697"
di Flavia Bonelli

Pag. 217

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 5.3.2020, n. 6174"
di Alessandra Migliorino

Pag. 220

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 19.11.2019, n. 30110"
di Angela Fucci

Pag. 224

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 28.1.2020, n. 1928"
di Fabio Iappelli

Pag. 227

La sfida della codificazione del procedimento amministrativo europeo: il principio di partecipazione negli ordinamenti nazionali e nel diritto amministrativo europeo.

di Sara AMATO*

SOMMARIO: **1.** Premessa; **2.** L'esigenza di un procedimento amministrativo europeo; **3.** Le problematiche sottese alla codificazione del procedimento amministrativo europeo; **4.** Il principio partecipativo nel diritto amministrativo europeo; **5.** ... e nei principali ordinamenti nazionali; **6.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: *For some time the doctrine has been wondering about the need for a European administrative procedure. The aim of the work is to analyze the concept of participation in the administrative procedures of individual European States, in order to understand if a general concept of participation can be identified.*

1. Premessa.

Con le novelle del Trattato di Lisbona, gli interventi del Parlamento europeo e la costituzione del gruppo di studiosi *ReNEUAL*, la dottrina¹ è tornata ad interrogarsi sull'opportunità e le effettive necessità di codificare, in ambito comunitario, il procedimento amministrativo.

Un obiettivo ambizioso che rafforzerebbe i particolarismi del diritto amministrativo europeo, dando linfa allo sviluppo di una scienza europea del diritto amministrativo, limiterebbe il disorientamento del cittadino europeo all'interno della farraginoso macchina pubblica, agevolerebbe le imprese nel mercato e consoliderebbe il progetto di una amministrazione "aperta, efficace e indipendente", come delineata nel Trattato di Lisbona².

* *Assegnista di ricerca presso l'Università Federico II di Napoli.*

¹ F. BIGNAMI, S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Giuffrè, 2004; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 1999; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007; G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo: principi e istituti*, Giuffrè, 2006.

² Art. 298 TFUE, comma 1: *Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente.*

Un'operazione tanto ambiziosa quanto complessa, date le numerose problematiche, strutturali e funzionali, che ingenerano perplessità circa le ragionevoli probabilità di successo della stessa³.

Valutate le esigenze di codificazione del procedimento amministrativo europeo ed esaminate le difficoltà sottese, scopo del lavoro è quello di analizzare il valore e l'estensione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo nei singoli ordinamenti europei e nell'ambito del diritto Europeo, al fine di comprendere se possa essere elaborato, alla luce degli ultimi interventi normativi e giurisprudenziali, un concetto generale di partecipazione, tale da essere applicato in tutti gli ordinamenti nel rispetto delle tradizioni giuridiche.

2. L'esigenza di un procedimento amministrativo europeo.

La mancanza di una disciplina legislativa generale, in ambito comunitario, sul procedimento amministrativo è stata tacciata quale fattore di limitazione delle tutele, nonché causa di incertezze sulla portata dei principi generali dell'attività amministrativa, contenuti nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali⁴.

A livello europeo la nozione di procedimento amministrativo è emersa in ritardo, a causa sia della convinzione della impossibilità di codificare i principi del diritto amministrativo sia dell'iniziale influenza della dogmatica privatistica sugli studi amministrativi, che focalizzava l'attenzione sugli atti amministrativi piuttosto che sul relativo procedimento di formazione⁵.

L'esigenza di un procedimento amministrativo europeo è nata principalmente dall'intensificarsi dei rapporti delle amministrazioni europee con i cittadini e, soprattutto, con le imprese che operano nel mercato comune⁶.

L'esistenza di un procedimento amministrativo a livello europeo consentirebbe: 1) di coordinare al meglio il lavoro delle diverse amministrazioni, nazionali e europee, che si sostanzia nei c.d. procedimenti composti; 2) di creare canali informativi mediante anche la partecipazione dei privati; 3) di rappresentare gli interessi coinvolti nella decisione dell'amministrazione⁷.

³ S. CASSESE, *Una legge sul procedimento amministrativo?*, in *Giornale di diritto amm.*, 2004, 12, pp. 1133 e ss..

⁴ Così: B. G. MATTARELLA, *La risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013, 3, pp. 281 e ss..

⁵ S. BATTINI, E. CHITI, D. U. GALLETTA, B.G. MATTARELLA, C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2013, pp. 332 e ss..

⁶ V. CAPUANO, *La protezione dei dati ed il progetto di procedimento amministrativo europeo*, in *www.federalismi.it*.

⁷ S. BATTINI, E. CHITI, D. U. GALLETTA, B. G. MATTARELLA, C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, M. P. CHITI, *cit.*, 334: "Sotto questo profilo, al livello europeo, il procedimento è uno dei rimedi al

Parere favorevole alla codificazione del procedimento è stato espresso dal Parlamento europeo con risoluzioni del 2013 e 2016⁸. In realtà, già nel 2001 il Parlamento europeo si era occupato della definizione di regole generali sull'attività delle amministrazioni europee con una risoluzione la quale poi ha generato il Codice di buona condotta amministrativa. Quest'ultimo, redatto su proposta del Mediatore, contiene molti principi che regolano l'esercizio dei poteri amministrativi europei (legalità, imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, diritto di accesso) e molte regole procedurali, quali il termine ragionevole, il diritto di essere ascoltato, la motivazione, l'avviso di ricevimento e la notifica della decisione.

3. Le problematiche sottese alla codificazione del procedimento amministrativo europeo.

Numerose sono le problematiche, strutturali e funzionali, sottese al processo di codificazione del procedimento amministrativo europeo.

La principale è di natura strutturale. Il sistema organizzativo europeo si compone non solo di agenzie e di *Autorities*, ma anche di organismi misti e, soprattutto, di amministrazioni nazionali che operano in funzione dell'Unione⁹. Diventa, pertanto, doveroso confrontarsi con i modi di attuazione congiunta delle norme e politiche europee¹⁰, oltre che con le novità introdotte dal Trattato di Lisbona in tema di pubblica amministrazione e di rapporti tra amministrati e amministratori. La circostanza che l'attuazione del diritto europeo avvenga mediante gli apparati amministrativi nazionali mette in risalto l'aspetto della funzionalizzazione delle amministrazioni nazionali rispetto alle regole europee. Queste ultime, pur rimanendo ancorate, da un punto di vista organizzativo, ai rispettivi sistemi, sotto il profilo funzionale, operano come amministrazioni comuni del più ampio ordinamento europeo¹¹.

difetto di legittimazione democratica, spesso lamentato in ordine alle istituzioni dell'Unione: il processo politico tende a riprodursi dinanzi alla pubblica amministrazione e il procedimento amministrativo, che si assimila questa volta a quello legislativo, diventa autonoma fonte di legittimazione".

⁸ Per uno studio approfondito: B. G. MATTARELLA, *cit.*; F. ROLANDO, *La proposta del Parlamento europeo di adozione di un regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente*, in www.dirittounioneuropea.eu.

⁹ E. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo* in *Giornale di dir. amm.*, 7/2014, p. 677.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo Europeo*, Giuffrè, 2007.

Inizialmente mancava nell'architettura istituzionale europea un organo propriamente amministrativo, poiché la fase esecutiva era demandata esclusivamente alle amministrazioni nazionali¹². Solo negli anni Ottanta, con il rafforzamento del processo di integrazione comunitaria fondato su una applicazione estensiva delle regole di concorrenza, si afferma la posizione della Commissione europea quale organo amministrativo dotato di poteri esecutivi e di controllo, riconosciuti dai Trattati. Parallelamente, la struttura organizzativa europea si arricchisce dell'istituzione di numerose agenzie, autonome ed indipendenti rispetto alla Commissione¹³.

La problematica dell'innesto costituzionale delle amministrazioni pubbliche si è posta in maniera significativa per gli organismi ultrastatali, in particolare per l'Unione europea.

La Corte di giustizia ha ritenuto l'Amministrazione europea soggetta ai trattati, alla legislazione europea, ai principi affermati dalla stessa ed alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁴. Dalla legislazione e dalla giurisprudenza europea emerge una Amministrazione disancorata dall'esecutivo, diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali. Se, infatti, in quest'ultimi l'amministrazione risponde al potere esecutivo, rappresentato dal Governo, nell'ordinamento europeo risponde ad un potere esecutivo al quale concorrono la Commissione, il Consiglio e gli Stati membri. In altri termini, l'esecutivo si presenta come potere condiviso, esercitato da organismi disomogenei¹⁵.

L'ordinamento Europeo è stato concepito quale pubblico potere senza amministrazione diretta, dalla struttura burocratica estremamente ridotta perché fondata sull'esecuzione indiretta delle politiche comunitarie¹⁶. Nel corso degli anni, il modello originario è stato modificato al punto tale da ampliare il ruolo

¹² G. NAPOLITANO, *cit.*, 36.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, *cit.*, 72.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2008, p. 61 : "La Comunità europea si avvale degli apparati amministrativi dei singoli Stati membri i quali agiscono come terminali esecutivi della volontà unitaria, operando come sue branche (questo aspetto appare evidente nella lettura dell'art. 5, comma 2, del Trattato Ceca, ove si prevede che le istituzioni della Comunità esercitano le proprie funzioni "con un apparato ridotto, in cooperazione stretta con gli interessati", mentre nel Trattato CE si evince dall'affermazione generale contenuta originariamente nell'art.5, secondo il quale gli Stati membri devono facilitare le istituzioni comunitarie nell'adempimento dei loro compiti). D'altronde, essendo il modello istituzionale comunitario espressione non di una impostazione precisa, ma di un equilibrio in evoluzione tra le esigenze nazionali e quelle intergovernative e mancando una articolazione definita per funzioni fondamentali e per poteri distinti, la scelta di una amministrazione assai limitata diviene quasi obbligata".

dell'Amministrazione: modelli di coamministrazione, di amministrazione diretta e di compartecipazione si sono progressivamente affermati grazie alla Corte di Giustizia e al rafforzamento del processo di integrazione. Di talché, l'organizzazione europea da monista è diventata, gradualmente, pluralista; da compatta a reticolare.

Con il Trattato di Lisbona questo quadro è rimasto invariato: per Amministrazione europea si intende l'insieme degli organismi e delle istituzioni dell'Unione europea, cui è affidato il compito di svolgere attività sostanzialmente amministrativa e di emanare atti amministrativi. Proprio come in origine, è difficile individuare una "Pubblica Amministrazione" (intesa quale plesso che risponde all'organo esecutivo), poiché manca una netta e limpida ripartizione tra le istituzioni europee: la Commissione, in qualità di organo esecutivo, svolge le sue attività con l'ausilio di organismi europei, quali le Agenzie esecutive, i Comitati e le Agenzie europee.

Da un punto di vista strutturale il Trattato di Lisbona non introduce sostanziali novità¹⁷. All'opposto, da un punto di vista funzionale, con l'adozione degli art. 6 e 15 del TUE, 197 e 298 del TFUE e 41 e 42 della Carta dei diritti fondamentali, sono assegnate nuove competenze all'Unione europea nel campo della pubblica amministrazione, nonché delle relazioni tra amministratori e amministrati¹⁸.

Un ulteriore ostacolo strutturale alla codificazione del procedimento amministrativo europeo è ravvisabile proprio nella disciplina dell'amministrazione posta dal Trattato di Lisbona, troppo semplificata per offrire fondamenta stabili alla costruzione di principi e regole del procedimento, le quali, *rebus sic stantibus*, dovrebbero essere ricercate al di fuori del Trattato, nel più ampio e ricco diritto costituzionale europeo¹⁹.

Da un punto di vista funzionale, il principale ostacolo risiede nella mancanza, ad oggi, di una disciplina legislativa uniforme e nella scelta del modello di procedimento al quale ispirarsi.

Molti Stati europei hanno codificato la disciplina del procedimento amministrativo: in Spagna, ad esempio, una prima legge fu emanata nel 1889, in Austria nel 1925, in Germania nel 1976, in Italia nel 1990²⁰. Ognuna di esse

¹⁷ Per uno studio approfondito si rimanda a, *ex multis*, D. SORACE, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona* in *Dir. pubblico*, 2013, 1, pp. 167-238.

¹⁸ P.V. DASTOLI, D. DOTTO, *L'evoluzione dell'amministrazione europea: dalla cultura della governante al Trattato di Lisbona*, in www.astrid-online.it.

¹⁹ In tal senso: E. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, *cit.*, p. 678.

²⁰ G. NAPOLITANO, *cit.*, p. 108.

presenta proprie peculiarità, così come i procedimenti amministrativi dei singoli Stati europei presentano differenze significative.

4. Il principio partecipativo nel diritto amministrativo europeo.

L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce il diritto ad una buona amministrazione, che si sostanzia nel diritto di ogni persona ad essere ascoltata nel processo, ad accedere al fascicolo che la riguarda, nonché nell'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni.

Il diritto ad una buona amministrazione si scompone in una serie di atti procedurali, i quali attengono al modo in cui si formano (o si esternano) le decisioni amministrative, non ai caratteri strutturali di queste ultime o agli effetti che esse producono²¹. Ciò non significa che non ci si preoccupi dei problemi legati alla forma e alla sostanza delle decisioni amministrative: essi sono semplicemente assorbiti nella prospettiva del procedimento che consente di affrontare in termini più ampi il tema del rapporto tra amministrazioni e cittadini²².

All'interno di quest'ultimo una tematica che ha tenuto banco per anni è quella della partecipazione.

Nell'esperienza europea il principio della partecipazione²³ si è sviluppato principalmente per opera della giurisprudenza²⁴, traducendosi nel principio ad essere ascoltati, inizialmente nei procedimenti sanzionatori²⁵. Successivamente il diritto di partecipare al procedimento è stato esteso ai destinatari di tutti i provvedimenti sfavorevoli²⁶.

²¹ G. NAPOLITANO, *cit.*, p. 107.

²² *Ibid.*

²³ In materia si consigliano: J.M. JOSHUA, *The right to be heard in EEC Competition Procedures*, in *Fordham International Law Journal*, 1991, p. 16; F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in S. CASSESE, F. BIGNAMI (a cura di), Giuffrè editore, Milano, 2004, p. 87.

²⁴ G. NAPOLITANO, *cit.*.

²⁵ Corte di Giustizia, 4 luglio 1963, causa c-32/62, *Alvis v. Consiglio delle Comunità europee*, in S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo*, La Feltrinelli, 2006: "In base a un principio di diritto amministrativo ammesso in tutti gli Stati membri della Comunità economica europea, la pubblica amministrazione, prima di adottare qualsiasi provvedimento disciplinare nei confronti dei suoi dipendenti, deve porli in grado di difenderli dagli addebiti loro mossi".

²⁶ Corte di Giustizia, 23 ottobre 1974, causa c-17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione delle Comunità europee*: "Qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese".

Il diritto al contraddittorio è poi confluito nell'art. 41, comma 2²⁷, della Carta dei diritti fondamentali, sebbene limitato ai procedimenti tesi all'adozione di atti puntuali.

La giurisprudenza non si è pronunciata sulla partecipazione nei procedimenti volti all'adozione di atti normativi e generali. Tuttavia, tale tematica è stata affrontata da alcune discipline di settore, ad esempio quella delle telecomunicazioni (art. 8, direttiva CEE n. 2002/221 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002) in virtù della quale "gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva o delle direttive particolari che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole".

5. ...e nei principali ordinamenti nazionali.

Relativamente ai singoli ordinamenti nazionali, è nell'Europa continentale che il principio di partecipazione ha trovato affermazione principalmente per opera del legislatore.

Il primo intervento in tal senso si è avuto in Spagna con la legge del 1889 (LBPA), che costituisce uno dei più antichi esempi europei di regolazione delle relazioni tra cittadino e Pubbliche Amministrazioni²⁸.

Le garanzie giuridiche del cittadino dinanzi alle pubbliche amministrazioni, contenute nella legge del 1889, hanno trovato miglior sistemazione nella successiva legge sul procedimento amministrativo del 1958, in cui i principi di efficacia ed efficienza ben si conciliavano con il diritto alla difesa e al contraddittorio dei cittadini, nonché nella Costituzione del 1978, che ha regolato gli aspetti procedurali dell'attività delle amministrazioni pubbliche, e nella successiva legge sul regime giuridico delle Pubbliche Amministrazioni n. 30 del 1992, che ha adeguato la disciplina procedimentale ai principi costituzionali.

²⁷ "1. Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni."

²⁸ M. DELLA MORTE, *Funzione consultiva e procedimento amministrativo in Spagna: un duplice livello di garanzia dei diritti dei cittadini*, in M. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Giuffrè, 2001.

I principi di trasparenza e partecipazione sono espressamente qualificati dalla legge quali principi informatori della relazione tra cittadino e amministrazione (art. 3 comma 5), configurandosi come regole di carattere strutturale²⁹.

Di particolare interesse ai fini del presente contributo è anche la legge austriaca del 1925, che ha introdotto una forma di contraddittorio preliminare nel procedimento, ispirata ad un'idea di processualizzazione delle procedure amministrative, la quale rispondeva ad una concezione generale dei poteri dello Stato fondata su una similitudine tra la funzione esecutiva e quella giudiziaria, essendo accomunate dalla medesima finalità di giusta attuazione delle leggi³⁰.

In Germania nel 1976 è stata emanata una legge federale (Verwaltungsverfahrensgesetz) che contiene una disciplina organica in materia di partecipazione. La legge tedesca prevede la facoltà di chi è parte del procedimento di pronunciarsi sui fatti rilevanti per la decisione, in un'audizione non necessariamente orale (art. 28). Il diritto di pronunciarsi è riconosciuto alle parti, ossia al richiedente e all'opponente, ai quali l'amministrazione indirizza l'atto amministrativo, nonché a coloro con i quali l'amministrazione ha concluso o intende concludere un contratto di diritto pubblico, e a chi possa subire una lesione dei propri interessi giuridici e sia stato incluso dall'amministrazione, d'ufficio o su richiesta, nella indicazione delle parti del procedimento medesimo (art. 13).

Le norme attribuiscono all'autorità amministrativa ampia discrezionalità nello stabilire limiti ed eccezioni al diritto della parte di esprimersi. L'audizione può essere omessa, ad esempio, se vi sia necessità di una decisione immediata, e in tutti i casi di adozione di atti amministrativi generali (rivolti ad un insieme di persone determinate o determinabili secondo caratteristiche generali); l'audizione non è garantita ove vi sia un grave contrasto con un interesse pubblico (art. 28).

Analoga è la disciplina della normativa sulla partecipazione, come diritto dell'amministrato, di accedere ai documenti amministrativi (art. 29). L'accesso è garantito solo alle parti del procedimento ed esclusivamente a tutela di loro interessi giuridicamente rilevanti.

²⁹ AA. VV., *Comentarios a la reforma de la Ley del Régim jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Estudio de la ley 4/1999 del 13 de enero*, Elcano, 1999: "Se trata de participar en la adopción de una decisión administrativa, su ministrando – y no solo recibiendo – información".

³⁰ M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 1, 1.

Sono previsti, inoltre, limiti al diritto d'accesso: l'amministrazione nega la visione degli atti e dei documenti, se ne è pregiudicato il regolare adempimento dei compiti amministrativi, se ne può derivare uno svantaggio per il Paese intero o per un Land, o se gli atti debbono esser tenuti segreti per legge ovvero in virtù della loro natura. Anche in tal caso l'amministrazione gode di una discrezionalità molto estesa: si pensi all'individuazione degli atti "segreti per natura"³¹.

La legge del 1976 è stata integrata da una legge del 12 settembre 1996, formalmente dedicata alla "accelerazione dei procedimenti di autorizzazione", ma, nella realtà, contiene norme più generali ispirate al principio della semplificazione. La nuova legge, fra l'altro, sancisce il principio di 'rapidità' dei procedimenti amministrativi; riduce in alcuni casi gli obblighi di notifica in capo all'amministrazione; prevede la possibilità di correggere vizi procedurali fino alla conclusione del processo amministrativo; introduce per le autorizzazioni amministrative un "procedimento a stella" (che assicura la partecipazione simultanea di tutte le amministrazioni coinvolte) e una conferenza di tutti gli interessati; sempre in materia di autorizzazioni, circoscrive i vizi che producono annullamento del provvedimento finale a quelli rilevanti ed evidenti.

In Francia, per autorevole dottrina³², "*La considération, pour ne pas dire la conviction, qu'il est nécessaire de concilier les prérogatives de l'administration avec les droits et intérêts des administrés est trop naturelle pour être une innovation. Elle apparaît dans les termes mêmes de l'arrêt fondateur du droit administratif*".

Con la sentenza *Téry (Conseil d'État 20/06/1913)*, si inizia timidamente ad affermare il diritto di difesa nel procedimento amministrativo in capo sia ai destinatari di provvedimenti sanzionatori sia ai destinatari di tutti i provvedimenti individuali. L'autorità amministrativa ha ampi spazi di discrezionalità circa la possibilità di ricorrere o meno alla consultazione. Come nel sistema inglese, non sussiste alcun obbligo per le amministrazioni di consultare i cittadini³³.

Nell'ordinamento francese esiste uno specifico istituto teso alla realizzazione dell'effettiva applicazione del principio di partecipazione: l'inchiesta pubblica. Prevista inizialmente in materia di espropriazione per pubblica utilità, concilia l'esigenza di difesa del proprietario del bene da espropriare con quella delle preferenze della comunità interessata dall'opera da realizzare. E' nominato un *commissaire enquêteur*, a cui spetta informare i cittadini, raccogliere le

³¹ *Ibid.*

³² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Parigi, 2001.

³³ R. CHAPUS, *cit.*, pp. 476 e ss..

informazioni e esporre le proprie conclusioni, che saranno rese ostensibili agli interessati. L'istituto *de qua* è stato poi esteso a molte altre materie (pianificazione urbanistica, tutela dell'ambiente, agricoltura, ...) ³⁴. L'inchiesta pubblica è presente anche in altri ordinamenti: il codice del diritto amministrativo generale olandese del 1994, ad esempio, contiene una disciplina generica dell'istituto che si applica, principalmente, in materia urbanistica.

Le disposizioni in materia di *enquêtes publiques* sono poi traslate nel *Code des relations entre le public ed l'administration*, entrato in vigore il 1 gennaio 2016, teso a rafforzare il dialogo tra l'amministrazione e i cittadini, semplificandone i rapporti, e a facilitare la conoscenza di norme, alcune sparse in fonti, altre enucleate in orientamenti giurisprudenziali ³⁵. Nel codice, alla tematica dell'inchiesta pubblica è dedicato il Capitolo 4 della Titolo 3 *L'association du public aux décisions prises par l'administration*. In linea generale, la partecipazione individuale è regolata a seconda del tipo di procedura. Recependo gli orientamenti giurisprudenziali, il Codice ha precisato che le decisioni limitative delle libertà individuali possono essere adottate solo dopo aver ascoltato la parte interessata, nel rispetto del principio del contraddittorio che si sostanzia in osservazioni scritte ovvero audizioni orali ³⁶.

Il Codice francese del 2016 segna, sul piano nazionale, l'erosione dell'antico primato del diritto di formazione giurisprudenziale; sul piano europeo, un esempio di buona pratica regolatoria per tutti gli Stati membri dell'Unione europea ³⁷.

Il 1° marzo 2019 in Francia è stato modificato il *Code des relations entre le public et l'administration*. Oltre ad aver effettuato un'opera di riordino delle disposizioni sulle garanzie dei privati nei procedimenti amministrativi, mediante norme chiare in punto di partecipazione ed accesso agli atti, la riforma ha inciso sull'intero assetto amministrativo. Si è passati, infatti, da un regime a *droit prétorien*, all'interno del quale il governo dei principi era sostanzialmente affidato all'elaborazione degli stessi in sede giurisprudenziale, ad un regime a diritto codificato, determinando così l'abbandono dello schema del diritto

³⁴ G. NAPOLITANO, *cit.*, p. 119; A. DE LAUBADÈRE, Y. GAUDEMET., *Traité de droit administratif*, Paris, 1998, pp. 274 e ss.; R. DRAGO, *Gli studi di diritto amministrativo in Francia*, Giuffrè, 1965; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Giuffrè, 2010.

³⁵ G. NAPOLITANO, *Il Codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giornale di diritto amm.*, 2016, 1, p. 5.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

amministrativo a diritto giurisprudenziale e provocando conseguenze rilevanti in termini di adozione di un codice dei principi del diritto amministrativo europeo³⁸. In Italia il principio di partecipazione del privato al procedimento amministrativo è disciplinato nella legge 241/1990 ed oggetto di ampio interesse da parte della giurisprudenza, alla quale hanno fatto seguito copiosi interventi della dottrina. In questo contributo non si vogliono esaminare in maniera particolareggiata le problematiche riguardanti la partecipazione al procedimento amministrativo in Italia. Ci si limita esclusivamente ad evidenziare come, nei procedimenti finalizzati all'emanazione di atti generali, la legge italiana escluda l'applicazione delle norme sulla partecipazione³⁹; quella tedesca, all'opposto, contenga, come esaminato in precedenza, norme speciali per l'approvazione di piani, che prevedono un avviso pubblico, la presentazione di eventuali opposizioni e un dibattito pubblico; quella portoghese preveda la partecipazione degli interessati e delle loro organizzazioni con previsioni generali e specifiche. Casi a parte sono il Regno Unito e l'Irlanda, dove la partecipazione continua ad essere considerata un principio di diritto naturale⁴⁰.

³⁸ A. DI MARTINO, *L'amministrazione europea e la crisi dello Stato di diritto: la codificazione del procedimento amministrativo europeo è davvero necessaria?*, in www.federalismi.it, 8 gennaio 2020.

³⁹ *Ex multis*: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il mulino, 2015; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2014; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2013; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2014; F. CARINGELLA, *Codice amministrativo 2015*, Dike, 2015.

⁴⁰ G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 110: " Si può ben dire che quello secondo il quale il destinatario di una decisione pubblica ha il diritto di far valere le proprie ragioni, prima della sua adozione, è un principio del diritto naturale: esso fu applicato da Eschilo nelle Eumèidi ed enunciato da Seneca nella Medea (qui *statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*); nell'*Esprit des lois*, Montesquieu raccontò che nel '560, "sous les premiers rois des Francs, Clotaire fit une loi pour qu'un accusé ne put être condamné sans être oui"; e in una sentenza del 1723 un giudice inglese affermò: "even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence". La sentenza del giudice inglese si riferiva al caso di *Richard Bentley [King's Bench, The Canveller v. University of Cambridge, (1723), 1 Stra, 557]* dipendente dell'università di Cambridge, contro il quale era stata avviata una causa di fronte alla corte presieduta dal vice rettore dell'Università. In seguito al rifiuto di presentarsi a questo organo, il dottor *Bentley* fu privato dei suoi gradi accademici, senza che gli fosse data la possibilità di difendersi dalla accusa. Contro questa decisione, egli si rivolse alla *King's Bench*, che affermò l'invalidità della decisione e dispose la reintegrazione, perché "the laws of God and man both give the party an opportunity to make his defence, if he has any". Il caso mostra che, nel diritto inglese, il principio *audi et alteram partem* che è fondamentale nel diritto penale, è applicato da tempo anche ai procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative. Esso non ha avuto bisogno di enunciazioni legislative, perché i giudici lo hanno considerato un principio di *common law* e, prima ancora, di *natural justice*. A lungo esso è stato applicato in modo occasionale ma, a partire dal diciannovesimo secolo, i giudici lo hanno seguito in modo costante."

Nell'ordinamento inglese il principio della partecipazione si sostanzia nella c.d. *consultation*, istituito dal carattere collaborativo e deflattivo⁴¹. Non esiste, in capo ai pubblici poteri, un obbligo generale di consultare i privati e poche sono le procedure nelle quali è assicurata per legge la partecipazione degli stessi. In assenza del dato normativo, la giurisprudenza si è fatta carico di individuare ipotesi in cui la *consultation* si rende necessaria al fine di garantire il rispetto del principio del *fairness*⁴². Così, ad esempio, nel caso *R. v Liverpool Corporation* del 1972, relativo alla decisione di una autorità locale di aumentare le licenze di taxi, nessuna norma imponeva di consultare le associazioni di categoria, ma l'autorità in questione aveva promesso a un'associazione di farlo, prima della delibera⁴³. L'istituto della consultazione è particolarmente utilizzato nei lavori preparatori degli atti normativi, ad esempio mediante la pubblicazione di *Green Papers* e *White Papers*, che consentono alle parti interessate di conoscere l'oggetto e lo stato di avanzamento del dibattito parlamentare, nonché di intervenire per ottenere il riconoscimento delle proprie posizioni⁴⁴.

6. Osservazioni conclusive.

La giurisprudenza europea ha più volte ribadito il consolidato orientamento circa il necessario rispetto del diritto del contraddittorio nel procedimento amministrativo, data la fondamentale funzione di consentire ad ogni persona di partecipare in modo efficace all'assunzione della decisione amministrativa, contemperando tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco⁴⁵.

Nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente del giugno 2016 agli artt. 14 e 15⁴⁶ sono enucleati il diritto ad essere sentiti ed il

⁴¹ Sulla partecipazione nel Regno Unito: S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2007, pp. 13 e ss.; J. F. GARNER, *Consultation in Subordinate Legislation*, in *Public Law*, 1964, pp. 105 ss.; A. D. JERGESEN, *The Legal Requirements of Consultation*, in *Public Law*, 1978, pp. 290 ss.; A. POLICE, *La tutela del privato nel diritto urbanistico inglese: le garanzie del procedimento*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, 4, pp. 661 ss.; F. FRACCHIA, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, in *Dir. e società*, 1997, 2, p. 189; P. CANE, *An introduction to administrative law*, Oxford, 1996, p. 194.

⁴² S. CASSESE, *cit.*, pp. 14 e ss..

⁴³ G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, *cit.*, p. 121.

⁴⁴ V. GREENWOOD, D. WILSON, *Public administration in Britain*, London, 1984, p. 120.

⁴⁵ *Ex multis*: C. Giust. UE, sez. II, 18 dicembre 2008, causa c-349/07, in *www.dejure.it*; C. Giust. UE, sez. V, 3 luglio 2014, causa c-129/13 e 130/13, in *www.dejure.it*. In dottrina, di recente: M. R. CALDERARO, *La partecipazione nel procedimento amministrativo tra potere e rispetto dei diritti di difesa*, in *Foro amm.*, 2015, 5, pp. 1312 e ss..

⁴⁶ "Articolo 14, Diritto di essere sentiti.

diritto di accesso al fascicolo, con formule molto generiche, sebbene rispettose dei principi e dei trattati internazionali.

Relativamente agli atti amministrativi generali, l'art. 26 precisa che "*gli atti amministrativi di portata generale adottati dall'amministrazione dell'Unione rispettano i diritti procedurali di cui al presente regolamento*". L'art. 8 specifica che sono diritti procedurali, *ex multis*, ricevere tutte le informazioni pertinenti relative al procedimento in modo chiaro e comprensibile; comunicare, nonché espletare, ove possibile e opportuno, tutte le formalità procedurali, a distanza e per via elettronica; essere informati di tutte le fasi e decisioni procedurali che possano riguardarle.

Non compare alcun riferimento ad istituti specifici presenti in taluni ordinamenti (ad es. l'inchiesta pubblica francese).

In linea generale, il principio partecipativo, così come enucleato nella proposta di regolamento, non è ragionevolmente sviluppato a livello normativo. Si auspica, pertanto, un intervento normativo che assicuri garanzie procedurali più estese e preveda una maggiore, e migliore, partecipazione dei cittadini europei alle scelte dei pubblici poteri.

1. Le parti hanno il diritto di essere sentite prima che sia adottata qualsiasi misura individuale pregiudizievole nei loro confronti.

2. Le parti devono ricevere informazioni sufficienti e disporre di un tempo adeguato per preparare i propri argomenti. 3. Le parti devono avere la possibilità di esprimere il loro punto di vista per iscritto od oralmente, se necessario, e, se decidono in tal senso, con l'assistenza di una persona di loro scelta".

"Articolo 15. Diritto di accesso al fascicolo.

1. Le parti interessate hanno pieno accesso al fascicolo, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale. Qualsiasi limitazione a tale diritto è debitamente motivata.

2. Se non possono avere pieno accesso all'intero fascicolo, le parti ricevono una sintesi adeguata del contenuto dei relativi documenti".

La tutela della concorrenza quale "limite" all'attività delle Pubbliche amministrazioni in ambito economico. Alla ricerca di una legittimazione costituzionale.

di Antonia FOGLIA*

SOMMARIO: **1.** Il modello economico di c.d. economica mista. **2.** L'articolo 41 Cost. **3.** L'articolo 41 Cost. quale fondamento costituzionale del principio concorrenziale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. **4.** Gli effetti del diritto europeo sulla normativa nazionale. **5.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: *This paper, starting from the so-called Italian economic constitution and from article 41 of the Italian constitution, will try to analyse the significant downsizing of the State participation in the economy, in light of the European provisions that regulate the matter and, above all, of a new market vision characterised by the competitive principle.*

1. Il modello economico di c.d. economia mista.

Il modello, come viene frequentemente definito di economia mista¹, delineato dal Costituente, si propone l'obiettivo di garantire una conciliazione tra esigenze

* Dottoressa di ricerca. Abilitata all'esercizio della professione forense.

¹ Cfr. in senso critico rispetto a questa nozione, M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 376; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in Enc. giur., XVII, Roma, 1989, 1; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in Dem. e dir., 1995, 1, 566. In questa occasione l'Autore sostiene che "affermare che i Costituenti optarono in favore di una economica di tipo "mista" non vuol dire un gran che. Tutte le forme di economia sono infatti "miste", nel senso che in tutte sono compresenti elementi di privatezza ed elementi di pubblicità, sia pure diversamente bilanciati. Se invece, quando si parla di "economia mista" ci si riferisce, in realtà, al modello economico della democrazia sociale, è evidente che nessuna Costituzione del dopoguerra può permettersi storicamente il lusso di discostarsi da quel modello che oggi è consustanziale alla forma specifica assunta dalla democrazia pluralista, un modello in cui l'economia è il benessere che essa è in grado di produrre non solo il fine, ma il mezzo" Cfr. G. BOGNETTI, *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 138, secondo il quale il modello tipico di sistema economico dello Stato democratico e sociale caratterizzerebbe tutti i maggiori stati occidentali contemporanei e si diversificherebbe, tra l'altro, "per porre a proprio fondamento la libertà di iniziativa economica, vasti poteri di interventi dello Stato nel mercato, i molti limiti posti alla libertà di iniziativa economica privata e per la predisposizione di misure di previdenza e assistenza sociale, il promovimento delle condizioni di vita degli strati più umili della popolazione". Cfr. infine N. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di) *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato*, I, Torino, 2010, 13. Al riguardo, l'Autore ha avuto modo di sottolineare che, pur nel riconoscimento del silenzio sul punto, il fatto che la Costituzione non accolga espressamente il

pubbliche e private, nei rispettivi ambiti, attraverso la definizione concreta del sistema economico e di mercato².

L'esame delle norme costituzionali, relative ai rapporti economici, mostra con chiarezza come la relazione tra ordinamento giuridico e sistema economico delineato sia caratterizzata da una equilibrata convivenza tra le esigenze di garanzia di una sfera inviolabile di libertà e di autonomia dei diversi operatori economici e la necessità di un intervento del potere pubblico, nelle ipotesi di *market failures*³. Da ciò deriva, quindi, che l'espressione "sistema ad economia mista", utilizzata per definire sinteticamente il modello delineato dalla Costituzione, non corrisponda ad uno statico e compiuto modello ma ad una varietà di forme di intervento pubblico indirizzate e coordinate a fini sociali, anche sulla base di scelte politiche democraticamente legittimate a tutela dei molteplici valori costituzionali a vario titolo coinvolti dalla sfera economica⁴.

Il sistema costituzionale, basato sul principio di sussidiarietà orizzontale, rifiuta, quindi, ipotesi unilaterali ed assolutistiche indirizzate ad assecondare inclinazioni dominanti di singole istanze assiologiche ed, al tempo stesso, opzioni autoritative

principio del mercato e della concorrenza in senso oggettivo non significa che essa esprima un rifiuto per l'economia di mercato.

² Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come l'insieme delle disposizioni costituzionali dedicate ai rapporti economici costituzionali, non costituiscano un sistema chiuso, potendosi desumere dal testo costituzionale una precisa e rigida indicazione in materia di rapporti economici. Per questo motivo, quindi, risulterebbe difficoltoso attribuire alla nozione di Costituzione economica uno specifico ed autonomo contenuto assiologico, potendo conferire alla stessa un mero valore descrittivo del settore disciplinato. Nello specifico, infatti, le "connessioni" tra la disciplina costituzionale in materia economica e la c.d. Costituzione politica, risultano intimamente collegate da impedire ogni forzata separazione della parte relativa all'ordinamento economico. Ciò induce a ritenere che non sia ammissibile una sostanziale mano libera del legislatore in materia economica, ma sia necessaria una particolare attenzione anche in campo economico e nella elaborazione delle politiche di intervento pubblico e di mercato sulle ripercussioni che le decisioni economiche esercitano sul sistema costituzionale complessivo. Cfr. G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, 2000, 152. In riferimento alla necessità di considerare la Costituzione economica quale determinazione interna all'unità complessiva della Costituzione si veda C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 149 secondo cui "inesattamente si può parlare di una Costituzione sociale ed economica, separando l'uno dall'altra, nel modo tramandato dal XIX secolo, Stato e società, politica ed economia e considerandoli come distinti ambiti oggettivi. Ma una simile "Costituzione" economica o sociale non è precisamente la Costituzione dello Stato".

³ Cfr. sul punto G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7; A. PACE, *Libertà del mercato e nel mercato*, in *Pol., dir.*, 1993, 327; L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazione della Costituzione e principi, comunitari*, Torino, 1997; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 24.

⁴ Sul difficile rapporto tra democrazia e libero mercato Cfr. M. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009; M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna, 2009. Cfr. inoltre R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 846.

rigide ed astratte, scollegate dalle molteplici variabili presenti nella sfera economica e sociale⁵.

Ad avvalorare tale ipotesi si rivela senza dubbio preziosa la presenza, all'interno della Costituzione, di concetti quali "utilità sociale"⁶, "funzione sociale", "fini sociali" che, seppur all'apparenza indeterminati, impongono il necessario adattamento del sistema giuridico ai mutevoli fatti economico-sociali.

Da una analisi delle disposizioni costituzionali è infatti possibile riscontrare un vero e proprio *fil rouge* della disciplina costituzionale dell'economia, rinvenibile nella definizione di un nesso indissolubile e forte fra produzione di ricchezza ed eliminazione delle disuguaglianze economiche e sociali quale " *modo di essere del testo costituzionale in ordine al fondamento della posizione del cittadino nei confronti della società e dello Stato, per ogni situazione intersoggettiva, per ogni tipo di rapporto*"⁷.

2. L'articolo 41 della Costituzione.

Il nesso tra produzione della ricchezza e contrasto alle disuguaglianze può, senza dubbio, rinvenirsi nell' articolo 41 Cost. secondo il quale la disciplina delle attività produttive più che mirare al mero vantaggio individuale in termini economici,

⁵ Al riguardo può ricordarsi parte della dottrina che definisce il principio di sussidiarietà " *autentico cardine della Costituzione economica delineata nella Carta Costituzionale*", in quanto elemento di sintesi tra istanze squisitamente liberali di limitazione del potere, da rinvenirsi nel diritto di ingerenza nella vita dei singoli e delle formazioni sociali, e modello solidaristico che caratterizza l'intervento dello Stato nei casi di incapacità dei singoli e delle aggregazioni sociali. Cfr. L. D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in www.giurcost.org. Sul ruolo del principio di sussidiarietà nei rapporti tra diritto ed economia cfr. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in AA.VV., *Trasformazione della funzione legislativa*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 1999, 245; L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006; L. D'ANDREA, *Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo*, in *Iustitia*, 2011, 2, 249.

⁶ Cfr. sul punto A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 192; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 37; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, 22. Cfr. inoltre M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica: la prospettiva della Costituzione repubblicana*. Relazione al Convegno AIC 2011, *Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria*, Torino, 28 ottobre 2011 in *Dir. soc.*, 4, 2011, 655 in www.rivistaaic.it, 10. Secondo l'Autore l'utilità sociale svolge un ruolo fondamentale " *nell'edificio costituzionale rappresentando il regolatore dei rapporti tra politica ed economia*".

⁷ Cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, 1089. Cfr. inoltre P. GUARINI, *Note in tema di concorrenza e giustizia economica nel processo di integrazione europea* in F. GABRIELE - M.A. CABIDDU (a cura di) *Governance dell'economia e integrazione europea. Processi di decisione politica e sovranità economica*, I, Milano, 2008, 93.

deve basarsi sulla creazione del lavoro e, per mezzo del lavoro, alla redistribuzione del profitto⁸.

Si tratta quindi di una norma, considerata perno centrale della c.d. Costituzione economica, visto il particolare ruolo assunto dall'iniziativa nelle c.d. economie neocapitaliste, che rientra a pieno titolo tra quelle che maggiormente sono state oggetto di attenzione da parte della dottrina che si è interrogata in merito alla identificazione dell'oggetto tutelato dalla stessa⁹.

In un primo momento si è infatti ritenuto necessario scindere l'iniziativa economica dal suo svolgimento, rinvenendo la prima nel solo atto iniziale dell'attività di cui è prevista l'assoluta libertà, e la seconda nella disciplina dell'impresa assoggettata a limiti espliciti dallo stesso articolo 41 Cost¹⁰.

Questa impostazione è stata presto superata dalla Corte Costituzionale che ha ricordato come "la garanzia posta nel 1° comma di quest'articolo riguarda non soltanto la parte iniziale della scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento", riconoscendo, di fatto, l'unitarietà dell'oggetto tutelato dalla disposizione.¹¹ La soluzione prospettata dalla Corte non ha però esaurito il

⁸ Come è noto la libertà di iniziativa economica ha ricevuto, già nelle Costituzioni ottocentesche, una definita tutela basata sul riconoscimento implicito della stessa nella definizione del diritto di proprietà. Lo Statuto Albertino, infatti, riconosceva e tutelava "tutte le proprietà" nel limite del rispetto dell'interesse pubblico legalmente accertato. Sul punto autorevole dottrina ha evidenziato, tra le "libertà dei sudditi", "non solo la c.d. libertà di attività, comprensiva della libertà professionale, ma anche la c.d. libertà patrimoniale che integra la libertà di attività costituendo, il patrimonio, un mezzo di esercizio, un effetto ed un campo dell'attività personale" Cfr. S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 101. Al riguardo è inoltre importante ricordare come dall'esame dei lavori dell'Assemblea costituente, relativi alla disciplina costituzionale dell'economia, ancorché nella pluralità di posizioni e di opinioni, è possibile evincere un'attenzione certamente non marginale, vista l'ampiezza del contesto, ai pericoli derivanti "dalle concentrazioni di potere economico privato", che trova conferma nella previsione della libertà di iniziativa economica, intesa quale forma di contrasto ai pericoli di monopolio e concentrazione economica. Cfr. sul punto A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, cit, 177. Secondo l'Autore nel primo e nel secondo comma dell'articolo 41 Cost. è individuabile un principio generale di libertà nel mercato fondato non solo sul riconoscimento, quale situazione soggettiva, della libertà di iniziativa economica di ognuno, ma anche sui valori indicati al secondo comma fra i quali figura il rispetto della libertà intesa quale dovere, anche nei rapporti orizzontali, fra privati di rispettare la libertà dell'iniziativa economica altrui. Si ricava da questa tesi un evidente principio antimonopolistico. Cfr. inoltre A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 470.

⁹ Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit. 45.

¹⁰ Cfr. sul punto C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Milano, 1954, 184; A. BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 595.

¹¹ Cfr. Corte Costituzionale, 31 maggio 1960 n° 35, in www.giurcost.org; Corte Costituzionale 14 giugno 1962 n° 54, www.giurcost.org. Sul punto si ricorda inoltre come la stessa Corte si sia pronunciata anche in favore del riconoscimento di una riserva di legge implicita nel secondo comma della disposizione, rintracciando, nelle pieghe delle norme costituzionali in materia economica "una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante". Cfr.

dibattito sul punto che è stato, infatti, arricchito da un'impostazione caratterizzata dall'idea che l'esercizio di tali attività giustificasse uno svolgimento contrastante con la dignità umana¹². A questa teoria se ne è contrapposta un'altra, apprezzabile seppur troppo ampia, secondo cui l'articolo 41 Cost. attribuisce una tutela costituzionale ad ogni attività posta in essere da un singolo soggetto che intende perseguire un fine economico¹³.

Nel qualificare la natura specifica della libertà dell'articolo 41 Cost. deve ricordarsi come tale disposizione si inserisca nel disegno costituzionale in modo subordinato rispetto ai principi fondamentali della Carta Costituzionale che costituiscono i fini, qualificabili quali "interessi costituzionalmente protetti" e contraddistinguono la forma di Stato democratico sociale della Repubblica¹⁴. Sul punto si è, infatti, sostenuto come la disposizione rientri nella categoria delle "norme di compromesso antifibologiche" oggetto di varie interpretazioni a seconda dell'evoluzione del regime politico¹⁵.

Di contrario avviso è altra parte della dottrina che, più di "antifibologicità", parla di disposizione complessa, idonea a disciplinare l'attività economica pubblica e privata, e strutturalmente coerente in quanto, viste le previsioni di programmi e

Corte Costituzionale, 23 maggio 1964 n° 40, www.giurcost.org. Cfr. inoltre R. NANIA, *Libertà economiche e libertà di impresa*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, I, 69. Sul punto l'Autore ha evidenziato come la Corte Costituzionale non abbia avuto "remore sin dalla prima ora nell'estendere la riserva di legge al campo in questione, nonostante il suo intervento fosse destinato ad assomigliare agli occhi di molti ad una temeraria riscrittura della disposizione costituzionale".

¹² Da tale tesi è derivata, di fatto, una conseguente apposizione di limiti, capace di legittimare l'esclusione della configurazione della libertà economica quale diritto della persona ed affievolimento della stessa. Cfr. A. BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 599 secondo il quale i diritti della persona sono " espressione vivente della stessa dignità umana"; F. GALGANO, *Art. 41*, in *Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 1. Cfr. inoltre R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 851.

¹³ Si tratta di un'impostazione che legittima, quindi, quell'idea di libertà economica quale diritto della persona capace di comprendere, al tempo stesso, l'esercizio di una libera professione, la prestazione di lavoro subordinato ed, al tempo stesso, la scelta di costituire organizzazioni sindacali o aderire a quelle già esistenti. Cfr. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Milano, 1954, 172; M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 151.

¹⁴Cfr. F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economia privata nel sistema delle libertà costituzionali* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. GALGANO*, I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 513; U. BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 163.

¹⁵ Cfr. E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 335.

controlli, si riferisce ad un tipo di economia regolata "mista", caratterizzata dalla compresenza di soggetti imprenditoriali pubblici e privati¹⁶.

Secondo tale impostazione ci si trova dinnanzi ad un articolo suscettibile, come altre norme costituzionali, di interpretazione sistematico-evolutiva in quanto, oltre a risentire delle profonde mutazioni del sistema economico, deve tener conto dell'evoluzione del rapporto tra diritto ed economia che si ripercuote sulla struttura della forma di Stato, ponendo le basi per quello che viene oggi qualificata come "economia sociale di mercato"¹⁷, presentata da parte della dottrina come una " *sorta di necessità istituzionale*"¹⁸.

Certamente tale dimensione sociale dell'articolo 41 Cost. non cancella quella individuale della libertà economica, ma pone limiti alla stessa al fine, essenziale, di garantire il rispetto del perseguimento e della realizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo¹⁹.

Tale circostanza può infatti desumersi non tanto nel primo comma, quanto, in maniera più diretta, negli specifici diritti fondamentali iscritti nella prima parte della nostra Costituzione, all'interno dei quali possono rinvenirsi i veri limiti

¹⁶ Cfr. A. PACE, *Libertà di iniziativa economica*, in *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1991, 459; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1988, 1 ss.; G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, cit., 198.

¹⁷ Al riguardo si ricorda una visione dell'economia, di natura dottrinale, che si pone nell'ottica del "dirigismo organico", affidando alla legge il disegno globale dell'economia e la determinazione dei fini sociali imponendo, per questo motivo, una visione imperativa e totalitaria al sistema economico. Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 23. In riferimento alla nozione di Costituzione economica l'Autore afferma come sul tema possano distinguersi due diversi significati: "o come sintesi descrittiva delle forze e dei poteri e soggetti, operanti nell'economia di uno Stato nel periodo di tempo preso in esame o come sintesi normativa di principi e regole, dettati da una Costituzione o da leggi costituzionali. Nel primo significato, la formula adempie una funzione storico-politica. Nel secondo significato, la formula aspira a un energico contenuto normativo, sicché sia in grado di vincolare il legislatore ordinario". Lo stesso sottolinea inoltre come "l'espressione è costruita con l'indebita mescolanza di due criteri: da un lato il criterio giuridico che designa la qualità delle norme considerate (appunto le norme costituzionali): dall'altro, il criterio sostanziale della materia regolata (appunto l'illimitata e generica sfera dell'economia".

¹⁸ Cfr. T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997, 45; L. PATRUNO, *La teologia economica dell'Europa e il "banco del macellaio" (Schlachtbank) della storia*, in www.costituzionalismo.it, 10 novembre 2011, 2, che ha parlato di "economia sociale di mercato" come "norme più rassicurante" del governo dell'economia e della sua progettualità politica.

¹⁹ Cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit.; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica nell'economia*, Milano, 1957; V. BACHELET, *L'intervento dello Stato nell'economia*, 1958; G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618; G. MINERVINI, *La tutela della libertà di concorrenza*, in *Riv. dir. soc.*, 1961, 25; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21. Per le tesi sostenute da Luigi Einaudi in Assemblea Costituente si veda *Resoconto della seduta del 13 maggio 1947*, in *La Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Camera dei Deputati, Segretariato generale*, Roma, 1970, II, 1665.

all'attività economica privata e pubblica, ed in particolare agli articoli 2, 3 e 4 della Costituzione²⁰.

²⁰ Sulla base di tali considerazioni si sono quindi elaborate, nel corso del tempo, ricostruzioni sistematiche in materia di programmazione, ponendo l'attenzione sulla compatibilità del mantenimento di un sistema di economia mista rispettoso del pluralismo dei soggetti economici. Gli stessi fautori del "governo democratico dell'economia" hanno, al tempo stesso, legato l'intervento programmatico alla realizzazione del valore della democrazia e del pluralismo, legittimando, quindi, un ruolo pubblico nell'economia in chiave essenzialmente di realizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo. Allo stesso modo, dalla riflessione di attenta dottrina, è possibile cogliere il collegamento tra il terzo comma dell'articolo 41 Cost. e la realizzazione dei diritti fondamentali, attraverso l'individuazione di un equilibrio tra questi ultimi ed il valore sociale della persona, da un lato, e le regole del mercato concorrenziale, che assicurino la pluralità degli operatori e della libertà di iniziativa economica privata, dall'altro. D'altronde anche nelle ipotesi in cui si volesse includere il diritto di iniziativa economica privata nel catalogo dei diritti fondamentali, o far rientrare le libertà economiche nell'alveo di quelle della persona, non sarebbe possibile, in ogni caso, ammettere che l'attività economica leda i diritti inviolabili dell'uomo, fino a prevalere sugli stessi comprimendone il "nucleo essenziale. La necessità, dunque, che le relazioni economiche convivano con il rispetto dei diritti della persona si pone quale principale limite d'ordine costituzionale che si impone e condiziona la stessa interpretazione delle singole e diverse disposizioni. Cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1956; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica nell'economia*, cit., 45; V. BACHELET, *L'intervento dello Stato nell'economia*, 1958; G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, cit., 618; G. MINERVINI, *La tutela della libertà di concorrenza*, cit., 25; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, cit., 21. Per le tesi sostenute da Luigi Einaudi in Assemblea Costituente si veda *Resoconto della seduta del 13 maggio 1947*, in *La Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Camera dei Deputati, Segretariato generale*, Roma, 1970, II, 1665; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955; U. NATOLI, *Funzione sociale e funzionalizzazione della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, 139; F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, cit., 513; U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella Costituzione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, in *La costituzione economica*, Padova, 1977, 139; F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978; F. GALGANO, *Il governo dell'economia*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1982, 135; C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (Natura giuridica, efficacia, garanzie)*, in *Raccolta di scritti. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 141; C. MORTATI, *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria*, in *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 1110; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 596; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Vol. II, Milano, 1982, 542; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.* Treccani, XI, Roma, 1989, 26; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1993, 327; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 36; Cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 375; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit. 16; R. BIFULCO, *Costituzioni pluraliste e modelli economici in AA.VV., Governi ed economia. La transizione istituzionale nell'XI Legislatura*, Padova, 1998, 505; G.U. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001, 1 ss.; R. BIFULCO, *Costituzioni pluraliste e modelli economici in AA.VV., Governi ed economia. La transizione istituzionale nell'XI Legislatura*, Padova, 1998, 505.

Pur ammettendo, dunque, la possibilità di modificare l'articolo 41 Cost., appare senza dubbio impossibile spezzare o cancellare quel rapporto funzionale che lo lega ai principi fondamentali, con l'espressa conseguenza che il mercato e la sua disciplina trovano inevitabilmente spazio nella Costituzione, dovendo risultare chiare le relazioni tra realizzazione dell'economia di mercato e valori costituzionalmente rilevanti, quali il rispetto della dignità umana ed il dovere di solidarietà²¹.

3. L'articolo 41 Cost. quale fondamento costituzionale del principio concorrenziale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La sempre maggiore rilevanza che il principio concorrenziale ha acquisito, nel corso degli anni, all'interno del modello economico nazionale ha imposto un'attenta riflessione sulla necessità di ricondurre tale aspetto in un "alveo tipicamente costituzionale"²².

Evidenziata una "complessiva estraneità dell'economia di mercato e del principio di concorrenza alla cultura dell'Assemblea costituente"²³, la dottrina si è interrogata sulla valenza da attribuire alla libera concorrenza, dividendosi tra il momento garantistico del riconoscimento dell'iniziativa economica, quale diritto di libertà²⁴, e la circostanza della definizione di limiti previsti per esigenze di interesse generale.

²¹ Cfr. F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9. Peraltro questo aspetto assume particolare rilevanza in ragione del fatto che, come si avrà modo di evidenziare *infra* (paragrafo 3.1.), l'articolo 41 Cost. rientra a pieno titolo tra quelle disposizioni che hanno dovuto "subire" quel processo di integrazione europeo fondato sui principi di libera concorrenza e dell'economia di mercato aperta. Cfr. N. IRTI, *Diritto e mercato. Introduzione*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999 che ha evidenziato un'autonomia di decisioni di sistema tra i Trattati europei e la Costituzione italiana, in modo particolare proprio con l'articolo 41 cost. Cfr. inoltre G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., 7; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie* in *Quad. cost.*, 1, 1992, 21; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento nazionale* in *Associazione italiana dei Costituzionalisti, La Costituzione economica, Atti del convegno- Ferrara, 11-12 ottobre 1991*, Padova, 1997, 69; AA.VV., *La Costituzione economica, Atti del convegno AIC, 11- 12 ottobre 1991*, Padova, 1997.

²² Cfr. A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. cost.*, 1979, 1217.

²³ Cfr. L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2, 2003, 351.

²⁴ In riferimento al riconoscimento dell'iniziativa economica come diritto di libertà cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 596; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 3; A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, 1605. L'Autore include il diritto di libertà economica tra i "diritti della persona", senza con ciò, peraltro, voler attribuire al medesimo

Nello specifico, infatti, secondo una prima impostazione, l'ancoraggio costituzionale del principio concorrenziale potrebbe rinvenirsi nel comma 1 dell'articolo 41 Cost., dal quale poter evincere non solo una garanzia individuale di tipo microeconomico ma, al tempo stesso, anche la legittimazione del mantenimento di una struttura concorrenziale del mercato²⁵.

Nel criticare tale orientamento altra dottrina ha, invece, collegato la legittimazione del principio di concorrenza al limite dell'utilità sociale, previsto dal comma 2 dell'articolo 41 Cost., che costituisce non solo una limitazione all'iniziativa economica privata in favore della tutela dell'interesse generale, ma anche la base per avvalorare l'impostazione contraria ai monopoli privati immaginata dai Costituenti²⁶.

A prescindere dalle diverse tesi che si sono, nel corso degli anni, succedute sul punto, deve evidenziarsi come, prima la giurisprudenza della Corte Costituzionale e, successivamente il legislatore con l'approvazione dell'articolo 1 della legge n.287/90²⁷ abbiano indirizzato l'articolo 41 Cost. verso una maggiore apertura al mercato²⁸.

il carattere della fundamentalità e della inviolabilità. Cfr. infine M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 45 secondo il quale la libertà di iniziativa economica deve essere considerata una libertà di rango inferiore rispetto alle libertà fondamentali e- perciò- "inviolabili".

²⁵ Cfr. G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 88; F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001, 49

²⁶ Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 224; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, Relazione presentata al convegno su "La Costituzione economica (a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale)", Milano, 6-7 maggio 1988, in Riv. dir. civ, 1988, 309; G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in Riv. dir. civ, 1993, 543; C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in Riv. trim. dir. pubbl, 1996.

²⁷ Legge 10 ottobre 1990 n. 287 *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

²⁸ Nello specifico, infatti, il legislatore ha indicato, nella disposizione costituzionale, un implicito riferimento alla libertà di concorrenza al punto da individuarla quale fondamento costituzionale. L'inserimento del richiamo all'articolo 41 primo comma nell'articolo 1 della legge n° 287/90, unitamente alla prescrizione di interpretare le norme della stessa legge "in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee (oggi Unione) in materia di disciplina della concorrenza", ha portato a termine la trasformazione dell'articolo 41. Nello specifico, infatti, quest'ultima è passata dall'essere norma costituzionale centrale di coordinamento delle politiche pubbliche delle attività economiche, anche in funzione dell'affermazione del programma di trasformazione sociale previsto dall'articolo 3 comma 3 Cost., a disposizione con la quale legittimare l'affermazione dell'economia di libero mercato. Cfr. sul punto G. OPPO, *L'iniziativa privata* in AA.VV. *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 65; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., 38; M. P. CHITI, *Il trattato sull'unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, cit., 356; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in Pol., dir., 1993, 327-177; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento*

Come è noto, infatti, la Corte Costituzionale ha adottato, nel corso degli anni, una lettura efficientista ed economica, estranea, se non addirittura inconciliabile, con lo spirito che ha animato i Costituenti e con quei valori costituzionali orientati all'affermazione dell'eguaglianza sociale a svantaggio delle ragioni del mero interesse economico²⁹. Una delle prime decisioni sul tema è la sentenza n. 223 del 1982 con la quale la Corte, nel valutare la legittimità dell'articolo 2596 c.c. sui limiti contrattuali alla concorrenza, ha avallato una lettura ambivalente del principio non ancora considerato costituzionalizzato³⁰.

In quella occasione la Corte Costituzionale ha soffermato la propria attenzione sulla "libertà di concorrenza tra le imprese" attribuendo, alla stessa, due importanti finalità.

Secondo i giudici, infatti: *<<essa da un parte integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altra, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi>>*.

Qualche anno più tardi, riprendendo, nella sentenza n. 241/90, quel binomio tra tutela della concorrenza e vincoli costituzionali di tutela degli interessi sociali, la Corte ha evidenziato, attraverso un'interpretazione dell'articolo 41 Cost., come: *<<tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo*

comunitario in Associazione italiana dei Costituzionalisti, La Costituzione economica, Atti del convegno- Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, 1997, 87; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in Riv. soc., 1998, 1549; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 346; F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9.

²⁹ Cfr. sul punto Corte Costituzionale 1997 n.443, in Giust. civ., 1998, I, 609; Corte Costituzionale 2004 n.14, in Giur. cost., 2004, 1, 237; Corte Costituzionale 2007 n° 94, in Foro it., 2009, 6, I, 1720; Corte Costituzionale 2007 n.430, in Giust.civ., 2008, 4,I, 857; Corte Costituzionale 12 febbraio 2010 n. 45, in Giur. cost., 2010, I, 509. In queste occasioni i giudici hanno affermato chiaramente la corrispondenza tra l'articolo 41 comma 1 Cost e la libertà di concorrenza. *Contra* Corte Costituzionale 1999 n° 384, in Foro it., 2000, I, 11. con cui la Corte, sembrò, pur senza entrare nel merito, "disconoscere" la concorrenza come valore. Cfr. A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della concorrenza*, in Giur. cost., 1999, 2965.

³⁰ Cfr. Corte Costituzionale 16 dicembre 1982 n° 223 in Giust. civ., 1983, I, 384; M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in AA.VV. *Concorrenza e Autorità antitrust. Un bilancio a dieci anni dalla legge*, Roma, 2001, 69; A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in Dir. pubbl., 1-2, 2010, 195, il quale sottolinea come in questa pronuncia emerga molto bene il problema della contraddizione che può sorgere tra concorrenza in senso soggettivo e oggettivo di cui la Corte non sembra però avvedersi.

pretermessi, giacchè non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato all'articolo 3 comma 2 Cost. che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie>>³¹.

Si tratta di una impostazione volta alla definizione di un possibile conflitto tra dimensione oggettiva e soggettiva della tutela della concorrenza, dando vita a quello che è stato definito il "paradosso della libertà di concorrenza"³².

Degna di nota è anche la sentenza n° 362/98 grazie alla quale la Corte (dichiarando l'incostituzionalità di alcune disposizioni di una legge regionale che ponevano limiti all'esercizio di un'attività di impresa per contrasto con gli articoli 41, 117, 120 della Costituzione) ha rinvenuto negli articoli 41 e 120 Cost. una "nozione unitaria di mercato che non consente la creazione di artificiose barriere territoriali all'espandersi dell'impresa"³³.

Legittimata la tutela costituzionale della libertà di concorrenza, il mercato è stato quindi considerato non più come "regola" del sistema normativo costituzionale,

³¹ Cfr. Corte Costituzionale 15 maggio 1990 n°241, in *Rass. dir. civ.*, 1991.

³² In questa occasione la Corte ha evidenziato come la libertà di iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali: e tali vincoli sono fatalmente cavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacchè non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza, ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie" In questo senso cfr. A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, cit., 211, il quale sottolinea come la Corte cadrebbe in contraddizione nell'inciso in cui " *qualifica la libertà di concorrenza* "come valore basilare della libertà di iniziativa economica". Cfr. inoltre F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"* in *Dir e soc.*, 3, 2009, 375. Sul punto l'Autore denuncia che, superata da parte della Corte Costituzionale "la dimensione solo soggettivistica delle libertà di iniziativa economica" il rischio che la protezione della libertà di iniziativa, intesa come garanzia individuale, sfumi nella tutela del mercato, inteso come valore in sé e non in quanto funzionale agli interessi dei singoli, e che questa dimensione non si affianchi, ma si costituisca alla dimensione soggettiva appare concreto e da evitare".

³³ Corte Costituzionale 1998 n° 362, in *Giur. cost.*, 1998, 3189.

comunque orientato alla tutela di interessi e valori superiori, ma direttamente quale "valore costituzionale"³⁴.

Tale impostazione ha, come è noto, nel corso del tempo, portato ad un indebolimento delle esigenze di tutela dell'utilità sociale finalizzate alla solidarietà, in virtù delle quali la rilevanza del secondo e terzo comma, sicuramente preminente nella prima fase di attuazione costituzionale, è stata capovolta in favore del riconoscimento del rilievo autonomo assunto dalla libertà di iniziativa economica intesa alla stregua di una delle manifestazioni della libertà individuale³⁵. Questo radicale contrasto tra la visione ispiratrice del testo costituzionale e i principi del sistema europeo deve risolversi con la sostanziale prevalenza di questi ultimi, operato attraverso l'articolo 11 Cost. capace di indirizzare i valori costituzionali come "utilità sociale" e interesse generale verso la necessità di una efficiente normativa in materia di concorrenza³⁶.

Ad avvalorare tale ipotesi si ricorda come quella visione dirigistica non abbia mai trovato attuazione nell'effettivo svolgersi dell'economia italiana e che l'insieme

³⁴ Cfr. S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, cit., 3680; F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"* cit., 382; F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Ianus*, 5, 2011, 9.

³⁵ Un rapido *excursus* della prima fase di attuazione costituzionale della disposizione mostra, infatti, una prima giurisprudenza costituzionale nella quale alle libertà di iniziativa economica veniva ricondotta "una garanzia debole" a fronte, piuttosto, di una valorizzazione degli strumenti parlamentari di coordinamento pubblico dell'economia, contenuti nel secondo e terzo comma dell'articolo 41 cost. L'analisi dell'utilizzo dei parametri offerti dall'articolo 41 Cost. alla Corte Costituzionale, nei tre decenni successivi all'approvazione della Costituzione, mostra, infatti, un uso limitato del parametro riconducibile al primo comma e un "assai più frequente e penetrante" uso dei parametri del principio della riserva di legge e dell'utilità sociale che comincia ad essere impiegato dalla Corte "con sempre maggiore audacia e consapevolezza" in coincidenza della caduta del richiamo alla riserva di legge. Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 216. Cfr. inoltre Corte Costituzionale 6 febbraio 1962 n°4, in www.giurcost.org; Corte Costituzionale 8 febbraio 1962 n° 5, in www.giurcost.org; F. BASSI - G. CUGURRA, *Corte costituzionale ed iniziativa economica privata*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 277.

³⁶ Sul punto parte della dottrina ha parlato di "svuotamento" della disciplina costituzionale la cui conseguenza avrebbe provocato l'abrogazione o la quiescenza dell'articolo 41 comma 3 Cost. Cfr. sul punto F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI - F. MERUSI (a cura di) *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 159; R. NANIA, *Libertà economiche e libertà di impresa*, in R. NANIA - P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, 83 che parla di "uno stato di temporanea quiescenza" che non esclude anche una piena riattivazione della disposizione in condizioni particolari. *Contra* M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, 24. Secondo l'Autrice, pur non rientrando tale norme fra i principi fondamentali della Costituzione "la sua messa brutale messa fuori gioco rischia di mettere in pericolo il programma-questo si veramente fondamentale e irrinunciabili- dell'articolo 3 comma 2 cost."

delle disposizioni che la Carta fondamentale dedica ai rapporti economici non prevedono, anzi ignorano, la nozione di mercato³⁷.

Allo stesso modo, la Corte Costituzionale, nella propria giurisprudenza, ha individuato come unico limite alla prevalenza delle norme europee " i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" e i " diritti inalienabili della persona umana" rendendo, per questo motivo, possibile una decisione politica che, in conformità con i dettati europei ed adottando un sistema di libero mercato incentrato sulla libera concorrenza, possa discostarsi dalla diversa scelta di sistema del dirigismo costituzionale. Pur in assenza di una esplicita norma che costituzionalizzasse i principi di economia di mercato, è stato comunque possibile elaborare due importanti dimensioni del principio di concorrenza, facendole cooperare e, di fatto, tessendo una fitta rete capace di tracciare gli spazi di un sistema costituzionale dei rapporti economici³⁸. Il capovolgimento interpretativo dell'articolo 41 cost. ed il sempre più evidente indebolimento delle esigenze di tutela dell'utilità sociale finalizzate alla solidarietà è andato di pari passo con la crescita del rilievo autonomo assunto dalla libertà di iniziativa economica³⁹.

Da un'analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto è possibile evincere, inoltre, non solo un generale e sempre più evidente limitato ricorso a tale parametro, ma anche e soprattutto la scomparsa delle finalità della clausola dell'utilità sociale⁴⁰.

³⁷ Regolando le relazioni tra imprenditori e consumatori ci si troverebbe dinnanzi all'ipotesi nella quasi i principi fondamentali del diritto dell'economia si troverebbero " fuori" dalla Costituzione statale ma " dentro" la c.d. Costituzione europea. Cfr. F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9.

³⁸ Sebbene l'articolo 41 della Costituzione non sia " tra i più perspicui" nell'interpretazione che la Corte fa dello stesso, la concorrenza rappresenta un dato preliminare ineliminabile in entrambe le sue dimensioni: l'apertura del mercato, di fatto, si interseca in un rapporto trilatero con l'utilità sociale ed i fini sociali che legittima l'intervento statale quando il valore della concorrenza appaia in contrasto con altri interessi costituzionalmente rilevanti Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Il diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 177 e ancora G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it, 1; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"* in *Dir. comp. dir. cost. europ.*, Torino, 2010, 139; F. SAIITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il posto dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Ianus*, 5, 2011, 9.

³⁹ Cfr. F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9.

⁴⁰ La scarsità numerica e la progressiva diminuzione delle questioni sollevate in base all'articolo 41 Cost. sono state inoltre diretta conseguenza dell'approvazione dell'articolo 117 comma 2 lettera e) della Costituzione che contiene un riferimento specifico alla tutela della concorrenza. Sull'introduzione nel testo costituzionale di un riferimento letterale alla tutela della concorrenza e dunque sull'assunzione o meno da parte della nostra Carta di una tutela esplicita della concorrenza in senso oggettivo si rinvia a L. BUFFONI, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*,

Nello specifico, infatti, se nelle sentenze prima richiamate⁴¹ l'utilità sociale era stata fatta coincidere, fra le varie finalità, con i più diversi interessi, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, si sono preferite tra i vari scopi di utilità sociale, l'esigenza di un sano e corretto funzionamento del mercato, l'affermazione della tutela della concorrenza intesa proprio come fine di utilità sociale ed, infine, l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio locale di mercato tra domanda e offerta⁴².

Sembra opportuno sottolineare come la Corte abbia manifestato un atteggiamento piuttosto cauto in tutta la sua giurisprudenza sull'utilità sociale, ribadendo in più occasioni come il potere che essa ha:

2003, 345; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale della libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 439; L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla "tutela della concorrenza" (art. 117 comma 2 lett. e): linee di tendenza e problemi ancora aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, 3453; M. D'ALBERTI, *Tutela della concorrenza nei sistemi a più livelli*, in *AA.VV. L'attuazione del titolo V della Costituzione*, Milano, 2005, 430; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429; R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sentenza 14/2004 della Corte Costituzionale)*, in *Le Regioni*, 4-5, 2008, 791; G. LUCHENA, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE - M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, I, Milano, 2008, 107. Cfr. inoltre M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 211; S. NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla panificazione*, in *Giur. cost.*, 1991, 472; R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, cit., 883. L'Autrice ha evidenziato come la difesa dei valori ancorati ad una visione del "mercato inteso quale struttura oggettiva" ed emerso con il processo di integrazione europea, nell'essere ricondotta a quei fini di utilità sociale ai quali deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale, si è risolta "in una compressione ad un tempo di diritti ed interessi altri, in una prevalenza della protezione del sistema economico vigente".

⁴¹ Corte Costituzionale 26 gennaio 1957 n° 3, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 9 aprile 1963 n° 45, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 28 marzo 1968 n° 16, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 6 giugno 1968 n° 57, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 6 giugno 1968 n° 60, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 5 marzo 1969 n° 27, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 23 aprile 1974 n° 111, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 28 aprile 1976 n° 94, in *www.giurcost.org*; Corte Costituzionale 14 aprile 1988 n° 446 in *Foro it.*, 1990, I, 2706.

⁴² Corte Costituzionale 2 febbraio 1990 n° 63 in *Foro it.*, 1990, I, 748; Corte Costituzionale 16 marzo 1990 n° 127 in *Foro it.*, 1991, I, 36; Corte Costituzionale 19 dicembre 1990 n° 548 in *Giur. cost.*, 1990, 3147; Corte Costituzionale 6 febbraio 1991 n° 51 in *Rass. avv. Stato*, 1991, 139; Corte Costituzionale 22 novembre 1991 n° 420 in *Giust. civ.*, 1992, I, 307; Corte Costituzionale 30 luglio 1992 n° 388 in *Riv. giur. ambiente*, 1992, 873; Corte Costituzionale 12 settembre 1995 n° 427 in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1996, 637; Corte Costituzionale 4 luglio 1996 n° 236 in *Giust. civ.*, 1996, I, 2462; Corte Costituzionale 27 luglio 2000 n° 379 in *Foro amm. CDS*, 2002, 628; Corte Costituzionale 14 giugno 2001 n° 190 in *Riv. giur. ambiente*, 2002, 44; Corte Costituzionale 26 maggio 2005 n° 199 in *Foro it.*, 2005, I, 2263; Corte Costituzionale 7 luglio 2006 n° 279 in *Ragusan*, 2007, 273-274, 280; Corte Costituzionale 29 maggio 2009 n° 167 in *Giur. cost.* 2009, 3, 1870; Corte Costituzionale 2010 n° 152 in *Giur. cost.* 2010, 2, 1798; Corte Costituzionale 8 luglio 2010 n° 247 in *Foro amm. CDS*, 2011, 2, 375.

<< di giudicare in merito all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevanza di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo >>⁴³.

Da questa posizione deriva, fra l'altro, una giurisprudenza senza dubbio maggioritaria sul sindacato sull'utilità sociale che si è fondata sul "gemellaggio che unisce l'art. 3 e l'art. 41"⁴⁴ declinato sul caratteristico registro di ragionevolezza, piuttosto che su una giurisprudenza che in maniera puntuale individui, in base ad un principio di "mera esistenza" cosa di volta in volta possa rientrare, secondo la Corte, nella clausola dell'utilità sociale⁴⁵.

Allo stesso modo si è finito con lo scardinare quel ruolo di trasformazione delle relazioni economiche che, prima i Costituenti, e poi parte della dottrina, avevano indicato nell'utilità sociale, facendola coincidere con tutte le finalità connesse alla realizzazione di quel progetto di costruzione democratico-sociale, rinvenibile nell'art. 3 comma 2 Cost.⁴⁶. L'evoluzione interpretativa, "percorsa" dall'articolo 41 Cost., trova una sintesi eloquente nella sentenza della Corte Costituzionale n.270/10 relativa, come è noto, al caso di deroga del principio dell'U.E. di divieto di aiuti di Stato alle imprese, giustificato dalla straordinarietà della crisi economica di cui ha beneficiato l'Alitalia⁴⁷. Dopo aver ripercorso i tratti salienti della sua giurisprudenza sul punto, la Corte affronta, in una lunga digressione, la questione relativa all'interpretazione delle clausole sull'utilità sociale e fini sociali contenute nell'art. 41 Cost., il cui scrutinio, come viene ribadito, è essenzialmente basato sul giudizio di ragionevolezza, volto a verificare la proporzionalità delle misure adottate rispetto alla limitazione dell'iniziativa economica. In quella occasione si è sottolineato come le esigenze di utilità sociale debbano essere bilanciate con la concorrenza ribadendo la necessità che l'individuazione delle medesime non appaia arbitraria e che esse non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue, assumendo rilievo, in tale valutazione, anche il carattere temporaneamente limitato della disciplina che le prevede.

⁴³ Cfr. Corte Costituzionale 2 febbraio 1990 n° 63 in *Foro it.*, 1990, I, 748

⁴⁴ Cfr. F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9

⁴⁵ Cfr. S. NICCOLAI, *Sull'utilizzo del principio dell'utilità sociale in una sentenza sulla panificazione*, cit., 475.

⁴⁶ Cfr. F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9.

⁴⁷ Cfr. Corte Costituzionale 22 luglio 2010 n.270 in *Giust. civ.*, 2011, 4, 853. Cfr. sul punto M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, 3286; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *L'incompiuta: ascesa e declino costituzionale della libertà di concorrenza*, in *Foro it.*, 2010, 2914.

In modo particolare, al fine di legittimare la propria decisione i giudici hanno giustificato il proprio orientamento facendo riferimento al giudizio di proporzionalità, dilungando nella ricerca di legittimazioni che consentano la sua applicazione, arrivando a fare appello anche al criterio di limitazione temporale della misura di deroga del divieto di aiuti statali⁴⁸.

Per questo motivo, tale giudizio è apparso in tutta la sua eccezionalità in quanto ha statuito che l'articolo 41 Cost., nel prevedere ai commi 2 e 3 limiti espressi all'attività economica, " *consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito*".

Nonostante ciò la sentenza ha segnato, come ricordato da parte della dottrina, l'affermarsi della " *consapevolezza della necessità che si lasci la possibilità alla politica di guidare e di non subire i processi economici*"⁴⁹.

La valutazione critica in merito alla trasformazione subita, nel corso degli ultimi anni, dall'articolo 41 Cost. dimostra, inoltre, come anche il progressivo affievolimento dei limiti e degli strumenti di indirizzo delle attività economiche, presenti nella disposizione, sia coincisa, non a caso, con la fine di quel processo di tendenziale diminuzione delle disuguaglianze ed abbia innescato, al contrario, una nuova fase, caratterizzata dalla crescita esponenziale delle disuguaglianze, che si manifesta, in maniera preoccupante, con l'acuirsi della crisi economico-finanziaria che ha investito l'Europa che ha, di fatto, modificato in maniera determinante quel rapporto tra diritto ed economia che ha caratterizzato la nascita dello Stato sociale⁵⁰.

4. Gli effetti del diritto europeo sulla normativa nazionale.

La presenza pubblica nell'economia accanto a quella privata, legittimata dagli articoli 41 e 43 Cost., considerata per molti anni del tutto naturale, ha subito un rilevante ridimensionamento in considerazione dell'impatto dei Trattati europei che si sono susseguiti e di una nuova visione di mercato, inteso quale motore della crescita economica e sociale di uno Stato, che ha portato, come

⁴⁸ Cfr. F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9.

⁴⁹ F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il posto dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in Ianus, 5, 2011, 67.

⁵⁰ Cfr. sul punto M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., 219; I. CIOLLI, *I diritti sociali alla prova della crisi*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *La Costituzione alla prova della crisi*, Napoli, 2012; S. GAMBINO, W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in www.astridonline.it 2012, 1; F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, cit., 9.

già ricordato, al periodo delle privatizzazioni⁵¹ ed alla formulazione di "nuove disposizioni costituzionali"⁵², che hanno recepito il principio dell'economia sociale di mercato⁵³. L'intervento delle norme europee in materia è stato, infatti, finalizzato alla costruzione di un mercato unico ed alla necessità di arginare l'impostazione dei singoli Stati basate, come prima sottolineato, su un forte intervento pubblico e sul mantenimento di situazioni di forte interventismo statale, anche in ipotesi non strumentali alla realizzazione di finalità sociali⁵⁴.

La valorizzazione della libera concorrenza ha, quindi, messo fine alla figura dello Stato imprenditore facendo emergere, allo stesso tempo, una rinnovata visione di intervento pubblico nell'economia caratterizzata da un nuovo dirigismo tramite la regolazione del mercato⁵⁵.

Lo Stato "regolatore", in maniera differente rispetto allo Stato sociale, interviene in modo "conforme" al mercato, ritenuto il prodotto della regolazione pro-concorrenziale o *market making*⁵⁶, regolando e promuovendo la concorrenza attraverso organismi pubblici indipendenti, dal Governo e dal settore economico regolato, dotati di poteri autoritativi⁵⁷.

Al riguardo è stato inoltre evidenziata la coerenza tra la funzione regolatrice dello Stato ed i processi di liberalizzazione, caratterizzati dall'abrogazione delle disposizioni volte a limitare la concorrenza ed, al tempo stesso, dalla

⁵¹ Per un inquadramento generale delle privatizzazioni cfr. P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995; E. BANI- C. CARCELLI- M. B. PIERACCINI, *Privatizzare*, Padova, 1999; M. CLARICH- A. PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in Dig. disc. pubbl., Torino, 2000, 432; F. BONELLI- M. ROLI, voce *Privatizzazioni*, in Enc. dir., IV, agg. Milano, 2000, 994.

⁵² Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, cit., 339.

⁵³ Cfr. sul punto G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, 19; P. DAMIANI, *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Roma, 2009, 17; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2009, 75.

⁵⁴ Cfr. sul punto G. DI PLINIO, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2004. Sul punto l'Autore parte di un "work in progress che parte da Roma e arriva a Maastricht ed oltre" per evidenziare l'evoluzione sovranazionale in materia che ha avuto, come è noto, come "spartiacque" proprio il Trattato di Maastricht.

⁵⁵ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, cit., 339.

⁵⁶ Cfr. N. IRTI, *Legislazione e codificazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1996, 232.

⁵⁷ Per un'analisi più approfondita dello Stato regolatore si rinvia a titolo esemplificativo a S.CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378; S.CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 579; V.ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in Pol. dir., 1997, 627; D. PIACENTINO, *Le autorità indipendenti di regolamentazione e l'organizzazione dell'intervento pubblico in economia*, in S. DE NARDIS (a cura di), *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000, 305; A.LA SPINA- G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 27; F. DI PORTO, *Regolazione di "prima" e "seconda" generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico*, in Mercato, regole, concorrenza, 2003, 201.

sottoposizione delle attività economiche a incisive regolazioni pubbliche finalizzate alla tutela ed alla promozione dello stesso principio concorrenziale⁵⁸. L'impostazione immaginata, in ambito economico, dai Costituenti del 1948 è stata, quindi, aggiornata dall'inserimento nell'ordinamento nazionale della politica pro-concorrenziale, proveniente dal diritto europeo, che non ha trovato un limite esplicito nelle norme costituzionali in materia, che tutelano in maniera imprescindibile le finalità sociali derivanti dalle attività economiche non disponendo un sistema di organizzazione *ad hoc*⁵⁹.

Sulla base di tali considerazioni, parte della dottrina⁶⁰ ha sostenuto un mutamento radicale della Costituzione economica italiana, anche in assenza delle opportune modifiche costituzionali⁶¹, quale conseguenza della sovrapposizione⁶², alla stessa, della c.d. Costituzione economica europea⁶³.

⁵⁸ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, cit., 341.

⁵⁹ Cfr. F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea*, cit., 132.

⁶⁰ Cfr. G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996; L. AZZENA, *Le regole (mutevoli) della Costituzione economica*, in *Studi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 151-150. Al riguardo deve però evidenziarsi come le norme della Costituzione economica siano comunque strettamente collegate alle finalità sociali di tutela dei diritti e di promozione sociale, cui l'intera Costituzione è orientata.

⁶¹ Cfr. S. CASSESE, *Dubbi e interrogativi sulla Costituzione economica*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *La Costituzione economica, Ricerca dell'Isle*, 1985, 135 che tra le varie ipotesi di riforma della Costituzione economica già proponeva di prendere atto nella Costituzione formale dell'adesione italiana alla Comunità economica europea, di riconoscere costituzionalmente dei poteri pubblici ma neutrali, di sancire costituzionalmente regole sulle autorità *antitrust*.

⁶² La "possibile" sovrapposizione della Costituzione economica europea a quella nazionale parebbe, quindi, compatibile con la formula flessibile, prevista dalla Costituzione economica nazionale, in merito alle forme di organizzazione, sulla base di una condivisione delle finalità sociali tra pubblici poteri nazionali e ordinamento interno, in quanto, in caso di contrasto, la normativa europea parrebbe esposta all'applicabilità della teoria dei controlimiti.

⁶³ Sulla base di quanto specificato in precedenza in merito alla nozione di Costituzione economica in senso materiale, è possibile evidenziare come, per Costituzione economica europea non debbano intendersi solo le norme dei Trattati in materia economica, ma anche le disposizioni di diritto europeo derivato e quelle di origine giurisprudenziale. Come evidenziato da parte della dottrina, la Costituzione economica europea può essere ripartita in tre categorie analitiche: una Costituzione del mercato unico, fondata sul principio dell'unità del mercato e dell'eguaglianza senza discriminazioni di nazionalità, che raccoglie le disposizioni fondamentali della disciplina del mercato nelle sue varie implicazioni; una Costituzione monetaria, caratterizzata dal principio della stabilità monetaria, che comprende la politica monetaria; una Costituzione finanziaria, basata sulla stabilità finanziaria e sulla crescita economica, che racchiude le politiche di bilancio in senso più ampio, in modo da ricomprenderne aspetti accessori, quali politiche fiscali, macroeconomiche e di spesa. Cfr. sul punto L. TORCHIA, *La nuova costituzione economica*, in *L'Amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994; G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; S. CASSESE, *La costituzione economica europea* in Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, 6. Sul punto l'Autore ricorda come i principi e le prescrizioni previste dalla

Sul punto è stato infatti evidenziato come: <<*questa confusa nozione, priva di fondamento normativo espresso costituisce o può costituire soltanto il veicolo concettuale attraverso cui diffondere e rendere ovvia la tesi secondo cui vi sono regole fondamentali in economia: tali regole sono quelle proprie del mercato e della concorrenza*>>⁶⁴.

Tale locuzione intende quindi recepire le più diverse espressioni, alle quali corrispondono numerose definizioni presenti nella tradizione occidentale, dalle rivoluzioni francese ed americana ad oggi⁶⁵.

Si tratta di un modello, caratterizzato dalla presunzione che le norme europee siano indirizzate verso un'economia di mercato basata sulla tutela della concorrenza nel mercato interno ed il perseguimento della "coesione economica europea", che deve essere costantemente aggiornato proprio in considerazione dell'integrazione europea, fondata sul primato del diritto europeo su quello interno⁶⁶.

costituzione economica europea siano rivolti non solo ai cittadini europei ed alle istituzioni europee, ma anche agli Stati nazionali. Cfr. G. DI PLINIO, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 4, 2003, 1790. Cfr. inoltre sul punto C. JOERGES, *The market without the State? The economic constitution of the European community and the rebirth of regulatory politics*, *European Integration Online Papers*, I, No 19, 1997; S. ORTINO, *La Banca centrale nella Costituzione europea*, in *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, 1995; G. DELLA CANANEA, *Il patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 4, 2001; S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, cit., 6. *Contra* N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 28 che nega a che a livello sovranazionale possa parlarsi di costituzione economica ma solo di "decisione di sistema", perché "non adottata nell'esercizio di potere costituente" che aprirebbe "un affascinante paradosso: una decisione di sistema, regolatrice di immane spazio, capace bensì di impedire l'applicazione del costituzionale art. 41, ma tuttavia inidonea, per intima debolezza di consenso, ad elevarsi a dignità di costituzione economica".

⁶⁴ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 28.

⁶⁵ G. U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, cit., 10.

⁶⁶ Per questo motivo parte della dottrina ha evidenziato come la nozione di costituzione economica europea non possa univocamente essere riferita ad una serie di disposizioni precise ma ad un complesso di norme e principi che permeano le costituzioni degli stati membri andando ad influenzare lo spazio costituzionale europeo. Cfr. G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996; E. VARANI, *Giurisdizione e spesa pubblica. In margine all'attuazione dell'art. 81 cost.*, Padova, 1997; F. SORRENTINO, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in L. CARLASSE, (a cura di) *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in europa, Atti del Convegno di Ferrara 2-3 maggio 1997*, Padova, 1998; G. DI GASPARO, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., 15; A. D'ALOJA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel diritto costituzionale comune (europeo e nazionale)*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R.G. (a cura di) *Corte Costituzionale e processi di decisione politica, Atti del Seminario di Otranto – Lecce, 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni*. Notazioni sparse, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 25 ottobre 2011.

Da ciò ne deriva, quindi, una crescente coesione tra Stati ed ordinamenti intorno ad un insieme di valori e principi normativi che si affiancano a quella: << *eterocorrezione del mercato attraverso le regole della concorrenza allo scopo di raggiungere un equilibrio politico ed economico tra gli Stati membri, collegando i due livelli di governance e creando continuità fra gli stessi grazie ad una linea progressiva di sviluppo* >>⁶⁷.

I contrasti che si sono avuti nel corso degli anni tra "Costituzione economica italiana" e "Costituzione economica europea", risolti in un primo momento sulla base delle limitazioni della sovranità nazionale *ex art.11 Cost.*⁶⁸ temperata dai cd. controlimiti, devono oggi trovare definizione attraverso una proficua interazione tra forme di intervento sociale nazionale con quelle europee⁶⁹.

Al riguardo è stato opportunamente evidenziato come l'interazione tra gli ordinamenti nazionali e la sfera europea non si struttura semplicemente come limitazione della sovranità statale o comunque suddivisione delle competenze, ma tende a configurarsi come confronto sulla concezione dello Stato sociale e di una sua evoluzione verso la definitiva affermazione di un ordinamento sociale europeo⁷⁰.

⁶⁷Cfr. F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea*, cit., 137. Cfr. inoltre N. PARISI, *Competenze dell'unione e principi regolatori* in U. DRAETTA – N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte speciale, Il diritto sostanziale*, Milano, 2003, 5-8; F. MORATA, *Governance europea e politiche pubbliche* in F. FABBRINI – F. MORATA, *L'unione Europea. Le politiche pubbliche*, Roma-Bari, 2002 e ancora P. HABERLE, *La cultura giuridica europea*, in P. RIDOLA, *La Costituzione europea tra cultura e mercato*, Roma, 1997, 15. Sul punto l'Autore parla dell'Europa come "comunità di valori, come comunità giuridica e culturale, come comunità di cultura giuridica" richiamando espressamente le disposizioni europee secondo le quali "l'Unione fornisce un contributo allo sviluppo culturale degli stati membri nel rispetto delle diversità nazionali e regionali e nello stesso tempo dando risalto al patrimonio culturale comune".

⁶⁸ Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a M. CARTABIA – L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 287; L. MEZZETTI, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, Torino, 1994, 221; V. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di costituzione economica*, in *Dir. econ.*, 1992, 412. Cfr. inoltre sul punto Corte Costituzionale 284 e 349 del 2007 che ha affermato come "l'art. 11 cost., prevedendo che che l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni", ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento".

⁶⁹ Cfr. E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in Scritti in onore di L. Mengoni, *Le ragioni del diritto*, Milano, 1995.

⁷⁰ Cfr. F. MONCERI, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea*, cit., 137. Cfr. inoltre G. NAPOLITANO, *La Costituzione economica*, in *Percorsi Costituzionali*, 2, 2009, 45 secondo il quale "l'ordinamento comunitario ha dispiegato un'influenza profonda sulla costituzione economica italiana. Ha contribuito a proteggere la libertà di impresa anche dagli attentati privati alla concorrenza, ha impedito illegittime discriminazioni tra operatori economici da parte dello Stato, ha imposto o comunque incentivato la liberalizzazione di molti settori, a

In virtù del principio dell'economia sociale di mercato introdotto, come è noto, dall'articolo 2 TUE dal Trattato di Lisbona, è quindi possibile evidenziare come l'attuale Costituzione economica italiana debba ispirarsi a tale con la diretta conseguenza che i principi costituzionali in materia economica debbano desumersi non più solo dalla Carta Costituzionale, ma anche e soprattutto dai Trattati europei.

Come è stato sottolineato, infatti, tra Costituzione e Trattati si è nel tempo sviluppata una: *<<feconda relazione di natura circolare caratterizzata da reciproche influenze e mutui condizionamenti in virtù dei quali, se da un lato, l'adesione dell'Italia all'attuale Unione Europea ha influenzato l'interpretazione e la revisione della Costituzione italiana, dall'altro lato, questa, congiuntamente alle costituzioni degli altri Stati membri, ha prodotto importanti innovazioni sul terreno dei valori sociali in seno all'ordinamento comunitario>>⁷¹.*

Al riguardo si ricorda come la revisione costituzionale del 2001 abbia inciso profondamente sulla Costituzione economica nazionale, includendo "il mercato", prima assente, e facendo in modo che la tutela della concorrenza, sottoposta alla potestà esclusiva dello Stato, risulti strettamente collegata alla giustizia sociale al fine di essere da essere considerata precisazione del principio dell'economia sociale di mercato, in virtù del quale la produzione di beni e servizi sia affidata a soggetti privati all'interno di un mercato aperto e concorrenziale,

cominciare dai servizi a rete, determinando così un'interpretazione restrittiva delle condizioni che possono consentire l'introduzione di regimi di riserva. Più diretta è stata l'influenza sul sistema di welfare. L'ordinamento europeo ha comunque indotto lo Stato a preoccuparsi maggiormente della insostenibilità finanziaria di molte prestazioni pubbliche e delle disparità di trattamento tra uomini e donne e tra generazioni presente e generazioni future". *Contra* G. DI PLINIO, *La Costituzione economica*, in *Percorsi Costituzionali*, 2, 2009, 43. Secondo l'Autore "La nuova Costituzione economica europea, muovendosi nella stessa direzione della irresistibile spallata che la globalizzazione ha dato alle costituzioni economico keynesiane, ha un doppio effetto sulla Costituzione italiana. Da un lato smantella il modello socio-interventista che essa originariamente accoglieva, trasformandolo in *fiscal constitution*, dall'altro introduce un framework con effetto di enforcement, rendono vincolanti per il governo, parlamento, regioni e autonomie locali le nuove regole, le quali sono giustiziabili davanti alle Corti, ai diversi livelli. Nella nuova costituzione economica le scelte politiche si misurano in termini quantitativi. Il PIL diventa un bene costituzionalmente protetto. Disavanzo, debito eccessivo e inflazione sono vietati e sanzionati. [...] Ancora: la presenza pubblica nelle attività economiche viene smontata come i pezzi di un meccano, ma la privatizzazione è un'arte e deve generare effetti economici virtuosi: peccato che nel nostro Paese, patria di artisti, manchino proprio quelli che sanno privatizzare".

⁷¹ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, cit., 341; P. DAMIANI, *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, cit., 15.

regolato, al tempo stesso, dai pubblici poteri, in modo da tutelare e promuovere il raggiungimento di finalità sociali⁷².

Può dirsi, in altri termini, che il revisore costituzionale ha dato prova dell'influenza del diritto europeo sulla Costituzione, andando a modificare non gli articoli dedicati alla Costituzione economica, così come strettamente intesa, ma inserendo nella parte seconda della Costituzione il riferimento ad istituti, quali la concorrenza, che negli anni hanno trovato nel diritto europeo il proprio legislatore⁷³. In questo modo può infatti essere letto il riferimento, contenuto nell'articolo 117 Cost.⁷⁴, alla "tutela della concorrenza" nelle materie riservate alla potestà esclusiva dello Stato al fine di attribuire, allo stesso, un potere legislativo orientato ad una uniformità sull'intero mercato nazionale⁷⁵.

⁷² Cfr. P. DAMIANI, *Costituzione economica e statuti economici*, in *Rassegna parlamentare*, 2009, 346.

⁷³ Cfr. S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n.3/2001*, in www.federalismi.it, 21 luglio 2002, 10 che parla di una "costituzionalizzazione" dell'espressione tutela della concorrenza. Al riguardo si ricorda altresì parte della dottrina secondo la quale dalla configurazione costituzionale della libertà di concorrenza dipenda, oggi, la definizione stessa della nostra forma di Stato. Sul nesso tra libertà di concorrenza e forma di Stato e tra Costituzione economica e forma di Stato Cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 375; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit, 50. Sul punto l'Autore ha evidenziato come " la connessione fra forma di Stato e costituzione economica non richiede di essere sottolineata: se per forma di Stato, infatti, si intende la correlazione fra l'apparato autoritario o di governo ed il sistema di regolamentazione dei rapporti tra singoli e dei gruppi sociali tra loro e con lo Stato, la sua incidenza sul tipo di costituzione economica, e perciò la sua rilevanza ai fini della determinazione e della enucleazione dei questa, appaiono per definizione stessa"

⁷⁴ L'articolo 117 Cost., avvalorando quell'interpretazione estensiva dell'articolo 11 Cost., secondo la quale la stessa norma costituzionale avrebbe costituito il varco per l'ingresso del principio concorrenziale nel nostro ordinamento dovrebbe quindi essere considerato la disposizione che legittimerebbe l'accesso, nel nostro modello costituzionale, di un'economia perfettamente concorrenziale. Cfr. C. MARZUOLI, *Mercato e valore dell'intervento pubblico* in *Le Regioni*, 1993, 1593; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., 40; A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, in *Dir. e soc.*, 1997, 237; P. BILANCIA, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive*, in *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea a cura di A. CATALANI – S. LABRIOLA*, Milano, 2011, 322. *Contra* A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza ?* in *Giur. cost.*, 1999, 2968. Secondo l'Autore "se la Costituzione all'art. 41 non avesse riconosciuto o non avesse avuto le virtualità sufficienti per inglobare anche in un momento successivo la libertà di concorrenza, sarebbe mai stato possibile il recepimento del valore di tale libertà, nel nostro ordinamento, da parte dell'ordinamento comunitario, per il solo tramite dell'art. 11 Cost., il quale consente bensì reciproche possibili limitazioni della sovranità, ma non modifiche della forma di Stato?"

⁷⁵ Cfr. M. CAMMELLI, *Amministrazione e interpreti davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1274 che ha parlato di " inedita costituzionalizzazione di principi come quello della concorrenza". *Contra* L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, cit., 366. Secondo l'Autrice " non pare possibile, per profilassi costituzionale, ravvisare nell'art. 117 Cost., contenuto nella Parte II della Costituzione, il fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza, intesa per

Acquisita anche grazie ad interventi giurisprudenziali⁷⁶, tale previsione ha portato, secondo parte della dottrina, alla "recezione formale, attraverso la definitiva sostituzione della logica della separazione tra i due ordinamenti con la logica della integrazione, della primauté del diritto comunitario, il cui principio istituzionale i base è proprio il principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza", derivandone da ciò, "una riconsiderazione più attenta della valenza costituzionale del principio della concorrenza aggiornata ai principi dell'ordinamento comunitario"⁷⁷.

5. Considerazioni conclusive.

L'economia sociale di mercato⁷⁸ si caratterizza, come già ricordato, per l'idea di un ordine economico basato sulla concorrenza, "in cui, però la libera iniziativa

di più in senso macroeconomico, quale assetto concorrenziale del mercato, perché così facendo si arriverebbe a modificare surrettiziamente, attraverso norme di riparto delle competenze il Titolo III (Rapporti economici), Parte I della Costituzione e, attraverso esso, finanche il delicato equilibrio tra la tutela del mercato e delle regole che ne garantiscono il corretto funzionamento e garanzia delle esigenze latu sensu sociali in esso a fatica raggiunto".

⁷⁶Il riferimento è non solo alle sentenze della Corte Costituzionale, che si è avuto modo di analizzare *supra* (Paragrafo 3.1., Capitolo I), ma anche ad alcune decisioni della giurisprudenza civile ed amministrativa che hanno espressamente ricollegato la libertà di concorrenza alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 comma 1 Cost. Cfr. sul punto Corte di Cassazione, 3 luglio 1996 n.6079, in *Giur.it*, 1997, I, 451; Corte di Cassazione 1 febbraio 1999 n° 827, in *Foro it*, 1999, I, 831; Tar Sicilia, 7 febbraio 1996 n°122, in *Foro amm.*, 1996, 3062; Tribunale di Milano, 17 giugno 1994, in *Riv. Dir. ind*, 1995, Tar Lombardia, 22 febbraio 2000 n°2126, in *Riv. It. Dir. pubbl. com*, 2000, 203; Cfr. infine Tribunale di Milano, 22 marzo 1976, in *Temi*, 1978, 418, che individuò, nel regime della libera concorrenza, un principio costituzionalmente garantito per la sua funzione di utilità sociale.

⁷⁷ L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, cit., 371. Secondo l'Autrice, inoltre, la disposizione debba essere letta nell'ottica di una revisione della Costituzione riconducibile all'organizzazione dei pubblici poteri in una "rinnovata logica di *actio finum regundorum tra Stato ed autonomie territoriali*", non andando, di fatto, a pregiudicare quanto previsto dall'articolo 41 Cost. in materia.

⁷⁸ Cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, cit. 46. Secondo l'Autrice l'economia sociale di mercato va inteso come un modello economico che si propone di obbligare gli Stati a "operare per una giustizia sociale ed un avanzamento dei ceti più deboli, anche attraverso possibili forme di programmazione economica, che salvaguardino, tuttavia, l'esercizio della libertà d'impresa". Sul punto cfr., altresì, D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali nel diritto U.E.*, in E. CASTORINA (a cura di) *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 2016, 130. Secondo l'Autrice l'economia sociale di mercato "non è una formula vuota, ma l'enunciazione di un principio che dovrà essere tradotto in regole applicative concrete. Con questa formula, certamente si riconoscono i meriti dell'economia di mercato nel favorire lo sviluppo, ma la concorrenza, che mai è stata affermata come un valore, è qui confermata nella sua natura di mero strumento". Cfr. inoltre sul punto G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Europa e Diritto privato*, 2011, 3, secondo il quale la concorrenza, in precedenza, rappresentava un valore.

economica e il progresso sociale" vengono "riportati a sintesi attraverso l'azione dei poteri pubblici"⁷⁹.

Tale modello, nello spazio europeo, non può tuttavia trovare compiuta definizione e realizzazione se non in un'ottica multilivello, nella quale i singoli Stati e l'Unione europea agiscono in sinergia nella definizione sia degli obiettivi economico-sociali da perseguire sia delle forme che l'intervento pubblico deve assumere in tale contesto⁸⁰.

Anche per questo, come è stato sottolineato, in ossequio a quanto stabilito prima dall'articolo 3 del Trattato di Maastricht e da ultimo dal Trattato di Lisbona⁸¹, l'integrazione europea dovrebbe propendere verso un modello di economia "non meramente liberale e di mercato, ma anche sociale di mercato in grado di rispondere alle molteplici sfide che deve subire da parte dei processi di globalizzazione"⁸².

In realtà, come si è avuto modo di evidenziare nel corso del lavoro, sebbene l'intervento pubblico nell'economia e, di conseguenza, il suo modello di governo, "non è mai stato messo in discussione rispetto all'an", non altrettanto può dirsi con riferimento "al *quomodo* o al *quantum*"⁸³ essendo stato oggetto di attenzione e di sindacato, << *nelle sue forme, nella sua ampiezza e nella sua consistenza, nella sua intensità, nella sua efficienza e nella sua efficacia, nella corrispondenza agli obiettivi prefigurati e da perseguire nei suoi limiti e, magari, nelle garanzie comunque da assicurare* >>⁸⁴.

Inoltre, nonostante i Trattati richiamino i principi di solidarietà e coesione sociale, indicando, al tempo stesso un modello volto alla "coesione economica sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri"⁸⁵, le politiche europee di *austerità* degli ultimi anni sembrano essersi indirizzate in una direzione totalmente

⁷⁹ Cfr. E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, 11

⁸⁰ Cfr. P. BILANCIA, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, cit. 97.

⁸¹ Al riguardo vi è chi ritiene che con questo Trattato l'Unione abbia abbandonato la sua originaria ispirazione squisitamente economicistica. Così, tra gli altri, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, 10.

⁸² Cfr. A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, 2005, 142.

⁸³ G. LUCHENA, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 107.

⁸⁴ Cfr. F. GABRIELE, *Premessa introduttiva*, in F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e " crisi del mercato"*, Bari, 2005, 10.

⁸⁵ Al riguardo è stato evidenziato come gli interventi dell'Unione in materia di diritti sociali siano stati fondati " non già su una ratio sociale e solidaristica, bensì su un approccio individuale e consumeristico". Cfr. F. SCUTO, *Il Governo dell'economia nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili "spunti" per una costruzione federale europea.*, cit.. 304.

opposta, impattando, in maniera negativa, sui sistemi di *welfare* e di protezione sociale dei singoli Stati⁸⁶, al punto che è stato sottolineato come la conseguente crisi dello Stato sociale abbia portato ad uno stravolgimento della sovranità degli Stati, caratterizzato, in particolare, da un rafforzamento del potere esecutivo, con conseguente indebolimento di quello legislativo, e ad una forte limitazione dei margini di decisione a causa del rispetto degli stringenti vincoli di equilibrio, capaci di intaccare la garanzia dei diritti fondamentali⁸⁷.

L'approvazione del Pilastro Europeo costituisce, per questo motivo, un fondamentale punto di partenza di una nuova fase del modello sociale europeo che dovrà essere avvalorata dalla previsione di adeguate risorse finanziarie volte a perseguire gli obiettivi previsti in modo da contribuire "a rendere saldo uno dei tradizionali zoccoli duri"⁸⁸ del processo di integrazione europea.

Sulla base di tali considerazioni può, infine, auspicarsi, come sottolineato da autorevole dottrina, che il modello sociale europeo non resti un "modello vuoto, o pieno soltanto di parole e di buone intenzioni" ma possa finalmente "colmare il gap sociale accresciuto dalla crisi economica e perforato dai fenomeni ormai strutturali della globalizzazione"⁸⁹.

⁸⁶Cfr. P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in www.federalismi.it, 23, 2012; P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in www.rivistaaic.it, 3, 2014, 7.

⁸⁷ Come è stato sottolineato la crisi dello Stato sociale non rappresenta "solo il fallimento di un modello politico dell'economia che vanta il merito storico di aver consentito l'equilibrio sociale in regime capitalistico, ma rappresenta anche l'appannamento di un'idea di Stato costituzionale che, assumendo la dignità dell'uomo come suo fondamento storico-culturale, ne ha demandato la promozione e il relativo sviluppo all'effettività di una scala di valori e di principi irrinunciabili". Cfr. S. GAMBINO, *Stato sociale una forma superata? Alcune riflessioni e qualche interrogativo sui rapporti fra democrazia e potere economico*, cit. Cfr. inoltre M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'Unità nazionale*, in *Rivista Aic*, 2, 2011; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in www.costituzionalismo.it. In senso analogo anche G. LUCHENA, *La socialità comunitaria e i "valori-base" della Costituzione nel prisma dell'economia sociale di mercato: spunti di riflessione*, cit. 604, il quale sottolinea come l'attuale modello economico europeo, caratterizzato da una sorta di precarietà in quanto "affidato, almeno in parte, ad intese e accordi da raggiungere, di volta in volta, specie in momento di situazioni particolari, e caso per caso", si è caratterizzato, nel corso di questi ultimi anni, per una eccessiva attenzione agli aspetti finanziari a discapito di istanze sociali, condannando, altresì, gli Stati membri a rinunciare al loro compito di promotore dell'uguaglianza e di diritti sociali.

⁸⁸ R. BALDUZZI, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in P. BILANCIA (a cura di) *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in www.federalismi.it, 4, 2018, 253.

⁸⁹ Cfr. P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in P. BILANCIA (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in www.federalismi.it, 4, 2018, 10.

Nella definizione di questo modello, un ruolo importante, come si è cercato di evidenziare nel corso del presente lavoro, viene svolto dai modelli di gestione dei servizi, adottati dagli enti competenti.

Se, infatti, come è stato sottolineato, i servizi pubblici possono essere considerati "il riflesso organizzativo dei diritti sociali" ed al tempo stesso l'immagine e il mezzo di soddisfacimento"⁹⁰ degli stessi, appare allora evidente che buona parte della garanzia di tali diritti, in presenza di risorse limitate, dipenda – in senso positivo – anche dalla scelta della forma organizzativa più adatta a coniugare effettività della prestazione ed efficienza della sua erogazione.

⁹⁰ Cfr. G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in Jus, 1999, 867.

Riflessioni sulla natura giuridica delle società pubbliche: La responsabilità degli amministratori.

di Emilio BOCCIA*

SOMMARIO: **1.** L'evoluzione della giurisprudenza sulla responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica **1.1.** La sentenza della Corte di Cassazione n°26806/09 e le sue conseguenze sul riparto di giurisdizione. **1.2.** L'intervento della Corte di Cassazione in materia di società *in house providing*: la sentenza n° 26283/13. **2.** La recente evoluzione normativa: l'articolo 12 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. **3.** Brevi conclusioni.

ABSTRACT: *This paper aims to investigate the issue of the liability of public company directors has been the subject of attention of the doctrine and jurisprudence of recent years. The matter has been the subject of attention of the legislator who has resolved the doubts that arose on this point.*

1.L'evoluzione della giurisprudenza sulla responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica.

Il tema della responsabilità degli amministratori e degli organi di gestione delle società a partecipazione pubblica¹, in particolare quelle *in house providing*², è stata oggetto, come è noto, di una importante elaborazione giurisprudenziale basata sull'analisi della natura giuridica e della rilevanza pubblica delle risorse gestite dalle

* Avvocato, cultore della materia.

¹ Le società a totale o parziale partecipazione pubblica rientrano, come è noto, soprattutto a partire dai primi anni novanta, nella categoria dei modelli che le amministrazioni pubbliche utilizzano per gestire ed erogare i servizi pubblici locali. Cfr. tra i tanti M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corr. Giur.*, 2007, 895; M.A.SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in www.federalismi.it, 3, 2012; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 855; M. CASAVECCHIA, *Le società pubbliche alla luce del TU 175/16. Riflessioni su costituzione e statuti*, in F.FIMMANO', A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, 345.

² Lo strumento dell'*in house providing* rappresenta una esplicitazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover far ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica che non può inoltre essere identificato con l'organismo di diritto pubblico in quanto contraddistinto da requisiti più rigorosi. Come è stato più volte sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa mentre tutte le società *in house providing* sono organismi di diritto pubblico non può sostenersi il contrario.

stesse, che ha legittimato, per questo motivo, la giurisdizione della Corte dei Conti³. Come è noto, inoltre, la costituzione di un numero eccessivo di società pubbliche, connotate da una sorta di inafferrabile trasformismo, ha senza dubbio complicato il quadro di riferimento per gli interpreti del settore⁴.

Per questo motivo, quindi, visto l'indebolimento della tutela dell'interesse pubblico, dovuto all'utilizzo smisurato del modello privatistico, la Corte di Cassazione ha, in più occasioni, avvalorato tre presupposti necessari rinvenibili nel diritto di informazione, nella disciplina degli appalti e nella giurisdizione della Corte dei Conti⁵ nei casi di *mala gestio*. L'orientamento dei giudici di legittimità sul punto è stato definito, da attenta dottrina, "consolidato e fermissimo"⁶ nel legittimare la giurisdizione del giudice ordinario per i danni cagionati dai comportamenti degli amministratori o dei dipendenti delle società riconducibili allo svolgimento dell'attività imprenditoriale⁷, ed, al tempo stesso, quella del giudice contabile nei casi

³ Come è noto, infatti la giurisdizione del giudice contabile si giustifica ai sensi dell'articolo 103 della Costituzione, in considerazione dell'interposizione del legislatore ordinario, e dell'esistenza di un rapporto privilegiato tra il soggetto agente e la Pubblica Amministrazione, che non deve focalizzarsi sul rapporto di impiego in senso stretto, ma deve consistere in un più ampio *rapporto di servizio* inteso quale inserimento funzionale nell'organizzazione della stessa. Ciò è implicitamente dedotto anche dalla previsione legislativa secondo cui la giurisdizione contabile sussiste anche nell'ipotesi di danno erariale cagionato nei confronti di un'amministrazione diversa da quella di appartenenza.

⁴ Per un'analisi più approfondita si veda R. RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le società*, 2005, 423. Sul punto, si ricorda, inoltre, come la giurisprudenza costituzionale abbia affrontato la questione mediante la riqualificazione del concetto di società pubblica, affermando non solo l'applicazione di norme pubblicistiche a società di diritto privato, ma ritenendo, al tempo stesso che in presenza di specifici requisiti la stessa può essere qualificata quale ente pubblico. Cfr. Corte Costituzionale 28 febbraio 1993, n° 466, in *Foro amm.*, 1995, 298.

⁵ La Corte dei Conti, nell'analizzare la questione inerente la configurabilità della responsabilità degli amministratori delle società, ha ritenuto irrilevante la natura privata o pubblica del soggetto, in considerazione del fatto che, l'utilizzo di risorse pubbliche, a prescindere dallo strumento al quale si ricorre, risulta essere requisito necessario ed essenziale per la configurazione della giurisdizione della Corte dei Conti. Cfr. sul punto Corte dei Conti, sez. giur. Reg. Sardegna, 16 maggio 2008, n°1181, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 10, 2150; Corte dei Conti sez. giur. centr. App, 5 agosto 2008 n°361, in *Foro amm.* CDS 2008, 7-8, 2246; Corte dei Conti sez. giur. Reg. Friuli Venezia Giulia, 18 giugno 2009, n° 204, in *Riv. corte conti* 2009, 3, 154.

⁶ Cfr. A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in D. SORACE, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche (civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale)*, Padova, 1998, 247.

⁷ Cfr. sul punto F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. FIMMANO' (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 57-70; A. Bucarelli, *Il sistema della responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitale pubbliche*, in F. FIMMANO' (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 403, 445.

di esercizio, da parte degli stessi, di attività organizzative o aventi carattere autoritativo⁸.

Al riguardo si ricorda come la Corte abbia in più occasioni evidenziato la distinzione tra atti inerenti l'esercizio di attività di impresa e quelli riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero a funzioni pubbliche svolte in sostituzione di soggetti statali o di enti pubblici non economici, prevedendo, solo per queste ultime, l'assoggettamento alla giurisdizione del giudice contabile⁹.

Come è noto tale impostazione è stata in parte superata da una importante decisione degli stessi giudici¹⁰ basata sull'accoglimento di una nozione di pubblica amministrazione comprensiva anche degli enti pubblici economici e, quindi, sulla conseguente estensione della responsabilità amministrativa per danno erariale

⁸ Cfr. sul punto Corte di Cassazione, 5 febbraio 1969, n° 3636, in *Rassegna avv. dello Stato*, 1969, 113; Corte di Cassazione, 18 luglio 1979, n°4244, in *Foro amm.*, 1982, 111; Corte dei Conti Lombardia, 22 febbraio 2006 n° 114, in *Riv.civ. prev.*, 2007, 2, 448; Corte dei Conti Lombardia, 4 marzo 2008 n°135, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 172.

⁹ Cfr. tra le tante, Corte di Cassazione, 11 febbraio 2002, n° 1945, in *Foro it.*, 2002, I,1408, con la quale i giudici hanno stabilito la competenza del giudice ordinario in materia di responsabilità degli amministratori di un'azienda municipalizzata, per il danno da essi arrecato al comune come conseguenza della percezione di tangenti in occasione dell'aggiudicazione di appalti per la costruzione di un'opera pubblica. Questo orientamento "restrittivo" in merito alla giurisdizione dei giudici contabili è stato giustificato dal carattere tendenziale e non assoluto della stessa e dall'autonomia patrimoniale, contabile e finanziaria dell'ente pubblico economico. Per una più attenta analisi dell'evoluzione giurisprudenziale Cfr. R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Giur.it*, 2004, 10, 1830; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 4, 74; C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società a mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 2, II, 154; G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizione nel tempo delle riforme*, in *Giur.comm.*, 2006, 3, I, 478; L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 2, 233; F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1, 1; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, 221; A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Giur.comm.*, 2009, 3, I, 532; M. SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm Cds*, 2010, 1, 84-86.

¹⁰ Corte di Cassazione, S.U., 22 dicembre 2003, n.19667, in *Foro it.*, 2005, I, 2676. Cfr. sul punto G. ASTEGIANO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giust. Civ.*, 2004, 9, I, 2037; G. D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e società pubbliche: quale revirement della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.*, 2005, 268; M.A. VISCA, *La giurisdizione della Corte dei Conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Foro. It.*, 2005, 10, I, 2676.

anche nei confronti di amministratori e dipendenti considerati soggetti pubblici per definizione¹¹.

Al tempo stesso si è ulteriormente specificata la circostanza secondo la quale non dovesse considerarsi necessaria l'indagine dell'aspetto pubblicistico o privatistico nel quale collocare la condotta dannosa, quanto, piuttosto, il fatto che quest'ultima si fosse verificata in danno della P.A.¹².

In assenza di chiari riferimenti normativi parte della dottrina ha sostenuto che la giurisdizione del giudice contabile fosse esclusiva in base al presupposto che le disposizioni in materia conferivano la titolarità dell'azione al Procuratore della Corte dei Conti tralasciando di disciplinare il rapporto con altre forme di tutela giurisdizionale¹³.

Ad avvalorare tale tesi si ricordano alcune decisioni degli stessi giudici contabili che in numerose occasioni hanno evidenziato l'irrilevanza della natura privatistica dell'ente in questione ai fini della configurazione della responsabilità amministrativa dello stesso, concentrandosi invece sulla provenienza pubblica delle risorse utilizzate per il finanziamento delle attività¹⁴.

¹¹ Questo nuovo orientamento, basato sullo spostamento dell'attenzione dalla "qualità del soggetto" alla "natura del denaro e degli scopi seguiti" ha indotto parte della dottrina ad ipotizzare un'evoluzione della responsabilità amministrativa in responsabilità "finanziaria", volta ad escludere la qualità pubblica o privata del soggetto responsabile e delle caratteristiche del suo rapporto con la P.A. Cfr. sul punto D. MORGIANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANO', A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit. 620.

¹² Seguendo questa impostazione si ricorda, inoltre, come gli stessi giudici, nell'analizzare un'ipotesi di responsabilità di amministratori di società a partecipazione pubblica, abbiano successivamente puntualizzato come ai fini della costituzione del rapporto dovesse prescindere dalla natura dell'atto di investitura e dalla natura giuridica del terzo che riceve la stessa, non essendo necessario, ai fini della giurisdizione, l'accertamento del fatto secondo cui il danno fosse stato subito in via diretta dalla società o dall'ente pubblico-socio. Come è noto, infatti, tale considerazione deve essere ricondotta al merito della domanda. Il riferimento è alla sentenza 26 febbraio 2004, n° 3899, in *Foro it.* 2005, I, 2675, con la quale i giudici hanno affermato la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità degli amministratori di una società partecipata in misura maggioritaria da un comune che svolgeva un servizio pubblico.

¹³ Sul punto, inoltre, parte della dottrina ha sottolineato come la crescente commistione tra finalità pubbliche e strumenti privati avesse reso sempre più complessa la definizione di confini precisi tra le diverse competenze e giurisdizioni. Cfr. A. PAJNO, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 4, 954; P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008; A. SAU, *La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Trim. appalti*, 2009, 3, 684.

¹⁴ Cfr. Corte Conti Puglia, 12 giugno 2006 n° 615, in *Dir. Giust.*, 2006, 72; Corte Conti, Sez. I giurisd. centrale d'appello, 5 agosto 2008, n°361/A, in *Foro amm. Cds*, 2008, 2246; Corte Conti Sardegna, 16 maggio 2008 n°1181, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, 2150; Corte Conti Sez. I giurisd. centrale d'appello, 3 dicembre 2008 n° 532/A, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 66; Corte Conti Friuli Venezia Giulia, 18 giugno 2009 n° 203, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 3, 185.

La Corte di Cassazione ha successivamente ritenuto di approfondire la teoria della c.d. responsabilità amministrativa caratterizzata da un rapporto di servizio dipendente tra la pubblica amministrazione ed i soggetti impiegati, a vario titolo, nella società e dalla circostanza secondo la quale potesse considerarsi radicata la giurisdizione del giudice contabile in caso di evento dannoso subito dalla stessa amministrazione, seppur in via indiretta o mediata, a prescindere dalla natura pubblica o privata della condotta illecita¹⁵.

1.1. La sentenza della Corte di Cassazione n° 26806/09 e le sue conseguenze sul riparto di giurisdizione.

Questo orientamento è stato, come è noto, successivamente sconfessato dalla stessa Corte che, con la sentenza n° 26806/09¹⁶, ha inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale¹⁷ caratterizzato dalla affermazione della giurisdizione della Corte dei Conti nei casi di danno arrecato direttamente sul patrimonio sociale o su quello del socio pubblico.

In questa occasione i giudici di legittimità, attraverso una particolare interpretazione dell'articolo 16 *bis* del Decreto Legge n.248/07¹⁸, hanno stabilito un importante

¹⁵ Cfr. Corte di Cassazione 26 febbraio 2004 n° 3899, in Foro it., 2005, I, 2684; Corte di Cassazione 25 maggio 2005 n° 10973, in Foro it., 2005, I, 2674; Corte di Cassazione 22 ottobre 2007 n°22059, in Corr. Giur.,2008, 2, 239; Corte di Cassazione 4 dicembre 2009 n° 26280, in Foro it. 2010, I, 1502.

¹⁶ Corte di Cassazione, S.U.,19 dicembre 2009, n° 26806, in Giustizia civile, 2010,11, I, 2497. Nonostante la Suprema Corte in quell'occasione sia stata chiamata ad analizzare la problematica della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di danno ambientale, è innegabile la portata evolutiva di tale decisione sull'orientamento che si era creato sul punto. Con questa decisione i giudici di Piazza Cavour hanno ristabilito la giurisdizione del giudice ordinario in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica, per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti non essendo, in tal caso configurabile, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti..

¹⁷ Sul punto si ricorda come l'inversione di tendenza mostrata dalla Corte di Cassazione sia stata inoltre collegata al " timore che la protezione del mercato e la conciliazione dei diversi interessi in gioco (in particolare l'iniziativa economica privata e la propensione al rischio) potessero essere meglio soddisfatti tramite il diritto civile ed il diritto penale, piuttosto che in base ad un maggiormente penetrante controllo amministrativo contabile che potrebbe arrivare sino a verificare e sindacare l'efficacia delle singole scelte imprenditoriali". Cfr. S. SARDELLI, *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimen tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, in Giur. Comm, 3, 2015, 464.

¹⁸ Decreto Legge 31 dicembre 2007 n° 248, convertito, con modificazioni, in legge 28 febbraio 2008 n°31, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria. Si tratta di una disposizione, nata per esigenze di carattere " contingente" che si limita a stabilire che la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica minoritaria quotate in borse è regolata secondo le norme privatistiche e che, per questo motivo, le relative controversie sono attribuite in via esclusiva alla giurisdizione del giudice

criterio suscettibile di generale applicazione in materia di società a partecipazione pubblica secondo il quale spetterebbe al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo configurabile né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a legittimare la giurisdizione del giudice contabile.

Nel giustificare il mutato orientamento, tenendo inoltre conto della distinzione tra la personalità giuridica della società e quella dei singoli soci nonché della perfetta autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri, si è quindi affermato che la partecipazione pubblica al capitale sociale non fosse di per se idonea a "svuotare" la forma giuridica della società di capitali che <<non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico>>¹⁹.

Al tempo stesso la Corte ha stabilito la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi in cui l'azione di responsabilità trovasse fondamento nel comportamento di chi, nella veste di rappresentante dell'ente partecipante o di titolare di un potere decisionale, avesse dolosamente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione o arrecato in maniera diretta un pregiudizio al suo patrimonio, attraverso comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'amministrazione pubblica²⁰.

ordinario. Per un'analisi più approfondita della norma si rinvia a punto M.A.SANDULLI, *L'art 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle s.p.a. pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti? (ovvero l'effetto perverso delle norme last minute)*, in www.federalismi.it, 19 marzo 2008; G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giustamm.it; E. F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe*, in www.giustamm.it. Si segnala inoltre come l'esclusione della giurisdizione contabile per le società pubbliche quotate ex art. 16 bis della legge 31/2008, implicasse, in senso opposto, il riconoscimento della giurisdizione per le società pubbliche non quotate in borsa. Cfr. sul punto A.A.V.V., *Società in house. Criticità e prospettive. Il controllo analogo e il criterio della prevalenza*, Catania, 2014, 23.

¹⁹Cfr. sul punto M. DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti: (soltanto) le società "in house" che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro amm*, 10, 2014, 4.

²⁰Questo mutato indirizzo, basato, a differenza del passato, su un criterio di natura oggettiva legato alla natura pubblica delle funzioni esercitate e delle risorse adoperate, ha portato la giurisprudenza ad evidenziare come " ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, in ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione fuori degli schemi del regolamento di contabilità di Stato e tramite soggetti in essa non organicamente inseriti, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o un contratto di diritto privato. Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto - che ben può essere un

Nello specifico, secondo i giudici rientravano nel sindacato del giudice contabile le ipotesi di danni arrecati in via diretta all'ente pubblico partecipante dall'amministratore (o dal componente di organi di controllo), quelle previste dagli articoli 2395 c.c. (per le società per azioni) e 2476 c.c. comma 6 (nei casi di società a responsabilità limitata) ed, infine, le questioni inerenti il risarcimento del danno all'immagine subiti dall'amministrazione quale conseguenza di comportamenti illeciti tenuti da amministratori e dipendenti delle società pubbliche.

I giudici di legittimità hanno in quell'occasione ulteriormente chiarito come il danno al patrimonio della società potesse legittimamente rientrare nella categoria del danno erariale trattandosi di uno svantaggio al patrimonio della società, in quanto, nonostante rappresentasse un patrimonio separato rispetto a quello del soggetto pubblico, un depauperamento dello stesso avrebbe automaticamente comportato un pregiudizio al patrimonio pubblico²¹.

In conclusione la Corte, basandosi nuovamente sulla distinzione della personalità giuridica della società da quella dei soci, ha infine stabilito che la giurisdizione contabile sugli organi sociali delle società a partecipazione pubblica *"potrebbe fondarsi soltanto: o su una previsione normativa che eccezionalmente lo stabilisca, quantunque si tratti di danno arrecato ad un patrimonio facente capo non già ad un soggetto pubblico bensì ad un ente di diritto privato, oppure sull'attribuzione alla stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico"*²².

1.2 L'intervento della Corte di Cassazione in materia di società *in house* providing: la sentenza n° 26283/13.

privato o un ente pubblico non economico - alla natura del danno e degli scopi perseguiti". In questo modo Corte dei Conti sez. Liguria, 16 luglio 2008, n°432, in Foro amm. - Tar, 2008, 7-8, 2269; Corte dei Conti, sez. Lazio, 8 giugno 2009, n°1075, in Riv. Corte Conti, 2009, 3, 164; Corte dei Conti, sez. Abruzzo, 12 ottobre 2010, n°461, in Riv. Corte Conti, 2010, 5, 127.

²¹ Cfr. Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n° 26283, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Corte di Cassazione 26 marzo 2014, n° 7177, in www.dirittodeiservizipubblici.it con le quali i giudici di legittimità hanno evidenziato che "La Corte dei Conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*, così dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici".

²² In merito a quest'ultima considerazione gli stessi giudici hanno sottolineato come, nonostante una riqualificazione generalizzata in termini pubblicistici delle "società a partecipazione pubblica" sia impedita dalla previsione di cui all'articolo 4 della legge n° 70/75 con il quale si stabilisce che gli enti pubblici possono essere creati soltanto dalla legge, la stessa potrebbe essere "desumibile anche per implicito da una o più disposizioni di legge occorrendo che la volontà del legislatore in tale senso risulti da quelle disposizioni in modo assolutamente inequivoco".

Tale impostazione è stata, seppur in parte, contraddetta da un'altra decisione della Corte di Cassazione con la quale si è evidenziato come il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile si fosse spostato "dalla qualità del soggetto alla natura del danno e degli scopi perseguiti"²³.

Nonostante alcune pronunce²⁴ caratterizzate dall'osservanza del precedente orientamento, i giudici di legittimità si sono ulteriormente pronunciati sul punto nella importante sentenza n.26283/13²⁵, con la quale si è legittimata la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi in cui l'azione di responsabilità fosse stata diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house providing* decretando, per questo motivo un principio innovativo ma comunque, seppur in via indiretta, annunciato dalla precedente giurisprudenza²⁶. Infatti, non sconfessando in modo totale la precedente impostazione²⁷, la Corte ha chiarito i confini della giurisdizione contabile negando, al tempo stesso, la validità di

²³ Cfr. Corte di Cassazione, 9 gennaio 2013, n° 295, in *Foro it.* 2013, 10, 2856.

²⁴ Il riferimento è all'ordinanza delle Sezioni Unite 3 maggio 2013, n° 10299, in *Foro Amm.* - C.d.S. 2013, 7-8, 183, nella quale i giudici di legittimità hanno ribadito l'orientamento inaugurato nel 2009, ritenendo ininfluenti alcune disposizioni invocate dal procuratore contabile..

²⁵ Cfr. Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n° 26283, in *Giur. Comm.* 2015, 2, II, 236. Questa decisione è stata oggetto di importanti critiche mosse soprattutto dalla dottrina commerciale. Per un'analisi più approfondita si veda M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. e app.*, 2014, 395; C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.* 2014, 2, 5; K. MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.* 2014, 2, 259; F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, cit., 55; G. DONGIACOMO, *Giurisdizione e responsabilità nelle società pubbliche*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2015, 195; M.G. DELLA SCALA, *Società pubbliche*, in www.treccani.it, 2015, 234.

²⁶ Sul punto i giudici hanno evidenziato come, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, il fondamento della giurisdizione della Corte dei Conti potesse essere giustificato dall'articolo 1 comma 4 della legge n°20/94 che ha esteso il giudizio del giudice contabile alla responsabilità degli amministratori o di enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, ed, al tempo stesso, trovare legittimazione nell'articolo 103 della Costituzione, tenendo presente che il perseguimento delle finalità istituzionali della P.A. si realizza anche mediante attività di diritto privato. Da ciò ne deriva, quindi, che il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico della stessa amministrazione e non dal quadro di riferimento- pubblico o privato nel quale si colloca la condotta produttiva del danno. Cfr. M.C. LENOCI, D. GALLI, D. GENTILE, *Le società partecipate dopo il correttivo 2017*, Roma, 2017.

²⁷ La Corte infatti evidenzia come l'indirizzo inaugurato nel 2009 debba "essere in via generale tenuto fermo, anche alla luce della normativa sopravvenuta". I giudici di Piazza Cavour hanno approfondito l'analisi sugli interventi normativi in materia di società pubblica, sottolineando la non corretta linearità, e negando che gli stessi siano stati artefici di "un sistema conchiuso a sé stante", evidenziando, inoltre che "la giurisdizione della Corte dei Conti in tema di risarcimento dei danni arrecati dai gestori o dagli organi di controllo al patrimonio della società potrebbe fondarsi soltanto: o su una previsione normativa che eccezionalmente la stabilisca, oppure sull'attribuzione alla

ricostruzioni "panpubblicistiche" fondate su interpretazioni riqualficatorie della natura della società prive di base normativa ed in contrasto con il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge²⁸.

Tale dettato è stato ulteriormente chiarito²⁹ dagli stessi giudici che hanno successivamente specificato come la giurisdizione del giudice ordinario per i danni sofferti "da un soggetto privato (la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non ai singoli soci è ispirata dall'esigenza di ricondurre la soluzione del problema di giurisdizione entro un quadro coerente di principi giuridici che sono a fondamento del sistema ordinamentale", evidenziando, inoltre come " la disciplina speciale dettata per le cosiddette società pubbliche non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema concluso ed a sé stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale".

Allo stesso modo si è inoltre sottolineato³⁰ come la partecipazione pubblica totalitaria non potesse considerarsi l'unico requisito per la definizione della giurisdizione contabile nelle ipotesi di responsabilità degli amministratori, ribadendo e precisando come la verifica dei c.d. requisiti "Teckal" dovesse essere compiuta tenendo conto delle previsioni dello statuto nel momento del compimento della condotta illecita e non in quello della proposizione della domanda di responsabilità da parte del Procuratore Generale presso la Corte dei Conti³¹. Per questo motivo si è quindi ritenuta corretta l'applicazione della normativa pubblicistica e non

stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico" bollando quest'ultima alternativa come "difficilmente praticabile".

²⁸ Cfr. L. SALVATO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, cit., 18. Di particolare importanza in questa pronuncia è stato il distacco consapevole delle società a partecipazione pubblica da quelle disciplinate dal codice civile al punto che, gli stessi giudici, hanno stabilito che "l'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario" nei casi in cui si tratti "di una società di capitali intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponde un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare". Cfr. inoltre Corte di Cassazione, 5 aprile 2013, n° 8352, in Giust. civile Massimario, 2013; Corte di Cassazione, 3 maggio 2013, n° 10299, in Giustizia civile Massimario, 2013.

²⁹ Cfr. Corte di Cassazione, S.U., 11 luglio 2014, n° 15943, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

³⁰ È il caso ad esempio, della decisione n.5491/14, nella quale, delineando i presupposti identificativi della società *in house* per i giudici è possibile "configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale ma non di distinti titolarità, con la conseguente configurabilità di un danno erariale che giustifica l'attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità". Corte di Cassazione, 10 marzo 2014 n° 5491, in Foro amm, 2014, 5, 1391.

³¹ Cfr. Corte di Cassazione, 21 luglio 2015, n° 15199, in Diritto & Giustizia 2015, 87.

necessaria la riqualificazione del soggetto come ente pubblico, ipotesi, quest'ultima, che è stata come è noto oggetto di accese critiche da parte soprattutto della dottrina commerciale³².

Sul punto si ricorda infine come lo stesso giudice contabile abbia più volte avuto occasione di pronunciarsi³³ legittimando la propria giurisdizione nelle ipotesi di società *in house* caratterizzate "da una sostanziale immedesimazione della società stessa con la pubblica amministrazione per la quale opera, onde i relativi danni ad essa provocati sono perseguibili con l'azione contabile".³⁴

2. La recente evoluzione normativa: l'articolo 12 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Gli orientamenti della giurisprudenza sul punto sono stati oggi cristallizzati nel c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica³⁵, approvato in attuazione della delega prevista dall'articolo 18 comma 1 lettera h della c.d. Legge Madia, che ha assegnato al legislatore delegato il compito di eliminare le

³² Cfr. L. SALVATO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, cit., 23; L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2012, 323. Cfr. inoltre C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur.comm.*, 2012, 648. L'Autore da ultimo citato ha sottolineato che, agendo il procuratore contabile a tutela ed a favore dell'erario, il risarcimento per i danni arrecati al patrimonio sociale dovrebbe andare a vantaggio del socio pubblico e non della società. Inoltre, l'azione del procuratore contabile, stante la mancanza dell'alterità dei soggetti (puntualmente evidenziata dalla sentenza in esame), dovrebbe, infatti, avvantaggiare la società e, quindi, le somme ottenute all'esito dell'esperimento dell'azione, dovrebbero rifluire nel patrimonio.

³³ Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. Trentino Alto- Adige, 6 settembre 2011, n. 28, in www.corteconti.it, secondo cui "il problema va risolto esaminando caso per caso se la società per azioni sia un soggetto non formalmente ma anche "sostanzialmente privato, ovvero se essa sia un mero modello organizzatorio del quale si avvalga la p.a. al fine di perseguire le proprie finalità". Cfr. inoltre Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 7 gennaio 2011, n°1 in www.corteconti.it; Corte dei Conti, 19 aprile 2011, n° 582 in www.corteconti.it; Corte dei Conti, sez. giur. Veneto, 29 settembre 2012, n. 749, in www.corteconti.it; Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626, in www.corteconti.it.

³⁴ Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. Reg. Lazio 23 febbraio 2011, n° 327, in www.corteconti.it; Corte dei Conti, sez. giur. 24 febbraio 2011, n° 339, in www.corteconti.it; Corte di Conti, sez. giur. Marche, 15 luglio 2013, n° 80, in www.corteconti.it; Cfr. Corte dei Conti per la Puglia, 7 marzo 2016 n° 89, in www.cortedeiconti.it; Corte dei Conti per la Sicilia, 1 aprile 2016, n° 38 in www.cortedeiconti.it.

³⁵ Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

sovrapposizioni tra regole ed istituti pubblicistici e privatistici ispirati a medesime esigenze di disciplina e controllo³⁶.

Nello specifico, per la parte che qui interessa, al fine di risolvere i dubbi sul punto, il legislatore ha espressamente previsto la concorrente applicazione della normativa di diritto comune in tema di responsabilità e di quella per danno erariale³⁷. Nello specifico, ribadendo l'assoggettamento alle azioni civilistiche di responsabilità per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, la nuova disposizione ha confermato la giurisdizione della magistratura contabile in casi di *mala gestio* di amministratori e dipendenti di società *in house providing*³⁸, legittimando, al tempo stesso, una giurisdizione contabile concorrente anche nei casi di danno erariale nei casi di società miste³⁹ (art.12 TU). La nuova norma prevede, quindi, per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, un regime misto di responsabilità, caratterizzato dall'applicazione della disciplina ordinaria prevista per le società di capitali, legittimata dalla natura privatistica delle società stesse, ed, al tempo stesso, di quella volta a punire le ipotesi di danno erariale nei casi in cui venga riscontrata una lesione al patrimonio pubblico⁴⁰. Lo stesso legislatore, inoltre, prevedendo una nozione di danno erariale ha inserito in tale categoria il danno patrimoniale o non patrimoniale subito dagli enti partecipanti

³⁶ Legge 7 agosto 2015, n° 124, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

³⁷ Per un'analisi più approfondita cfr. A. POLICE, *La responsabilità degli amministratori e soci per cattiva gestione di società a capitale pubblico*, in AA.VV., *Manuale delle società pubbliche*, Torino, 2015, 502; M. SCIASCIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche delineato dal Testo Unico*, in *Le società pubbliche*, in F.FIMMANO (a cura di), Napoli, 2016, 165-175; F. CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017, 149

³⁸ Al riguardo si ricorda inoltre come, anche in considerazione dell'emanazione della c.d. Direttiva Appalti sia stata legittimata la competenza del giudice contabile nei confronti di amministratori e funzionari di società *in house providing* nei casi di risarcimento del danno cagionati nei confronti della stessa società

³⁹ Non aver confermato la precisazione di danno erariale (così come previsto dallo schema del testo unico quale danno esclusivamente patrimoniale o non patrimoniale direttamente subito dal socio pubblico) potrebbe di fatto legittimare un'interpretazione estensiva della giurisdizione contabile anche per i danni indiretti subiti dall'amministrazione per la *mala gestio* dei soggetti a ciò preposti. Al riguardo parte della dottrina ha sottolineato come "resta aperta la possibilità di intervento del giudice contabile per i danni che, ponendo in una situazione di sofferenza il patrimonio societario, solo indirettamente, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della quota di partecipazione sociale si ripercuotono sul patrimonio dell'ente partecipante.". Cfr. C. D' ARIES, S. GLINIANSKI, T. TEZZARO, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del Dlgs 19 agosto 2016 n° 175*, Rimini, 2016, 122.

⁴⁰ Tale orientamento è stato inoltre confermato da una successiva pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha dichiarato la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi di danni arrecati al patrimonio di una società *in house*, ribadendo i presupposti, ormai consolidati, in base ai quali una società può definirsi appartenente a tale modello. Cfr. Corte di Cassazione, S.U., 8 luglio 2016 n° 14040, in www.cortedicassazione.it

in conseguenza della condotta dei rappresentanti che nell'esercizio dei propri diritti abbiano agito con dolo o colpa grave pregiudicando il valore della partecipazione stessa. Sul punto parte della dottrina ha chiarito come la giurisdizione del giudice contabile sulle "società di diritto speciale" sia stata ulteriormente rafforzata anche in considerazione della non tassativa indicazione delle fattispecie di danno erariale che legittima, quindi, un'automatica individuazione dello stesso da parte dell'interprete anche in considerazione delle circoscritte indicazioni della Corte di Cassazione che, come è noto, si è più volte limitata a riconoscere il danno all'immagine quale conseguenza del pregiudizio subito dal patrimonio di un ente pubblico da imputare agli amministratori delle società⁴¹.

Da un'attenta analisi del nuovo dato normativo si è inoltre evidenziato come la nuova norma non trovi applicazione per le società quotate che restano quindi assoggettate al riparto di giurisdizione già previsto dalle precedenti disposizioni, grazie alle quali, nonostante la maggiore autonomia organizzativa e gestionale, viene comunque assicurato il controllo della Corte dei Conti al fine di prevenire eventuali comportamenti idonei a distrarre o dissipare quelle risorse pubbliche investite⁴². Come è noto il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica è stato interessato, seppur in via indiretta, dalla sentenza della Corte Costituzionale n° 251/16 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della Legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost.

Al fine di risolvere le incertezze sollevate da attenta dottrina⁴³, il Governo è intervenuto emanando il Decreto Legislativo n.100/17⁴⁴ grazie al quale si è adeguato

⁴¹ In riferimento al danno subito da una amministrazione pubblica per effetto della lesione dell'immagine, la Corte di Cassazione ha stabilito che è risarcibile anche qualora derivi dalla commissione di reati comuni posti in essere da soggetti appartenenti ad una pubblica amministrazione. Cfr. Corte di Cassazione, 7 febbraio 2017 n° 29480, in CED Cass.pen, 2017.

⁴² Cfr. F. CERIONI, *Il danno erariale come effetto pregiudizievole al patrimonio dell'ente pubblico nell'art. 12 del Testo Unico sulle società pubbliche: rassegna delle condotte dannose e delle connesse responsabilità*, in www.rivistacortedeiconti.it, Convegno " *Il nuovo Testo Unico sulle società pubbliche*", Milano, 14 novembre 2016.

⁴³ Cfr. C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica. Ovvero il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope...allo specchio*, in *Rivista aic, I*, 2017, 12 secondo cui le disposizioni legislative in esame anche se formalmente vigenti dovevano considerarsi nella sostanza potenzialmente inefficaci e quindi a rischio di una definitiva pronuncia di illegittimità.

⁴⁴ Decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100, concernente "Disposizioni integrative e correttive al Dlgs. n. 175/16, recante 'Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica'. Cfr. sul punto G. Caia, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm*, 5, 2017, 601.

il Testo Unico al dettato della sentenza della Corte Costituzionale attraverso l'acquisizione dell'intesa in sede di Conferenza Unificata.

Per la parte che qui interessa si evidenzia come il legislatore, anche nel nuovo testo, abbia confermato il precedente dettato normativo con il quale si legittima la giurisdizione del giudice contabile nei casi di danni causati al patrimonio di società *in house providing* da parte degli amministratori, giustificato anche dall'inesistenza di un rapporto di alterità soggettiva tra la stessa società e l'amministrazione partecipante, e nelle ipotesi di lesioni al patrimonio di una società mista che configurino, al tempo stesso, ipotesi di un danno erariale.

Sulla base della nuova disposizione la Corte di Cassazione ha recentemente chiarito come la società per azioni a partecipazione pubblica non muti la sua natura di soggetto di diritto privato, in quanto l'ente pubblico partecipante non è legittimato ad incidere in maniera unilaterale sullo svolgimento del rapporto e sull'attività della stessa mediante l'esercizio di poteri autoritativi.

Da ciò ne deriva, quindi, l'espressa competenza del giudice ordinario in ipotesi di controversie relative alla nomina degli amministratori della società, da intendersi quale espressione di atti compiuti "*uti socius*" e non "*iure imperii*"⁴⁵.

Gli stessi giudici di legittimità, hanno ulteriormente stabilito come, anche nelle ipotesi di società *in house providing*, le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e di sindaci *ex art. 2449 c.c.*, rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario essendo atti posti in essere nella fase di scelta dell'utilizzo del modello societario, tenendo inoltre conto del principio stabilito dal legislatore nell'articolo 1 comma 3 dello stesso Testo Unico, secondo il quale per tutto quanto non derogato da specifiche disposizione, le società a partecipazione pubbliche sono disciplinate dalla normativa civilistica⁴⁶.

3. Brevi conclusioni.

Il dibattito sorto in dottrina e giurisprudenza sulla natura della responsabilità degli amministratori di società *in house providing* ha senza dubbio beneficiato dell'approvazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica che

⁴⁵ Corte di Cassazione, 14 settembre 2017, n° 21299, in *Giustizia civile Massimario* 2017.

⁴⁶ Corte di Cassazione 1 dicembre 2016, n° 24591, in *Giustizia civile Massimario*, 2017.

ha assicurato al settore il bene prezioso di una disciplina unitaria⁴⁷ volto ad eliminare le storture, le inefficienze e gli abusi del modello societario.

Il recente testo normativo può quindi essere considerato il giusto approdo dell'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni che ha senza dubbio contribuito a definire importanti aspetti riguardanti il settore in esame e a risolvere, in alcuni casi, i dubbi sollevati dalla dottrina.

Da un'attenta analisi dello stesso può inoltre evidenziarsi come la *voluntas* legislativa, contraddistinta da una decisa riduzione delle partecipazioni statali, sia caratterizzata da uno sfavore nei confronti dell'impresa pubblica in forma societaria che dovrebbe svolgere finalità di interesse pubblico e non attività di impresa, con la conseguente interpretazione pubblicistica delle società partecipate volta a giustificare regole e vincoli idonee ad allontanarle anche concettualmente da quelle private.⁴⁸

Per la parte che qui rileva si sottolinea infine come la disposizione prevista nel Testo Unico abbia chiaramente legittimato, per le società miste la concorrente applicazione della normativa di diritto comune in tema di responsabilità e quella sulla responsabilità amministrativa per danno erariale "nei limiti della quota di partecipazione pubblica" ed, al tempo stesso la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi di responsabilità degli organi sociali per i danni cagionati al patrimonio di una società *in house providing*.

Nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore che, riprendendo quanto già evidenziato nel corso degli anni dalla giurisprudenza, ha cercato di chiarire in maniera definitiva le fattispecie inerenti le ipotesi di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, non può non tenersi conto delle criticità sollevate dalla dottrina secondo cui la necessaria esigenza di prevedere disposizioni sempre più rigide volte a prevenire ipotesi dissipative di risorse pubbliche, potrebbe condurre ad un riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e contabile diverso rispetto da quello previsto dal legislatore.

A tale risultato potrebbe inoltre concorrere la necessaria razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica dettata da esigenze di riduzione della spesa pubblica ed il deciso riconoscimento del carattere di "specialità" della stesse, da

⁴⁷ Cfr. A. LALLI, M. MESCHINO (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 4.

⁴⁸ Cfr. M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Prefazione*, in G.MEO (a cura di) , *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016, 8.

intendersi elementi capaci di stravolgere il modello tracciato prima dalla Corte di Cassazione e ultimo confermato dal legislatore⁴⁹.

In conclusione, inoltre, devono ulteriormente evidenziarsi delle ambiguità di carattere testuale sollevate da parte della dottrina in riferimento al concetto di "danno erariale" di non semplice ed univoca interpretazione.

In primo luogo si sottolinea come il concetto di "rappresentante dell'ente pubblico partecipante" sia da considerarsi particolarmente articolato, in considerazione della concreta operatività nella gestione delle partecipazioni societarie da parte di soggetti pubblici che abbiano avuto una significativa rilevanza nell'esercizio dei diritti di socio.

Un altro elemento di criticità può inoltre evidenziarsi, nel secondo comma della disposizione, in merito alla "condotta" tenuta da quei soggetti titolari di potere decisionale per conto degli enti pubblici partecipanti.

Si tratta, infatti, di una situazione atipica e non obbligatoriamente formalizzata, essendo configurabile a fronte dell'intestazione di un formale potere rappresentativo ed in presenza di elementi e circostanze sostanziali volti a manifestare l'effettiva idoneità di un soggetto di indirizzare i processi decisionali riconducibili all'*esercizio del diritto di socio* da parte dell'ente pubblico.

Per questo motivo può essere considerata una circostanza che deve essere accertata e dimostrata in maniera specifica in riferimento alle caratteristiche del singolo caso e che difficilmente, quindi, può ricevere una definizione generica.

Si tratta di dubbi che, nonostante l'intervento di semplificazione normativa auspicato con l'emanazione del Testo Unico, potrebbero nuovamente mettere in discussione, anche in violazione del principio costituzionale del giusto processo, gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza e, successivamente, dal legislatore volti a stabilizzare il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità nei casi di società a partecipazione pubblica⁵⁰.

⁴⁹ F. CERIONI, *Il danno erariale come effetto pregiudizievole al patrimonio dell'ente pubblico nell'art. 12 del Testo Unico sulle società pubbliche: rassegna delle condotte dannose e delle connesse responsabilità*, cit, 8.

⁵⁰ Cfr. sul punto D. MORGIANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANO', A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit.,637.

Brevi profili teorici e processuali del danno da cose in custodia ex art. 2051 c.c.

Di Vincenza Anastasia MANCINO*

SOMMARIO: **1.** Presupposti per la configurabilità del danno da cose in custodia. **2.** Nozione di cosa e qualità di custode. **3.** Orientamenti confliggenti circa la natura della responsabilità ex art. 2051 c.c. **4.** Cenni sulla nozione di caso fortuito. **5.** Le diverse responsabilità di cui agli artt. 2043 e 2051 c.c.

ABSTRACT: *in this work, having a predominantly practical connotation, the author analyzes art. 2051 of the civil code regarding liability for damage from things in custody, focusing on the assumptions, the elements, the nature of the liability, the evidentiary burden and the differences respect to the non-contractual liability, also on the evidentiary level.*

1. Presupposti per la configurabilità del danno da cose in custodia

La norma di cui all'art. 2051 c.c. è di rapida e semplice formulazione: nello specifico, prevede espressamente che "ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito".

Naturalmente, la prassi dottrinale e giurisprudenziale ci insegna che tanto la norma è più semplice tanto più sarà complesso comprenderne la portata teorica e processuale, stante il potere della stessa di essere soggetta ad una serie di interpretazioni che possono condurre a difficili risoluzioni pratiche ed anche fra loro confliggenti, almeno ad una prima impressione.

È necessario, al fine di uno studio volto ad un'utilità prevalentemente pratica, comprendere la *ratio* e la natura della responsabilità esplicita nella norma in commento, ma a tal fine risulta dapprima necessario prendere in considerazione i presupposti utili alla configurabilità della responsabilità da danno da cose in custodia: fra questi, innanzitutto, la sussistenza di un rapporto di custodia della cosa e una relazione di fatto fra un soggetto e la cosa stessa, tale che questi eserciti una signoria giuridica e di fatto sul bene che possa eventualmente cagionare danni nei confronti dei terzi.

Il potere da parte di chi esercita tale esplicita signoria sul bene deve essere tale da consentire di controllare il bene stesso, nonché di eliminare tutte le situazioni

di pericolo che possano sorgere al fine di escludere qualunque contatto di terzi con la cosa, contatto che possa, in via ipotetica, arrecare a questi stessi un danno.

La giurisprudenza di legittimità¹, aderendo all'orientamento maggioritario sul punto, ha teso a rimarcare quanto sopra esposto, evidenziando altresì come in sede processuale sia onere del danneggiato provare il nesso causale esistente fra il danno subito e la cosa in custodia.

Il nesso di causalità è stato più volte analizzato da una parte della dottrina² la quale, fra le varie teorie esposte, lo ha rappresentato come un criterio di imputazione oggettivo di natura posizionale che rende lo stesso nesso giuridicamente rilevante sul piano della responsabilità civile.

Ma tornando al piano probatorio, quanto sopra rilevato per il danneggiato significa, semplicemente, che spetterà all'attore, il quale agisca per ottenere il riconoscimento della responsabilità del custode ed il risarcimento del danno subito, dimostrare come l'evento lesivo si sia verificato quale conseguenza della condizione della cosa in custodia, una condizione che dovrà dunque essere almeno potenzialmente lesiva.

Ciò non toglie che spetterà al custode, quale convenuto in fase processuale, offrire la prova contraria utile ad evitare la propria responsabilità sulla base di un evento fortuito, dunque non calcolabile o altrimenti ipotizzabile e pronosticabile.

Il caso fortuito, dunque, rappresenta l'istituto che il legislatore ha espressamente utilizzato nell'art. 2051 c.c. al fine di esonerare il custode dalla responsabilità.

In diritto civile la nozione di caso fortuito è ormai pacifica e si distingue in maniera netta dalla forza maggiore: mentre nel primo caso si fa riferimento ad un evento imprevedibile che si inserisce nell'azione di un soggetto, nel secondo caso, invece, di una forza esterna che spinge irrimediabilmente un soggetto al compimento di un'azione altrimenti evitabile³.

* Cultore della materia in diritto amministrativo e urbanistico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia – Abilitata all'esercizio della professione forense.

¹ Cass. Civ., sez. VI, sent. n. 22684 del 04/10/2013; *Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 15761 del 29/07/2016*.

² F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2018, pag. 399.

³ I riferimenti principali ai concetti giuridici di caso fortuito e forza maggiore si riscontrano all'interno degli artt. 45 e 46 c.p. . Al fine di rendere maggiormente chiari entrambe le figure, è più volte intervenuta la Suprema Corte. La giurisprudenza maggioritaria, rifacendosi alla pronuncia n. 7285/1990, ha definito il caso fortuito come quell'avvenimento impreveduto e imprevedibile che si inserisce d'improvviso nell'azione del soggetto e non può in alcun modo, nemmeno a titolo di colpa, farsi risalire all'attività psichica dell'agente.

È dunque necessario che chi abbia nella materiale disponibilità e custodia il bene che ha cagionato il danno ingiusto non abbia in alcun modo avuto coscienza delle circostanze che hanno prodotto il danno né potuto evitarle.

La giurisprudenza di merito⁴ ha altresì evidenziato come la responsabilità *de quo* si configura nel momento in cui è possibile individuare la sussistenza di un rapporto di custodia con la cosa che materialmente ha dato luogo all'evento lesivo.

Naturalmente il rapporto di custodia richiede l'esercizio di un potere effettivo sulla cosa stessa, conseguentemente risulta necessario scindere i due protagonisti della responsabilità in commento, ossia la cosa ed il custode.

2. Nozione di cosa e qualità di custode

Per quanto le due nozioni possano apparire di semplice comprensione, così non è.

Più volte è dovuta intervenire la Suprema Corte al fine di specificare ciò che realmente dovesse intendersi con il termine "cosa" e quale fosse la qualità di custode rientrante nei termini di cui all'art. 2051 c.c.

Per quanto attiene al primo concetto, la nozione di *res* è stata specificata dalla giurisprudenza di legittimità⁵: la cosa custodita, infatti, ad avviso dei giudici di legittimità, deve essere "*di per sé idonea a sprigionare un'energia o una dinamica interna alla sua struttura, tale da provocare il danno*".

Dunque il bene dal quale scaturisce effettivamente il danno dovrebbe avere delle caratteristiche specifiche, le quali renderebbero quello stesso bene intrinsecamente pericoloso, atto ad arrecare danno a un terzo; si parla di dinamica interna⁶, ossia un'energia che contraddistinguerebbe un oggetto, il quale avrebbe una "*concreta potenzialità dannosa*"⁷.

Il danno, quindi, può essere una conseguenza della struttura o del funzionamento di un oggetto ed in questo caso la prova deve essere prestata in maniera particolarmente attenta⁸.

⁴ Trib. Roma, 11 novembre 2013, n. 24455.

⁵ Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 6306 del 13/03/2013.

⁶ Sul dinamismo una parte della dottrina evidenzia come lo stesso potrebbe qualificarsi come un elemento probatorio del nesso di causalità, di modo che la sua presenza o mancanza ha effetto nell'applicazione dell'art. 2051 c.c. sotto il profilo del rapporto eziologico. Cfr. M. FRANZONI, *Contratto e Impresa*, 1987, pagg. 27 e segg.

⁷ Trib. Lucca, sent. n. 869, 20 aprile 2016; Trib. Bari, 25 ottobre 2012.

⁸ La giurisprudenza di merito ha affrontato tale tema: si fa riferimento ad oggetti che, per loro conformazione, sono soggetti ad un particolare dinamismo interno. Il Tribunale di Lucca, con sent. n. 869 del 20/04/2016 ha, innanzitutto, rilevato come circostanza possa effettivamente essere

La spiegazione sopra adottata, però, non ci chiarifica le qualità dannose che possano eventualmente caratterizzare un oggetto inerme, statico, privo di un proprio dinamismo interno e se quest'ultimo possa eventualmente arrecare danno ad un terzo, rientrando nel regime di applicazione della norma in commento.

La Suprema Corte ha rilevato, facendo riferimento al quesito appena esposto, come, ai fini della configurabilità della responsabilità *de quo*, non sia necessario che la cosa sia intrinsecamente pericolosa, ma che quella stessa cosa possa arrecare danno tramite agenti esterni⁹.

Già solo tale definizione consente di comprendere come siano stati specificamente analizzati questi agenti esterni: certamente, *in primis*, la pericolosità delle cose inerti è relazionabile all'agire umano, con maggiore precisione alla praticità manuale legata al movimento di un essere umano consapevole.

Nello specifico, il rapporto di custodia scaturisce, in tal senso, da un giudizio pronostico che consenta di prevedere le conseguenze negative che potrebbero scaturire da un determinato bene se su questo intervenisse il caso fortuito o un comportamento umano e, per quanto attiene a quest'ultimo, l'intervento umano sulla cosa dovrebbe "unirsi" al modo di essere stesso della cosa inerte, generando, come conseguenza, il nesso causale fra il danno e la cosa in custodia¹⁰.

rilevata ai fini della configurabilità del danno di cui all'art. 2051 c.c. e, *in secundis*, ha evidenziato come il materiale probatorio, in tali casi, debba essere specifico, risultando delicata l'attività istruttoria.

⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 4480 del 28/03/2001; Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 5796 del 11/06/1998.

⁸ Cass. Civ., sez. III, sent. 21212 del 20/10/2015.

⁸ Il concetto di pericolosità, non compendiato dalla norma in commento, è stata oggetto di specifici studi dottrinali, i quali, in maniera concorde, hanno rappresentato come risulti rilevante ai fini della configurabilità della responsabilità in commento. Cfr. DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, 1983, pag. 196.

⁸ Ai fini più prettamente pratici e processuali, durante la fase istruttoria sarà possibile, per il custode, evidenziare come il comportamento attivo del danneggiato abbia inciso sulla determinazione del danno ai fini dell'esonero da responsabilità ex art. 2051 c.c. . Cfr. Trib. Monza, sent. n. 3055 del 10/12/2015.

⁸ Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 25772 del 09/12/2009. tale circostanza possa effettivamente essere rilevata ai fini della configurabilità del danno di cui all'art. 2051 c.c. e, *in secundis*, ha evidenziato come il materiale probatorio, in tali casi, debba essere specifico, risultando delicata l'attività istruttoria.

⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 4480 del 28/03/2001; Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 5796 del 11/06/1998.

¹⁰ Cass. Civ., sez. III, sent. 21212 del 20/10/2015.

Il concetto rappresentato è esemplificabile per il tramite di una semplice operazione matematica: l'unione dell'agire umano con una cosa inerte genera il danno, il quale, assieme al rapporto di custodia, costituisce il nesso causale utile alla determinazione dell'istituto di cui all'art. 2051 c.c. .

In sostanza, alla base del giudizio relativo alla pericolosità di un oggetto inerte¹¹, di per sé non atto al cagionare un danno per le caratteristiche ad esso intrinseche, vi è l'imprescindibilità di un'interazione all'interno di un determinato contesto, ossia di un intervento umano¹².

La Cassazione, sul punto, ha parlato di un giudizio di pericolosità della cosa inerte "in relazione alla sua normale interazione con la realtà circostante"¹³; il concetto stesso di realtà appare un concetto più ampio, che coinvolge interamente l'interazione umana, il quale, nella prassi, rappresenta la casistica che si palesa più facilmente.

Se la nozione di cosa è indispensabile ai fini della responsabilità ex art. 2051 c.c., il nesso di causalità danno – evento richiede espressamente che sussista un rapporto specifico di custodia fra la cosa ed un soggetto ben determinato.

Conseguentemente, fondamentale ai fini della determinazione e della successiva quantificazione del danno è l'individuazione del c.d. custode: tale qualità è stata oggetto di orientamenti giurisprudenziali fra loro diversi e contrastanti, fra i quali uno è risultato, col passare del tempo, prevalente.

Ma per comprendere la portata dell'accezione maggioritaria, la quale ha concorso a meglio qualificare il nesso causale di cui si discute in questa sede, è necessario dapprima rappresentare l'orientamento minoritario: quest'ultimo, infatti, ha qualificato come custode colui che, materialmente e soprattutto economicamente, sfrutta la *res*.

In sostanza, il custode sarebbe colui che trarrebbe un qualsivoglia "profitto" dalla cosa.

Un orientamento, quello rappresentato, ormai superato: la giurisprudenza maggioritaria, infatti, ritiene che la qualità di custode sia conseguenza di una

¹¹ Il concetto di pericolosità, non compendiato dalla norma in commento, è stata oggetto di specifici studi dottrinali, i quali, in maniera concorde, hanno rappresentato come risulti rilevante ai fini della configurabilità della responsabilità in commento. Cfr. DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, 1983, pag. 196.

¹² Ai fini più prettamente pratici e processuali, durante la fase istruttoria sarà possibile, per il custode, evidenziare come il comportamento attivo del danneggiato abbia inciso sulla determinazione del danno ai fini dell'esonero da responsabilità ex art. 2051 c.c. . Cfr. Trib. Monza, sent. n. 3055 del 10/12/2015.

¹³ Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 25772 del 09/12/2009.

disponibilità, fisica e giuridica, non occasionale di un bene determinato, che consenta al custode di porre in essere il controllo sullo stesso bene¹⁴.

Il custode, dunque, dovrebbe avere la possibilità di controllare il pericolo che potrebbe scaturire da un bene determinato per poter intervenire in tempo e, dunque, rimuoverlo, evitando che terzi possano incappare in un danno concreto. Questo significa che il concetto di proprietà non è necessariamente correlato a quello di custodia e che quest'ultimo può assumere un valore più ampio.

Tale qualificazione risulta, stante già tale breve definizione, molto ampia nella sua accezione, assumendo molteplici sfaccettature: il proprietario di un bene potrebbe esserne custode, ma allo stesso tempo potrebbe non esserlo.

Certamente un soggetto, in quanto proprietario di un bene, ha maggiori possibilità di essere qualificato custode da un punto di vista giuridico: ad esempio, il titolare di un bar, potendosi qualificare quale proprietario e custode dei beni presenti all'interno della propria attività, potrebbe dover rispondere della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. nel caso in cui un soggetto dovesse cadere e lesionarsi a causa di uno sgabello sul quale non sia stata operata la giusta manutenzione, rientrando l'oggetto fra i beni in custodia del titolare.

Così come il proprietario di un immobile è tenuto a rispondere della responsabilità da cose in custodia nel caso in cui terzi abbiano subito danni derivati dalle strutture murarie dell'immobile o degli impianti ad esse conglobati¹⁵.

Ciò non toglie che anche il possesso, quale situazione giuridica soggettiva, possa porsi sullo stesso piano della proprietà al sol fine dell'individuazione del c.d. custode: se, infatti, il possesso è caratterizzato dalla disponibilità del bene quale elemento oggettivo (*corpus*) e dalla volontà del soggetto di comportarsi come proprietario quale elemento soggettivo (*animus*)¹⁶ ciò comporta anche il potere di controllo sul bene posseduto.

Volendo esemplificare ed applicare la teorica appena esposta ad un caso concreto, l'usufruttario, pur non potendosi qualificare come proprietario, ha

¹⁴ Corte d'Appello di Genova, Sez. I, Sent. del 05/04/2019.

¹⁵ Esempio di scuola, sul quale è intervenuta la Suprema Corte a Sezioni Unite, con sent. n. 12019 del 118/11/1991.

¹⁶ La nozione di possesso è espressamente prevista dall'art. 1140, co. 1, c.c. ("Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale"). Il codice non attribuisce identica rilevanza a tutte quelle situazioni di fatto che materialmente si sostanziano nell'esercizio di un potere di fatto sulla cosa. Il possesso composto dagli elementi corpus e animus rappresenta il c.d. "possesso pieno", cui si affiancano, quali distinte situazioni possessorie, la detenzione, il possesso mediato e il compossesso. Si veda A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, 2019, p. 314.

comunque la materiale disponibilità del bene (quale possessore) ed è dunque parificato a quest'ultimo: i giudici di legittimità, risolvendo una controversa questione relativa ad un danno verificatosi all'interno di una villa con parco¹⁷, identificano l'usufruttario quale responsabile del danno arrecato a terzo, il quale aveva tentato di esimersi da responsabilità distinguendo fra bene principale e beni pertinenziali (componenti l'*unicum* di cui sopra).

La Suprema Corte ha esposto la soluzione ottimale, affermando come la capacità fruttifera vada riferita al bene sottoposto a custodia nel suo complesso¹⁸.

Sulla scia dell'orientamento di legittimità dominante, anche la giurisprudenza di merito si è conformata, affermando, con estrema semplicità e chiarezza, che *"la qualità di custode compete non solo al proprietario ma a chiunque eserciti un potere di fatto sulla cosa"*¹⁹ ma sempre tale filone giurisprudenziale ha approfondito un ulteriore concetto, quello di esclusività²⁰.

Difatti, neanche fornendo un'interpretazione estensiva dell'art. 2051 c.c. si potrebbe legare il concetto di custode a quello di esclusività: il sol fatto che un soggetto, ben determinato, possa qualificarsi custode, da un punto di vista fattuale e giuridico, non può escludere a priori la medesima qualificazione in capo ad un altro soggetto.

Se, dunque, si fa riferimento ad una signoria di fatto in capo ad un oggetto²¹ determinato, la responsabilità in commento non è in alcun modo legata necessariamente ad un vincolo contrattuale né alla situazione soggettiva del custode: conseguentemente la responsabilità da danno da cose in custodia potrà qualificarsi come responsabilità oggettiva, in ragione del semplice rapporto di causalità danno-evento.

Ciò non toglie che, soprattutto in dottrina ma anche in giurisprudenza, siano state diverse le teorizzazioni su quest'ultimo punto.

3. Orientamenti confliggenti circa la natura della responsabilità ex art. 2051 c.c.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 12280 del 05/07/2004.

¹⁸ In sostanza, per la Cassazione in caso di usufrutto tutto ciò che compone l'oggetto di usufrutto può essere oggetto di custodia e, conseguentemente, del danno ipotetico a terzo risponderà l'usufruttario.

¹⁹ Trib. Pisa, sent. n. 307 del 01/03/2016.

²⁰ Trib. Genova, 28 febbraio 2014.

²¹ Sempre la Suprema Corte ha parlato espressamente di un "potere effettivo" sulla cosa, ossia di una disponibilità giuridica e materiale di un bene con conseguente potere di intervento. Si veda Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 1026 del 17/01/2016.

La dottrina maggioritaria²², così come anche la giurisprudenza, tanto di legittimità²³ quanto di merito, hanno accolto la teorizzazione che qualifica la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. quale semplice responsabilità oggettiva: ai fini della sua configurabilità, dunque, sarà necessario provare semplicemente il nesso causale alla base del danno cagionato nei confronti del terzo.

Nello specifico, è necessario dapprima delineare quelli che sono i contorni generici relativi alla nozione di responsabilità oggettiva, la quale per la sua definizione trova di certo riferimento nell'art. 42 c.p.²⁴, implicando l'esistenza, ai soli fini della sua configurabilità, del sopra citato nesso causale.

La Corte Costituzionale²⁵, smontando quelle previsioni che negavano anche solo l'esistenza di tale tipo di responsabilità, partendo dal principio *nulla poena sine culpa*²⁶, ha esposto le ragioni che, al contrario, conducono effettivamente alla sua configurabilità ed alla sua portata materiale: il divieto di responsabilità senza colpa costituzionalmente previsto non sarebbe infatti tassativo.

Stante quanto rappresentato dalla suddetta Corte, l'attribuzione su base oggettiva contrasta effettivamente con il dettato costituzionale nel momento in cui incide sugli "*elementi più significativi della fattispecie*", rispetto ai quali l'imputazione richiede un aggancio a criteri soggettivi²⁷, ma non negli altri casi. In sostanza, la responsabilità è oggettiva quando prescinde dall'elemento soggettivo, dolo o colpa: in un'ottica più propriamente fattuale, la responsabilità oggettiva è necessaria ai fini del risarcimento del danno derivato da situazioni in cui, obiettivamente, il fattore soggettivo assume un ruolo assolutamente marginale.

Si immagini, ad esempio, il danno arrecato da un animale domestico ad un soggetto.

In questo caso non vi sarebbe alcun elemento soggettivo cui far riferimento, in relazione al padrone dell'animale, ma ciò non toglie che il danneggiato abbia comunque diritto ad un risarcimento adeguato al danno subito²⁸.

²² G. ALPA – M. BESSONE, La responsabilità civile, 2001, pagg. 107 s.s., M. FRANZONI, L'illecito, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, pagg. 451 ss. .

²³ V. Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 3793 del 18/02/2014.

²⁴ L'art. 42 c.p. espressamente prevede che "*la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione ed omissione*".

²⁵ Corte Cost., sent. n. 364 del 23 marzo 1988; Corte Cost. sent. n. 1085 del 13 dicembre 1988.

²⁶ Art. 27 Cost. .

²⁷ Si è parlato dell'esigenza di eliminare definitivamente dal sistema la responsabilità oggettiva, in quanto, nella maggior parte dei casi, attuata mediante un'interpretazione adeguatrice delle singole fattispecie, onde ricondurle al principio costituzionale di colpevolezza.

²⁸ Naturalmente, in tal caso, il padrone dovrà dimostrare di aver adottato tutte le precauzioni dovute al fine di evitare l'imputazione soggettiva. Si vedano sul punto Cass. Civ., Sez. III, sent. n.

Lo stesso ragionamento deve farsi per il danno da cose in custodia, per il quale risulta valevole lo stesso tipo di responsabilità.

La Cassazione ha teso, con il tempo, a rimarcare e sottolineare proprio questo concetto, evidenziando come l'art. 2051 c.c. delinei, seppur nella sua semplice formulazione, i confini di una responsabilità che può qualificarsi come oggettiva²⁹: i giudici di legittimità hanno altresì rappresentato la rilevanza processuale di tale qualificazione, ed in particolare come l'attore debba dimostrare l'evento dannoso e il suo rapporto di causalità con il bene in custodia mentre il convenuto, in qualità di custode, debba esonerarsi da responsabilità provando il caso fortuito intervenuto nella cagionazione del danno.

Nello specifico non assume in alcun modo rilievo la condotta tenuta dal custode né l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza perché l'oggettività della responsabilità in commento scaturisce direttamente dalla funzione di controllo e prevenzione propria della custodia, come intesa dall'art. 2051 c.c.³⁰.

Per quanto la teoria della responsabilità oggettiva sia quella ordinariamente accolta, un altro orientamento, notoriamente minoritario, ha accolta invece la teoria della "presunzione della colpa": il custode, dunque, non sarebbe sempre responsabile sulla base del mero rapporto di custodia che lo unirebbe alla *res* dannosa, bensì, ai fini della condanna al risarcimento del danno arrecato dalla *res* stessa, sarebbe necessario provare, durante la fase istruttoria, l'elemento soggettivo della colpa del danneggiante.

Quindi il caso fortuito, individuato quale evento imprevedibile che ha effettivamente cagionato il danno, non sarebbe stato evitato utilizzando l'ordinaria diligenza richiesta dalla disciplina giuridica.

La Cassazione ha parlato di presunta responsabilità per danni provocati dalla cosa custodita³¹.

Naturalmente, se il primo fra quelli sopra esposti è l'orientamento accolto anche dalla giurisprudenza di merito, non deve negarsi che, talvolta, il binario abbia creato delle difficoltà interpretative: ad esempio la Corte di Appello di Napoli³², in una sentenza abbastanza recente, ha esplicitato che l'oggettività della responsabilità *de quo* richiede una "*responsabilità presuntiva del custode, di*

4373 del 07/03/2016 e Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 17091 del 28/07/2014, le quali parlano espressamente di *responsabilità oggettiva*.

²⁹ Cass. Civ., Sez. III, sent. 2660 del 05/02/2013.

³⁰ Trib. Bari, sent. n. 1350 del 10/03/2016.

³¹ Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 3965 del 20/02/2007.

³² Corte di Appello di Napoli, sent. n. 3426 del 04/10/2013.

tipo omissivo o commissivo" sulla base di una relazione di fatto sussistente fra la figura del custode e la *res* dannosa.

Pur utilizzando il termine "presunzione", che alla prima impressione potrebbe sembrar far riferimento alla presunzione di colpa, posto alla base dell'orientamento minoritario, la pronuncia qualifica comunque la responsabilità ex art. 2051 c.c. come responsabilità oggettiva e non importa, dunque, nel caso concreto, quale tipo fattuale di comportamento il custode abbia posto in essere. Questo in quanto dallo stesso scaturirà comunque l'obbligo giuridico al risarcimento del danno, legato all'oggettività della responsabilità stessa.

4. Cenni sulla nozione di caso fortuito

Nel nesso di causalità danno – evento, al fine dell'esonero da responsabilità del soggetto qualificato "custode" ai sensi dell'art. 2051 c.c., si inserisce la nozione di caso fortuito, qualificabile come un fatto naturale o di un terzo oggettivamente imprevedibile ed inevitabile³³, assolutamente estraneo alla sfera di custodia³⁴.

In sostanza, la pericolosità o meno della *res* o le sue caratteristiche intrinseche non possono influire sulla determinazione della responsabilità del custode.

La diligenza del custode, di conseguenza, non assume alcuna rilevanza nel momento in cui si configura, in una determinata fattispecie, il caso fortuito, questo anche in base alla teoria della causalità adeguata³⁵, che rappresenta una successione normale di eventi: importa solo la qualità di custode³⁶.

Dall'analisi della giurisprudenza di legittimità è altresì possibile chiarificare come, nella nozione di caso fortuito, certamente si faccia rientrare, *in primis*, l'evento naturale imprevedibile, ma anche come, *in secundis*, nella medesima nozione, sia possibile rinvenire il fatto del terzo e il comportamento colposo del danneggiato.

³³ Non assume, dunque, rilievo, la colpa del custode. Di qui la riconducibilità alla teorizzazione della responsabilità oggettiva.

³⁴ Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 5741 del 10/03/2009.

³⁵ "Per la teoria della *causalità adeguata*, elaborata dal giurista tedesco Von Kries come correttivo della *condicio sine qua non* e conosciuto in ambiente di *common law* come *foreseeability test*, vanno considerate conseguenze causalmente legate ad un antecedente solo quelle che, a partire da un dato fatto, rientrano in una successione *normale* di eventi, ove tale normalità consiste in una probabilità accettabile che un dato evento ne produca un altro ed intendendo per probabilità la frequenza reciproca di due classi di eventi. Il nesso eziologico andrà escluso quando l'evento costituisca invece la realizzazione di un'ipotesi del tutto eccezionale che costituisce di fatto un decorso causale atipico rispetto a quello che si poteva ragionevolmente attendere". Dalla voce "Nesso causale (dir. civ.)", www.treccani.it.

³⁶ Testualmente "nell'ambito della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. il caso fortuito deve essere connotato dall'esclusiva efficienza causale nella produzione dell'evento". Cass. Civ., Sez. III, sent. 2479 del 01/02/2018.

Innanzitutto, per quanto attiene al fatto del terzo, la Cassazione ha fornito, in via generale, la nozione di "terzo", in quanto utile ad identificarlo, affermando come tale soggetto possa, agendo, integrare effettivamente il caso fortuito, escludendo nei fatti la responsabilità del custode: questo nel caso in cui consista in una condotta estranea a quest'ultimo e "*di per sé idonea a provocare il danno, a prescindere dall'uso della cosa oggetto di custodia*³⁷".

Un esempio pratico, trattato anche dalla Cassazione³⁸, consente una più semplice comprensione della fattispecie cui si fa sopra riferimento: la Suprema Corte ha escluso, infatti, la responsabilità in capo alla società custode di uno stadio cittadino a seguito del danno subito da parte di uno spettatore durante una partita a causa di un oggetto lanciato da un altro spettatore dall'anello più alto.

Il danneggiato citava in giudizio anche la società che si occupava della gestione dello stadio, addebitando a questa la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. e chiedendo dunque il risarcimento del danno subito.

Ma la responsabilità non è, in un simile caso, riconducibile né alle caratteristiche intrinseche della cosa oggetto di custodia né all'uso della cosa fatto dal custode ma soltanto al comportamento illecito di un terzo, rispetto al quale lo stadio "*ha rappresentato esclusivamente il contesto nell'ambito del quale è maturata la vicenda*", ed il fatto non è stato generato dalla gestione (dunque dalla custodia) dello stadio.

Ecco, dunque, che si palesa, in una simile situazione, un caso fortuito identificabile nel comportamento di un terzo, il quale esonera il custode dalla responsabilità in commento.

Resta dunque da analizzare il caso fortuito identificabile nel comportamento del danneggiato. Maggiori, di certo, sono le casistiche anche affrontate dalla giurisprudenza di legittimità che consentono di comprendere la figura giuridica: è possibile che l'evento danno possa ascrivere solo ed esclusivamente alla colpa del danneggiato e questo, in sostanza, altro non fa se non interrompere il nesso causale evento-danno che contraddistingue la responsabilità da danno da cose in custodia integrando così il caso fortuito.

Naturalmente il giudicante, nelle opportune sedi processuali, dovrà valutare l'autonoma idoneità causale del comportamento colposo del danneggiato in

³⁷ Cass. Civ., Sez. VI, sent. n. 26533 del 09/11/2017.

³⁸ Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 26901 del 19/12/2014.

relazione alle caratteristiche dell'oggetto di custodia³⁹: questo significa che dovrà valutare le caratteristiche del bene, la sua pericolosità e riportare queste al comportamento di chi ha materialmente subito il danno.

Il danneggiato deve, sempre e comunque, provare di aver usato l'ordinaria diligenza⁴⁰ nel caso concreto: questo in quanto, sempre utilizzando una semplice formula matematica, la prevedibile ed insita pericolosità della cosa, associata all'uso dell'ordinaria diligenza, consentirà al danneggiato di poter più facilmente ottenere il risarcimento del danno subito.

Al contrario, se nel comportamento del danneggiato non sarà possibile rinvenire la diligenza necessaria ed anzi, al contrario, sarà possibile rinvenire l'elemento soggettivo della colpa, ciò comporterà la rilevazione del caso fortuito a vantaggio del custode.

Per fare un esempio, sarebbe possibile chiedere il risarcimento danni ai sensi dell'art. 2051 c.c. all'ente proprietario di una strada nel caso in cui un sinistro fosse causato dalle condizioni dell'asfalto, stante l'obbligo di manutenzione che, per legge, ricade in capo all'ente: questo sempre se, in fase istruttoria, non si accerti la concreta possibilità per il danneggiato di percepire e prevedere il pericolo con l'ordinaria diligenza.

Quanto più il comportamento del danneggiato incide "nel dinamismo causale del danno" tanto più sarà possibile l'interruzione del nesso eziologico caratterizzante la responsabilità oggettiva⁴¹.

Naturalmente, sotto un profilo più prettamente fattuale e processuale di merito, sarà necessario valutare non soltanto se la condotta del danneggiato abbia influito sulla determinazione del danno, ma anche in quale misura: per essere più precisi, assumerà rilevanza il grado di incidenza causale del comportamento del danneggiato sull'evento dannoso⁴², potendosi dunque rilevare un concorso causale fra la cosa ed il comportamento della vittima, con conseguente necessaria applicazione dell'art. 1227, co. 1, c.c. .

³⁹Cass. Civ., Sez. VI, ord. n. 6407 del 01/04/2016; Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 4278 del 19/02/2008.

⁴⁰ Il concetto di "ordinaria diligenza" è di contenuto indeterminato, affidato nella sua interpretazione alla valutazione del giudice di merito, il quale, sulla base delle consuetudini, dei costumi e delle interpretazioni giurisprudenziali esistenti, valuta caso per caso quali sono i comportamenti riportabili a tale concetto. In diritto civile si intende per diligenza l'insieme delle cure e delle cautele che il debitore deve porre per l'esatto adempimento del suo obbligo. Per la nozione si veda la voce "diligenza – diritto civile" in www.treccani.it .

⁴¹ Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 22419 del 26/09/2017.

⁴² Cass. Civ., Sez. VI, sent. n. 9146 del 12/04/2018; Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 6034 del 13/03/2018.

5. Le diverse responsabilità di cui agli artt. 2043 e 2051 c.c.

Nella vita di ogni giorno possono palesarsi delle fattispecie che, materialmente e per la loro complessità, potrebbero anche indurre in errore qualunque operatore del diritto ed essere di conseguenza qualificate in maniera errata sotto il profilo giuridico: nello specifico, è necessario evidenziare, per non incappare nell'errore appena rappresentato, quelle che sono le principali differenze fra la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. e la responsabilità aquiliana, ossia la responsabilità per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c. .

Quest'ultima norma individua il fondamento della responsabilità extracontrattuale in qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto⁴³.

Gli elementi da prendere in considerazione ai fini della determinazione di questo tipo di responsabilità sono il danno ingiusto, il nesso eziologico condotta – evento oltre agli elementi soggettivi del dolo o della colpa caratterizzanti chi ha posto in essere l'azione da cui è derivato il danno stesso⁴⁴.

Brevemente, il fatto illecito⁴⁵ corrisponde al comportamento umano (doloso o colposo) capace di cagionare un danno (ingiusto) a un terzo: la norma è molto generica e tale genericità è certamente riconducibile alla circostanza che prevede la tipicità dei fatti illeciti in materia penale e l'atipicità in materia civile⁴⁶.

In sostanza, nella nozione indicata andranno ricompresi tutti quei comportamenti, commissivi o omissivi⁴⁷, riconducibili all'evento dannoso.

⁴³ L'art. 2043 c.c. testualmente prevede "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno". Tale responsabilità si contrappone alla responsabilità contrattuale che nasce quando vi è tale rapporto e questo rimane inadempito. Si veda art. 1218 c.c. .

⁴⁴ TAR Roma, sent. n. 3048 del 09/03/2016.

⁴⁵ Si veda G. ALPA – M. BESSONE, La responsabilità civile, 2001, pagg. 107 s.s. .

⁴⁶ "L'atipicità è una delle caratteristiche della disciplina dell'illecito civile nel nostro ordinamento: per stabilire se un danno cagionato dal comportamento di un determinato soggetto sia risarcibile ex art. 2043 c.c., bisogna stabilire se tale danno è ingiusto, se cioè ha leso interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Ed il giudizio di meritevolezza di tutela è affidato all'apprezzamento del giudice il quale decide, caso per caso, se l'interesse di cui è avvenuta la lesione nella fattispecie a lui presentatasi è degno della tutela ex art. 2043 c.c.. L' atipicità si contrappone alla necessaria tipicità dell'illecito penale". Dalla voce "atipicità civile" di www.enciclopedia-juridica.com.

⁴⁷ Per quanto attiene ai comportamenti omissivi, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che rilevano solo nel caso in cui una specifica norma preveda uno specifico obbligo di azione, non rilevando in tal caso la materialità fattuale. Cass. Civ., Sez. I, sent. n. 9067 del 12/04/2018.

Oltre, naturalmente, all'elemento soggettivo, sarà comunque necessario verificare che il comportamento dell'agente abbia violato un preciso obbligo giuridico⁴⁸ e che il danno possa qualificarsi come "ingiusto".

L'ingiustizia in tal senso, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale⁴⁹, deve essere intesa certamente nell'accezione di danno prodotto *non iure*, ossia in assenza di cause giustificative del fatto dannoso, e *contra ius*, in sostanza dunque lesiva di una posizione o di un interesse giuridicamente tutelato dal nostro ordinamento.

Ma è il nesso causale a far nascere l'obbligo, per chi abbia posto in essere il comportamento dal quale è scaturito l'evento dannoso, che fa sorgere in capo all'agente la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. e conseguentemente l'obbligo di risarcire il danneggiato: sarà necessario, in sede probatoria, verificare quel rapporto causa – effetto il quale necessita di porre su piani paralleli ma corrispondenti del nesso il comportamento illecito e l'evento dannoso⁵⁰.

La differenza sostanziale che è possibile ravvisare rispetto alla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. è quella relativa alla natura stessa della responsabilità: è necessario ricordare in questa sede come la responsabilità da danno da cose in custodia debba qualificarsi come responsabilità oggettiva, priva conseguentemente di qualunque connotazione soggettiva: in tal caso ed in presenza di tali fattispecie, stante il prevalente filone dottrinale e giurisprudenziale, il dolo e la colpa non assumeranno rilevanza ai fini della configurabilità della pretesa risarcitoria, lo assumeranno la qualità di custode e la rilevabilità del danno stesso.

Le due azioni di responsabilità (extracontrattuale e da danno da cose in custodia), stante quanto evidenziato in particolare dalla giurisprudenza di merito⁵¹, a seguito di circostanze processuali che hanno necessitato di specifici chiarimenti, sul piano eziologico e probatorio implicano, sostanzialmente, degli accertamenti diversi: mentre ai fini della verifica della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. sarà necessario verificare l'esistenza di un comportamento commissivo o omissivo dal quale sia derivato un danno nei confronti di terzi, nel caso della responsabilità ex art. 2051 c.c. si prescinde totalmente dal comportamento del

⁴⁸ Tale obbligo giuridico può derivare tanto da una norma quanto da una relazione di fatto tra le parti.

⁴⁹ Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 500 del 22/07/1999.

⁵⁰ Il nesso di causalità va esaminato sotto il profilo della causalità materiale, ossia della sussistenza di un collegamento tra la condotta illecita e l'evento dannoso, nonché sotto quello della causalità giuridica, ovvero dell'accertamento di un collegamento giuridico tra l'evento lesivo e le sue conseguenze dannose, allo scopo di delimitare il contenuto della stessa obbligazione risarcitoria.

⁵¹ Trib. Salerno, sent. n. 135 del 12/01/2016.

custode e si è tenuti, in sede probatoria, a verificare soltanto che un soggetto detenga effettivamente tale qualifica.

In sostanza, si può affermare che il comportamento del custode sia "*estraneo alla fattispecie*"⁵² ed il fondamento di tale responsabilità sia semplicemente il rischio che grava sul custode⁵³.

Naturalmente, spetterà al custode, convenuto in senso processuale, provare che si siano palesate quelle circostanze che integrano il caso fortuito per esonerarsi dalla responsabilità di cui al 2051 c.c.⁵⁴.

La Cassazione⁵⁵ ha reso altresì rappresentato come due soggetti possano anche concorrere alla causazione di un evento dannoso nella medesima fattispecie, pur essendo titolari dei diversi tipi di responsabilità in commento: nello specifico, ha parlato di concorso causale nello stesso evento da parte del custode e di un altro soggetto.

La domanda che sorge spontanea, in una simile casistica, e se l'intervento del terzo non possa ostare alla determinazione concorsuale del danno, facendo dunque riferimento ad uno dei significati propri del caso fortuito che andrebbe ad esonerare il custode da responsabilità: ma la giurisprudenza di legittimità ha risposto espressamente a tale quesito, scindendo in maniera netta i protagonisti della fattispecie rappresentata ed evidenziando come il fatto che il custode non dia la prova liberatoria della ricorrenza del caso fortuito non osta all'addebito dei distinti titoli di responsabilità⁵⁶.

In conclusione, gli aspetti che caratterizzano le due responsabilità sono molteplici e rendono evidente come la fase istruttoria sia determinante ai fini dell'addebito o dell'esonero della responsabilità, così come sia anche fondamentale nella determinazione del tipo di responsabilità: il percorso probatorio è particolarmente accurato e delicato, ogni singolo elemento di prova necessiterà dunque della più giusta interpretazione.

Ma la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. si contraddistingue per delle caratteristiche precise le quali, se prontamente individuate, consentono all'operatore del diritto di trovare la più giusta soluzione giuridica in ordine alla fattispecie analizzata.

⁵² Trib. Massa, sent. n. 218 del 03/03/2016.

⁵³ Naturalmente per i danni che esulano dal caso fortuito.

⁵⁴ L'attore, ossia il danneggiato, dovrà invece provare di aver subito il danno dalla cosa in custodia, individuando la figura del custode, ossia del convenuto.

⁵⁵ Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 24211 del 14/11/2006.

⁵⁶ Il fatto del terzo responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c. deve assumere efficienza causale esclusiva nella causazione dell'evento.

Il privilegio che assiste il credito dell'imprenditore agrituristico.

di Alessio CARACCIOLO* e Paola ROMITO**

SOMMARIO: **1.** Criteri identificativi e requisiti essenziali della figura di "imprenditore agrituristico"; **2.** Connessione funzionale ed attività collegate; **3.** La somministrazione dei prodotti agricoli: il credito del coltivatore; **4.** L'agriturismo quale struttura ricettiva: il credito dell'albergatore; **5.** Profili applicativi nell'ammissione al passivo.

ABSTRACT: *Starting from the growing importance of the role that the rural touristic activities are over time taking in the national economic panorama, the object of this essay is to bring to light the criticality of application paradigms of the prior claims law to a discipline which is the result of integration between the national framework law, outlined by L. 96/06, and the local specific provisions, where the entrepreneur which leads the agritourism became the protagonist, characterized by an inseparable mixture of agricultural and accommodation activities. This peculiar aspect affects the credit protection provided by the law as legitimate cause of pre-emption, since the credit claimed by the entrepreneur which leads the agritourism may, on the one hand, benefit from the general prior claim on mobile goods foreseen by the art. 2751 bis, n. 4, of the Italian civil code, whenever are met the requirements of art. 2083 of the Italian civil code about the farmer qualification, and, on the other hand, make use of the additional protection provided by art. 2760 of the Italian civil code, referred to those benefits attributable primarily to accommodation services. In conclusion, it will attempt to provide, through a systematic approach, an overview of the requirements prescribed for the aforementioned prior claims, comparing them with the case taken into consideration in order to sketch out the practical profiles inherent to the filing of claims phase.*

1. Criteri identificativi e requisiti essenziali della figura di "imprenditore agrituristico".

* Dottore di ricerca in "Diritti, economie e culture del Mediterraneo", presso l'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Dottoressa di ricerca in "Diritti, economie e culture del Mediterraneo", presso l'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

L'impresa agrituristica, sebbene abbia avuto un esplicito riconoscimento normativo solo in tempi recenti¹, trae le sue origini in epoca remota, costituendo un'evoluzione dell'attività rurale posta storicamente alla base dell'economia nazionale.

La figura dell'imprenditore agrituristico deve la sua peculiarità alla sua stessa struttura morfologica, in cui confluiscono da un lato l'attività agricola e, dall'altro, quella alberghiera. I problemi attengono, pertanto, proprio all'inquadramento giuridico dell'attività agrituristica², che va a configurare, nello specifico, un fenomeno economico³ derivante dalla commistione di turismo, industria alberghiera e agricoltura⁴. La giurisprudenza maggioritaria⁵, per stabilire se un'attività di ricezione e di ospitalità rientri nella qualificazione giuridica di

¹ Tra i primi interventi normativi inerenti all'agriturismo ricordiamo, ad esempio, la legge 25 luglio 1952 n. 991 relativamente ai provvedimenti in favore dei territori montani; la legge 3 dicembre 1971 n.1102 in materia di nuove norme per lo sviluppo della montagna; la legge 10 maggio 1976 n. 352 di attuazione della direttiva comunitaria sull'agricoltura di montagna e di talune zone svantaggiate.

² Come evidenziato da M.E. LA TORRE, *Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, fasc. 3, 2009, p. 13, l'«ospitalità in agriturismo» si pone in termini peculiari rispetto al modello comune poiché il gestore non è identificabile nella figura dell'imprenditore commerciale, bensì in quella dell'imprenditore agricolo, in quanto esercita come mera attività connessa quella di ospitalità e altri servizi turistici; il luogo in cui si svolge il rapporto non ha le caratteristiche strutturali degli alberghi, non sottostando alle più rigide normative sulla sicurezza previste per gli alberghi in quanto locali aperti al pubblico. L'A. segnala, inoltre, come la legge 20 febbraio 2006 n. 96 abbia imposto la valorizzazione delle caratteristiche regionali sia con riferimento agli immobili sia con riferimento ai prodotti utilizzati per la ristorazione.

³ Agriturismo come *species* del più ampio fenomeno del turismo rurale, oggi all'attenzione anche di normative di matrice comunitaria, dal quale si differenzia sotto il profilo giuridico: solo le attività connesse con quelle essenzialmente agricole e poste in essere da un soggetto che riveste la qualifica di imprenditore agricolo saranno definite agrituristiche in senso stretto, residuando per quelle ulteriori di ospitalità e ricezione la qualifica di turismo rurale.

⁴ F. ALBISINNI, C. A. GRAZIANI, P. URBANI, *Commentario sulla legge 730/1985*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 741: l'A. specifica che l'agriturismo consiste specificamente in una serie di attività turistiche che, qualora siano svolte in determinate modalità, vengono attratte all'interno del settore agricolo.

⁵ Cfr. Cass. civ., sez. VI, 18 maggio 2011, n. 10905, in *Giur. Comm.*, 2012, fasc. 3, pt. 2, p. 667; Cass. civ., 13 aprile 2007 n. 8851, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2007, 1, p. 678; Cass. civ., 2 ottobre 2008, n. 24430, in *Studium Iuris*, 2009, per cui «il riconoscimento della qualità agrituristica dell'attività di ricezione e di ospitalità richiede la contemporanea sussistenza della qualifica di imprenditore agricolo da parte del soggetto che la esercita, dell'esistenza di un rapporto di connessione e complementarietà con l'attività propriamente agricola e della permanenza della principalità di quest'ultima rispetto all'altra; con la conseguenza che non potrà essere considerata agrituristica un'attività di ricezione e di ospitalità svolta da un imprenditore che non possa qualificarsi agricolo ovvero che non sia o che non sia più nel detto rapporto di connessione e complementarietà con l'attività agricola o che comunque releggi quest'ultima in posizione del tutto secondaria».

agriturismo, propugna un esame congiunto dei molteplici elementi di fatto su cui essa si fonda.

Il legislatore ha, infatti, inizialmente con la legge n. 730/1985 ed in seguito con la legge n. 96/06⁶, ritenuto opportuno predisporre dei limiti⁷ all'esercizio dell'attività agrituristica al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione entro il quale un imprenditore agricolo possa esercitare attività turistica⁸ senza, ciononostante, perdere la sua qualifica di imprenditore agricolo.

Un intervento legislativo generale era, del resto, necessario per porre rimedio alla ipertrofia normativa frutto delle molteplici leggi regionali e provinciali che, inizialmente volte a regolare la mera applicazione di tributi hanno, in seguito, ampliato la loro portata finendo per disciplinare l'esercizio delle attività agrituristiche, così creando una situazione disomogenea all'interno del territorio nazionale che ha condotto a situazioni di disparità.

Attualmente, quindi, la disciplina di riferimento è quella che si ricava dall'integrazione tra la normativa quadro nazionale, volta a individuare i principi generali di definizione delle attività agrituristiche, e le singole disposizioni regionali⁹.

I requisiti strutturali necessari per poter assumere la qualifica di imprenditore agrituristico sono quelli recepiti, in gran parte mutuandoli dalla vecchia formulazione della legge n. 730/85, nell'art. 2¹⁰ della legge n. 96/06¹¹. Detta

⁶ L'articolo 14 co. 1 della legge n. 96/06 ha, contestualmente alla sua introduzione, provveduto ad abrogare la precedente legge 5 dicembre 1985, n. 730.

⁷ Limiti necessari in ragione della tutela privilegiata di cui gode lo statuto dell'imprenditore agricolo rispetto a quello commerciale, ispirata a *ratio* protezionistiche dovute alla tradizionale intrinseca debolezza dell'impresa agricola, come evidenziato da F. ALBISINNI, C. A. GRAZIANI, P. URBANI, *Commentario sulla legge 730/1985*, cit., p. 741.

⁸ Quale attività ontologicamente commerciale che, nel modello delineato dal legislatore, viene intrinsecamente congiunta con il sostegno all'agricoltura e all'economia rurale, valorizzando il territorio in cui si esplica.

⁹ Come sottolinea A. GERMANÒ, *La «materia» agricoltura nel sistema definito dal nuovo 117 Cost.*, in *Regioni*, 2003, p. 37, l'agriturismo quale attività in rapporto di connessione sia soggettivo che oggettivo con l'azienda agricola rientra nella materia agricoltura e, quindi, nella competenza residuale delle Regioni, ma è allo stesso tempo contraddistinta da un interesse trasversale che incide sul modo di regolazione dell'oggetto, giustificando un intervento statale.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 2., L. n. 96/2006, rubricato "Definizione di attività agrituristiche", «per attività agrituristiche si intendono le attività di ricezione e ospitalità esercitate dagli imprenditori agricoli di cui all'articolo 2135 del codice civile, anche nella forma di società di capitali o di persone, oppure associati fra loro, attraverso l'utilizzazione della propria azienda in rapporto di connessione con le attività di coltivazione del fondo, di silvicoltura e di allevamento di animali». La norma procede poi ad ampliare il novero delle attività e dei soggetti mediante un richiamo che, tuttavia, deve ritenersi suscettibile di interpretazione estensiva in virtù della sua formulazione non escludente.

¹¹ Come sostiene M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto. Riflessioni sulla categoria del «paesaggio agrario»*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 01-02, 2016, la legge quadro ha voluto

disposizione stabilisce che, affinché possa sussistere agriturismo¹² in senso tecnico, è necessario che l'attività sia svolta da chi riveste la qualifica di imprenditore agricolo¹³ e che tale attività sia, allo stesso tempo, in rapporto di connessione con le attività essenzialmente agricole¹⁴.

Nello specifico l'attività imprenditoriale può essere svolta indifferentemente in forma individuale o associata¹⁵. Da un punto di vista strettamente soggettivo, l'art. 2 individua quali soggetti che possono rivestire la qualifica di imprenditore agrituristico l'imprenditore agricolo ed i suoi familiari ai sensi dell'articolo 230 *bis* c.c., nonché i lavoratori dipendenti a tempo determinato, indeterminato e parziale, mentre subordina il ricorso a soggetti esterni¹⁶ esclusivamente per lo svolgimento di attività e servizi complementari¹⁷.

2. Connessione funzionale ed attività collegate.

valorizzare la figura dell'agricoltore sia riconducendo l'organizzazione agrituristica allo schema tradizionale dell'impresa agricola, sia annoverando tra le attività agrituristiche una grande varietà di interventi tra i quali l'ospitalità in alloggi, la somministrazione di pasti e bevande, l'organizzazione di degustazioni di prodotti aziendali e l'organizzazione di attività ricreative, culturali, didattiche, di pratica sportiva, nonché escursionistiche e di ippoturismo.

¹² Sull'agriturismo L. FRANCARIO E L. PAOLONI, *L'impresa agrituristica*, Napoli, 1989; A. CARROZZA, *Agriturismo*, in *Dizionari del diritto privato*, (a cura di) N. IRTI, IV, *Diritto agrario*, Milano, 1983; F. ALBISINNI (a cura di), *Giudici e agriturismo*, Napoli, 1993; L. FRANCARIO, *L'impresa agricola di prestazione di servizi*, in *Trattato breve di dir. agr. it e com.*, diretto da L. COSTATO, Padova, 2003.

¹³ Come sostenuto da F. ALBISINNI, C. A. GRAZIANI, P. URBANI, *ult. cit.*, 749, la legge n. 730 (e, conseguentemente, la n. 96/06 poi) ha introdotto un elemento di novità rispetto alla legislazione regionale precedente che, ispirata in gran parte da finalità di incentivazione e sostegno, aveva spesso ristretto ad alcuni soggetti specifici l'esercizio di attività agrituristiche quali ad esempio gli imprenditori agricoli a titolo principale, i coltivatori diretti, gli affittuari, mezzadri, coloni o, in altri casi, persino a soggetti non imprenditori quali braccianti o salariati.

¹⁴ In senso critico, Cass. civ., 3 marzo 1999, n. 1973 in *Dir. e giur. agr. amb.*, II, 1999, p. 344 ss., con nota critica di F. ALBISINNI, *La connessione negata: la legge 730/85 sull'agriturismo e l'art. 2135 c.c. riscritti dalla Corte di Cassazione*.

¹⁵ Sul punto si sono registrate delle critiche volte ad evidenziare l'incoerenza della formulazione testuale della legge laddove non prevede le cooperative accanto alle società, pur disponendo un analitico elenco che poteva essere evitato da un mero rinvio all'art. 2135 c.c..

¹⁶ Non è chiaro a chi si riferisca la norma con tale locuzione: se, in particolare, abbia voluto intendere i soggetti estranei alla famiglia dell'imprenditore agricolo, o quelli estranei all'attività agricola in senso stretto o, ancora, i soggetti diversi da familiari e dipendenti, in un'accezione onnicomprensiva volta a ricomprendere tutti i collaboratori dell'imprenditore. Si evidenzia, inoltre, come non sia definito il limite quantitativo degli addetti all'agriturismo.

¹⁷ Tale precisazione manca, invece, nel d.lgs. n. 228/01, rubricato "Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57", all'art. 3 co. 2 che, per il resto, ne riproduce sostanzialmente il testo, così formulato: «Possono essere addetti ad attività agrituristiche, e sono considerati lavoratori agricoli ai fini della vigente disciplina previdenziale, assicurativa e fiscale, i familiari di cui all'articolo 230-*bis* del codice civile, i lavoratori dipendenti a tempo indeterminato, determinato e parziale».

Le attività di ricezione e ospitalità, meglio definite dall'art. 2 co. 3 della legge n. 96/06, per rientrare fra le attività agricole per connessione devono essere svolte mediante l'utilizzazione di prodotti, mezzi e risorse provenienti in prevalenza dall'azienda¹⁸.

Requisito necessario per aversi attività agrituristica in senso stretto è, poi, che essa sia connessa con le attività di coltivazione del fondo, di silvicoltura e di allevamento di animali. A tal fine l'art. 2, comma 1 della suddetta legge, prevedendo un rapporto di stretta connessione¹⁹ tra le attività agrituristiche e quelle agricole, cristallizza la prevalenza²⁰ di queste ultime sulle prime, con particolare riferimento al tempo di lavoro²¹ necessario al loro esercizio come

¹⁸ M.CAVANNA, (in tema di impresa agrituristica), in *Giur. it.*, n. 8/9, 2013, p. 1819, evidenzia che in tema di attività agrituristica, quale attività para-alberghiera che non si sostanzia nella mera somministrazione di pasti e bevande, la verifica della sua connessione con l'attività agricola non può essere condotta guardando isolatamente all'utilizzo prevalente di materie prime ottenute dalla coltivazione del fondo ma va, invece, condotta avendo riguardo all'uso, nel suo esercizio, di attrezzature (quali ad esempio i locali adibiti alla ricezione degli ospiti) e di ulteriori risorse dell'azienda che sono impiegate solitamente nell'attività agricola.

¹⁹ Particolare rilievo assume, inoltre, Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2013, n. 8690, in *Diritto & Giustizia*, 10 aprile, 2013, secondo la quale «L'indagine sulla natura, commerciale o agricola, di un'impresa agrituristica, ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, ai sensi dell'art. 1 legge fall., va condotta sulla base di criteri uniformi valevoli per l'intero territorio nazionale, e non già sulla base di criteri valutativi evincibili dalle singole leggi regionali, che possono fungere solo da supporto interpretativo. L'apprezzamento, in concreto, della ricorrenza dei requisiti di connessione tra attività agrituristiche ed attività agricole, nonché della prevalenza di queste ultime rispetto alle prime, va condotto alla luce dell'art. 2135, terzo comma, cod. civ., integrato dalle previsioni della legge 20 febbraio 2006, n. 96 sulla disciplina dell'agriturismo, tenuto conto che quest'ultima costituisce un'attività para-alberghiera, che non si sostanzia nella mera somministrazione di pasti e bevande, onde la verifica della sua connessione con l'attività agricola non può esaurirsi nell'accertamento dell'utilizzo prevalente di materie prime ottenute dalla coltivazione del fondo e va, piuttosto, compiuta avuto riguardo all'uso, nel suo esercizio, di dotazioni (quali i locali adibiti alla ricezione degli ospiti) e di ulteriori risorse (sia tecniche che umane) dell'azienda, che sono normalmente impiegate nell'attività agricola».

²⁰ In realtà la disposizione in oggetto si presta anche ad una lettura differente, secondo la quale il rinvio che l'art. 2135 co. 3 c.c.- laddove prevede tra le attività connesse anche quelle dedite alla fornitura di beni o servizi, tra le quali compaiono quelle di ricezione e di ospitalità - opera nei confronti della legge speciale potrebbe intendersi quale necessaria etero integrazione in termini di complementarietà tra le due fonti normative, poiché le attività agrituristiche sono solo genericamente individuate nell'art. 2135 c.c..

²¹ Come sostenuto da V.FELLAH, *Le attività connesse nel nuovo ordinamento agricolo*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2004, p. 501, tale riferimento conferma il tradizionale concetto di connessione intesa come attività collaterale e secondaria rispetto a quella agricola, così scongiurando il rischio della diversa interpretazione dell'art. 2135 c.c. in ordine al criterio di prevalenza, svincolato da quello della accessorietà e complementarietà. Per un diverso approccio teso a valorizzare un'agricoltura di servizi idonea a superare la logica della connessione intesa come accessorietà e complementarietà si veda L. FRANCARIO, *Oltre la logica dell'art. 2135 c.c., Le indicazioni della Comunità europea per un agriturismo come agricoltura di servizi*, in *Giudici e Agriturismo*, a cura di F. ALBISINNI, Napoli, 1993, p. 89.

disposto dal successivo art. 4, comma 2. Viene, poi, espressa la preferenza verso l'impiego di prodotti agricoli propri e l'adozione di metodi tradizionali di lavorazione, come desumibile dal vincolo di prevalenza dei prodotti propri e di quelli di aziende agricole della zona²² nella somministrazione dei pasti e delle bevande, disposto dall'art. 2, comma 3, lett. b) e dall'art. 4, comma 4, lett. a) e b).

Il fattore temporale costituisce, quindi, secondo il disposto normativo di cui all'art. 4²³ della legge n.96/06, il criterio principale per valutare il rapporto di connessione per tutte le tipologie di attività agrituristiche, unitamente a quelli della prevalenza per l'attività di somministrazione dei pasti²⁴ e a quello di connessione oggettiva per le attività ricreative e culturali²⁵.

A ben vedere, pertanto, il criterio di connessione desumibile dal combinato disposto ex art. 2135 co. 3²⁶ c.c. e art. 4 legge 96/06 offre una regola uniforme

²² Come evidenzia L. RUSSO, *Commento all'art. 2*, in *Le nuove norme statali sull'agriturismo, Commentario alla legge n. 96/2006*, (a cura di) P. BORGHI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 145, la categoria dei prodotti provenienti dalle aziende agricole della zona non è, in realtà, una novità assoluta per il nostro ordinamento, rinvenendo un precedente significativo nell'art. 23 ult. comma della legge n. 122/01 in tema di ospitalità rurale familiare.

²³ Rubricato **"Criteri e limiti dell'attività agriturbistica", delinea i compiti affidati alle regioni per l'inquadramento dell'attività agriturbistica, specialmente per l'individuazione dei parametri per l'applicazione del criterio di prevalenza.**

²⁴ In ordine a tale aspetto, Corte cost. 12 ottobre 2007 n. 339, in *Foro it.*, 2, 2008,395/396, ha dichiarato fondate le questioni di illegittimità costituzionale relative ai commi 3 e 4 dell'art. 4. In particolare, sostenendo che «L'art. 4 co.3, stabilendo una presunzione ai fini del riconoscimento di un'attività come agriturbistica, opera esclusivamente nell'ambito delle materie agricoltura e turismo, cui è riconducibile, in via immediata, la suddetta attività, ledendo, in tal modo, le prerogative legislative delle Regioni alle quali le suddette materie sono attribuite in via residuale, ai sensi dell'art. 117, comma quarto, della Costituzione. L'art. 4, al comma 4, fissa, poi, una serie di criteri che l'impresa agriturbistica deve rispettare nella somministrazione di pasti e bevande, tra i quali quello di garantire una quota significativa di prodotti propri, e quello di poter offrire, a determinate condizioni, anche prodotti di Regioni limitrofe, per cui anche tale norma va ritenuta lesiva delle prerogative regionali, in quanto diretta a disciplinare esclusivamente aspetti inerenti l'attività agriturbistica». In sostanza la Consulta ha censurato l'indebita ingerenza statale in materie riservate in via residuale alla competenza normativa delle Regioni ai sensi dell'art. 117 Cost. (quali, nello specifico, l'agricoltura ed il turismo) disponendo l'inammissibilità di qualsiasi automatismo presuntivo finalizzato a ritenere integrato il requisito di prevalenza al di sotto delle soglie minime predeterminate.

²⁵ Sul punto, si segnala T.A.R. Napoli, sez. VIII, 05 novembre 2015, n. 5125 che, chiamato a pronunciarsi sul tema, ha precisato che le attività ricreative e culturali di cui all'art. 4 della l. n. 96 del 2006 recante la disciplina dell'agriturismo, pur esercitabili in via autonoma, sono considerate agrituristiche qualora rientrino nella complessiva offerta agriturbistica, e cioè non venga stabilito un autonomo corrispettivo.

²⁶ Come precisa G. CARULLO, *Sulla qualificazione agriturbistica*, in *Giur. comm.*, n. 3, pt. 2, 2012, p. 669, questa norma appare indirizzata all'ampliamento delle attività svolte dall'imprenditore agricolo spingendosi molto in avanti nella strada della multifunzionalità. Secondo M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto. Riflessioni sulla categoria del «paesaggio agrario»*, in *Rivista*

in merito alle sue caratteristiche anche se non sembra esaurirla, considerato il rinvio alle disposizioni regionali per la determinazione di ulteriori criteri²⁷ per la valutazione del rapporto di connessione delle attività agrituristiche rispetto a quelle agricole, che devono in ogni caso rimanere prevalenti²⁸.

3. La somministrazione dei prodotti agricoli: il credito del coltivatore.

Come si è visto²⁹, la figura dell'imprenditore agrituristico è strettamente collegata a quella dell'imprenditore agricolo, stante l'inscindibilità dei due profili da un punto di vista definitorio³⁰. Sussiste, in sostanza, una corrispondenza biunivoca tra le attività agricole e quelle inerenti le prestazioni di servizi, ove qualificabili come connesse ai sensi dell'art. 2135 c.c. (come sostituito dall'art. 1, d. lgs. 18 maggio 2001, n. 228). Difatti, tale rapporto di connessione, da intendersi quale legame funzionale tra le attività esercitate, costituisce il fondamento dell'applicazione all'imprenditore agrituristico della normativa in materia di imprenditore agricolo e, al contempo, il presupposto per il riconoscimento della connotazione agrituristica alle attività di ricezione o somministrazione di servizi.

Giuridica dell'Edilizia, fasc. 01-02, 2016, il tema della multifunzionalità dell'impresa agricola era, del resto, stato già affermato dal d.lgs. 18 maggio 2001 n. 228, con la definizione delle attività connesse a quelle propriamente agricole tra le quali si includono, ai sensi dell'art. 1 co. 1, quelle "dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge". Si segnalano, inoltre, riferimenti anche in termini di tutela e promozione del territorio nella più recente legislazione statale di settore, quali ad esempio la legge 18 agosto 2015 n. 141 il cui art. 1 valorizza l'aspetto sociale delle imprese agricole e la loro capacità di contribuire "allo sviluppo di interventi e di servizi sociali, socio-sanitari, educativi e di inserimento socio-lavorativo", nonché la legge 1 dicembre 2015, n. 194, in cui la tutela della biodiversità si interseca con l'obiettivo della tutela del territorio rurale e si traduce anche in interventi promozionali, come l'istituzione di "appositi itinerari, al fine di promuovere la conoscenza delle risorse genetiche di interesse alimentare ed agrario locali".

²⁷ In tal senso depone anche M. RASO, *Commento all'art. 4*, in *Le nuove norme statali sull'agriturismo, Commentario alla legge n. 96/2006*, a cura di P. BORGHI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 156, secondo la quale tale precisazione implica l'apertura ad un varco di ulteriori specificazioni quale ad esempio il criterio reddituale, sebbene esso trovi scarso riscontro nelle legislazioni regionali.

²⁸ Il requisito della prevalenza, come noto, è stato sostituito a quello di normalità cui faceva riferimento il vecchio testo dell'art. 2135 c.c., dalla riforma del 2001. Si è registrato, così facendo, un passaggio dall'utilizzo di requisiti qualitativi, impliciti nel carattere della normalità (sul punto si vedano ad esempio M. VACCHIANO, *Impresa agricola, società di «agriturismo» e fallimento*, in *Fallimento*, pp. 1373 e ss., 2005; L. COSTATO, *Corso di diritto agrario*, Milano, pp. 123 e ss., 2004, al ricorso a parametri quantitativi. Ad essi ha fatto, in seguito, riferimento altresì la disciplina della legge quadro in materia di agriturismo del 2006 e, in particolare, l'art. 4 in ordine alla perimetrazione della nozione di collegamento con l'attività principale.

²⁹ V. *supra*, § 2.

³⁰ V. *supra*, § 1, n. 10; sul punto, cfr. A. GERMANO, *L'impresa agricola*, in *Dir. e giur. agr.*, nn. 9-10, p. 509, 2001.

Nel *genus* "imprenditore agrituristico", come per tutti gli imprenditori agricoli, è possibile individuare la *species* "coltivatore diretto". In tale ultima categoria rientrano quei soggetti che soddisfano i requisiti desumibili in via sistematica dalla lettura degli artt. 1647, 2083, 2139 e 2221 c.c., nonché dagli artt. 2, 3 e 4 della l. 9 agosto 1985, n. 443³¹. In particolare, l'art. 1647 c.c.³², seppur collocato nel capo recante la disciplina in materia di locazione, è considerato di portata definitoria per la figura del coltivatore diretto, inquadrato quale colui che «*coltiva [il fondo] col lavoro prevalentemente proprio o di persone della sua famiglia*». Inoltre, l'art. 2083 c.c.³³, nel definire il "piccolo imprenditore", include i coltivatori diretti del fondo e, operando un raggruppamento di categorie tra loro assimilabili, delinea come criterio generale per l'inclusione nella categoria quello della prevalenza, nell'organizzazione dell'attività professionale, del lavoro proprio e dei componenti della famiglia³⁴.

L'evoluzione sociale e tecnologica del settore primario ha condotto, nel tempo, ad una rivisitazione della figura dell'imprenditore agricolo, riscritta dal legislatore in modo più preciso rispetto all'originale formulazione dell'art. 2135 c.c.³⁵. Il

³¹ «La nozione di coltivatore diretto deve desumersi dall'art. 2083 c.c., sulla definizione del piccolo imprenditore, che attribuisce rilievo alla prevalenza del lavoro personale del coltivatore e dei componenti della sua famiglia rispetto agli altri fattori della produzione, mentre non è sufficiente la sola iscrizione del coltivatore negli elenchi nominativi dei comuni di residenza, né la fruizione delle prestazioni previdenziali», F. PARENTE, *Art. 2751 bis – Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane*, in *Comm. GABRIELLI, Della tutela dei diritti (Artt. 2643-2783 ter)*, Torino, 2016, p. 1141. Cfr. F. RUSCELLO, A. CORDIANO, *Art. 2751 bis (Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane)*, in *Codice civile commentato (artt. 1678-2969)*, a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, 4^a ed., Torino, 2012, p. 424.

³² «Quando l'affitto ha per oggetto un fondo che l'affittuario coltiva col lavoro prevalentemente proprio o di persone della sua famiglia, si applicano le norme che seguono sempre che il fondo non superi i limiti di estensione che, per singole zone e colture, possono essere determinati dalle norme corporative». Si può senza dubbio sostenere che l'inciso «*sempre che il fondo non superi i limiti di estensione che, per singole zone e colture, possono essere determinati dalle norme corporative*» sia stato abrogato implicitamente dal d. lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 369 e dal R.D.L. 9 agosto 1943, n. 721, stante la completa espunzione dall'ordinamento giuridico italiano delle norme corporative.

³³ «Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

³⁴ Per ulteriori riflessioni sulla definizione di coltivatore diretto, v. G. MINUTOLI, *Agriturismo*, in M. FERRO, *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2011, pp. 67 ss.; G. GALLONI, s.v. *Coltivatore diretto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, p. 679. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 17 giugno 1999, n. 6002, in *Mass. Giur. civ.*, 1999, p. 1415; Cass. civ., 24 febbraio 1986, n. 1129, in *Mass. Giur. civ.*, 1986, II; Cass. civ. 22 agosto 1984, n. 4671, in *Giur. agr.*, 1985, p. 219; App. Bologna, 9 aprile 1994, in *Dir. giur. agr.*, 1996, p. 60.

³⁵ «È imprenditore agricolo chi esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame e attività connesse. Si reputano connesse le attività dirette alla

nuovo dettato normativo, infatti, specifica che cosa si intenda per coltivazione del fondo, silvicoltura ed allevamento di animali, precisando che esse includono ogni attività diretta alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che "utilizza o può utilizzare" il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine. L'inclusione delle acque è particolarmente interessante, poiché permette di considerare l'acquacoltura tra le attività "agricole", sebbene non sia riconducibile al tradizionale concetto di "fondo". L'imprenditore ittico è stato, inoltre, totalmente equiparato all'imprenditore agricolo dall'art. 2, d. lgs. 18 maggio 2001, n. 226. Ciò significa, quindi, che la disciplina dell'agriturismo si applica anche al cosiddetto "ittiturismo", sebbene vi sia chi sostiene che l'equiparazione non sia da considerare quale completa identificazione³⁶. Tale condivisibile posizione rende difficoltosa la configurazione del "pescatore" quale "coltivatore diretto ittico", poiché l'utilizzo del lessema "coltiva" appare non solo peculiare dell'attività rurale, collegata alla presenza di un "fondo", ma anche indicativo di un lavoro che non implica la mera estrazione delle risorse naturali, bensì la cura di almeno parte di un ciclo vitale. Un concreto dubbio applicativo si può ipotizzare con riferimento alle attività di allevamento ittico, equiparabili a tutti gli effetti agli allevamenti a terra.

Nel quadro appena delineato si incardina il privilegio generale mobiliare³⁷ che assiste i crediti del coltivatore diretto, ai sensi dell'art. 2751 *bis*, n. 4, c.c. Il soggetto passivo del richiamato privilegio è agevolmente individuato dal dato testuale della norma nell'acquirente dei prodotti o dei servizi³⁸. Sul piano

trasformazione e all'alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell'esercizio normale dell'«agricoltura».

³⁶ Sul punto, v. G. GALLONI, *Nuove linee di orientamento e di modernizzazione dell'agricoltura*, in *Dir. giur. agr.*, 2001, n. 9-10, pp. 491 e ss..

³⁷ L'art. 2746 c.c., nel distinguere le categorie di privilegi, dispone che «*Il privilegio è generale o speciale. Il primo si esercita su tutti i beni mobili del debitore, il secondo su determinati beni mobili o immobili*». Tale distinzione non è peregrina, dato che influisce sulla natura stessa del privilegio del credito: se nel primo caso esso si configura quale diritto meramente processuale (estrinsecandosi in una preferenza accordata al creditore in sede di insinuazione al passivo), nel secondo esso si atteggia a diritto reale di garanzia, assumendone le principali peculiarità, *in primis* il diritto di seguito. Sul punto, v. F. PARENTE, *Art. 2746 – Distinzione dei privilegi*, in *Comm. GABRIELLI, Della tutela dei diritti (Artt. 2643-2783 ter)*, Torino, 2016, pp. 1021 e ss.; ID., *Art. 2746 (Distinzione dei privilegi)*, in *Comm. CENDON (artt. 2740-2906)*, Milano, 2009, p. 154; ID., *Il sistema dei privilegi del credito*, Torino, 2001, 35 e 79 ss. Cfr. G. INGRAO, *Riflessioni sui privilegi nelle imposte sul reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, pp. 152-153 e 177-178; F. RUSCELLO, A. CORDIANO, *Art. 2746 (Distinzione dei privilegi)*, in *Comm. PERLINGIERI*, 3^a ed., VI, Napoli-Roma, 2010, p. 405.

³⁸ F. PARENTE, *Art. 2751 bis – Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane*, cit., p. 1140; ID., *Art. 2751 bis (Crediti*

soggettivo, invece, tale prelazione, accordata dalla legge in virtù di una preminente tutela del lavoro³⁹, non è limitata ai soggetti elencati nell'articolo⁴⁰,

per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane), in *Comm. CENDON (art.2740-2906)*, Milano, 2009, p. 235; D. DI SABATO, *I privilegi*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2008, p. 138; F. RUSCELLO, A. CORDIANO, *op. cit.*, p. 424; F. PARENTE, *I privilegi*, in P. CENDON (a cura di), *Trattario di diritto civile, XXII, Responsabilità patrimoniale. Prescrizione*, Milano, 2014, p. 119; M. MIGLIETTA, F. PRANDI, *I privilegi*, in *Giur. sist.*, fond. Da W. Bigiavi, Torino, 1995, p. 155 ss.; F. DELVECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciale*, Milano, 1994, p. 107; M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1976, p. 186. In giurisprudenza, v. Trib. Terni, 31 ottobre 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, p. 123.

³⁹ Le categorie di creditori delineate nell'art. 2751 bis sono, infatti, unite da una «direttrice ermeneutica che orienta verso un profilo soggettivo dei privilegi del credito, nella prospettiva della tutela degli interessi non soltanto patrimoniali, ma pure esistenziali del creditore, in linea con i principi costituzionali che garantiscono il pieno sviluppo della persona nella molteplicità dei contesti della vita di relazione», F. PARENTE, *Art. 2751 bis – Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane*, cit., p. 1113. In tale ottica, il privilegio del credito si erge a strumento di attuazione del principio di eguaglianza sostanziale, nel tentativo di riequilibrare quell'atavica sperequazione contrattuale insita nel rapporto di lavoro. La previsione del privilegio generale mobiliare per crediti di lavoro, difatti, avviene all'alba dell'emanazione dello Statuto dei lavoratori (la novella degli artt. 2751 ss. inizia con la l. 30 aprile 1969, n. 153, mentre lo Statuto è emanato con la l. 20 maggio 1970, n. 300). Questa lettura permette di innalzare l'istituto dei privilegi del credito ad un ruolo di tutela che si fonda «non soltanto sulla "qualità del credito", ma pure sulla "qualità del creditore"», F. PARENTE, *ivi*, p. 1115: se il credito di lavoro non è solo mera controprestazione economica, bensì strumento di affermazione della dignità del lavoratore, «l'insolvenza del debitore può costituire una barriera di ordine economico all'esistenza libera e dignitosa del lavoratore (art. 36, 1° co., cost.) e precludere non soltanto il pieno sviluppo della persona (art. 2 cost.), ma persino la sua partecipazione "all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"», F. PARENTE, *ibidem*. Sul punto, vd. V. MAIO, *Privilegi, IV) Privilegi dei crediti di lavoro e previdenziali*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1; F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, p. 20 ss.; ID., *Art. 2751 bis (Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane)*, cit., p. 218; M. MIGLIETTA, F. PRANDI, *op. cit.*, p. 121; M. CATERINI, *I privilegi, il principio di legalità costituzionale e le «classi» dei creditori*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 393; A. COEN, *I crediti di lavoro «in senso lato» ex art. 2751-bis c.c.*, in *I crediti nel fallimento*, a cura di G. VILLANACCI, Milano, 2015, p. 394 ss.; A. PATTI, *I privilegi*, in *Tratt. CICU-MESSINEO*, Milano, 2003, p. 133; S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, pp. 52-53.

⁴⁰ «L'elencazione delle prelazioni e dei soggetti prelanti, contenuta nell'articolo, deve ritenersi meramente esemplificativa e, dunque, il diritto di prelazione deve estendersi ai crediti dell'enfiteuta (art. 957 ss. c.c.), dell'usufruttuario (art. 978 ss. c.c.), del selvicoltore (art. 2135 c.c.), dell'allevatore di bestiame (art. 2135 c.c.), dell'imprenditore agricolo professionale (art. 1 ss., d.lgs. 29.3.2004, n. 99) e di altri soggetti agricoli che svolgano l'attività di coltivazione a titolo prevalentemente personale», F. PARENTE, *Art. 2751 bis – Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane*, cit., p. 1140. Anche in questo caso, l'applicazione del criterio di prevalenza deve partire da una valutazione concreta del collegamento funzionale tra l'attività svolta ed il fondo, nella misura in cui il primo tragga «occasione e sviluppo dallo sfruttamento» del secondo; così, Cass. civ., 17 giugno 1999, n. 6002, in *Mass. giur. it.*, 1999.

bensi, attraverso un'interpretazione estensiva⁴¹ consentita dal peculiare regime del diritto dei privilegi⁴², a tutti i soggetti «che svolgano l'attività di coltivazione a titolo prevalentemente personale»⁴³. Se per l'agriturismo, qualora sia organizzato in forma di piccola impresa ed abbia i requisiti previsti per il coltivatore diretto, non si pone alcun dubbio interpretativo in merito all'applicazione del privilegio generale sopra richiamato, lo stesso non può dirsi

⁴¹ Sebbene l'analogia sia categoricamente esclusa in materia di privilegi del credito, F. PARENTE, *Art. 2745 c.c. – Fondamento del privilegio*, in *Comm. GABRIELLI, Della tutela dei diritti (Artt. 2643-2783 ter)*, Torino, 2016, p. 1013, se non per i crediti previdenziali e assistenziali [i quali non costituiscono *ius singulare* e, pertanto, sono suscettibili di interpretazione analogica, cfr. F. PARENTE, *Il sistema dei privilegi del credito*, cit., pp. 40-41; ID., *Art. 2745 (Fondamento del privilegio)*, in *Comm. CENDON (artt. 2740-2906)*, Milano, 2009, pp. 144-145; Cass. civ. 17 marzo 1992, n. 3252, in *Indice penale*, 1992, p. 929; Cass. civ. 18 febbraio 1991, n. 1708, in *Fisco*, 1991, p. 606], è possibile ricorrere allo strumento dell'interpretazione estensiva, come concordemente ritenuto dalla giurisprudenza di merito (App. Roma, 16 aprile 1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1310) e di legittimità (Cass. civ. 17 febbraio 2012, n. 2320, in *Dir. e prat. trib.*, 2012, p. 665, la quale ha sostenuto che «le norme del codice civile che stabiliscono i privilegi possono essere oggetto non già di applicazione analogica bensì di interpretazione estensiva, che sia cioè diretta ad individuarne il reale significato e la portata effettiva anche oltre il limite apparentemente segnato dalla formulazione testuale, tenendo in considerazione l'intenzione del legislatore e la causa del credito che, ai sensi dell'art. 2745 c.c., rappresenta la ragione giustificatrice di qualsiasi privilegio»). Cfr. F. PARENTE, *Art. 2745 c.c. – Fondamento del privilegio*, cit., pp. 1011 e ss.; ID., *Il sistema dei privilegi del credito*, cit., p. 42; S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, cit., p. 32; M. PARRINELLO, *Art. 2745 (Fondamento del privilegio)*, in *Cod. civ. comm. (artt. 1678-2969)*, a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, 4^a ed., Torino, 2012, p. 7198; D. DI SABATO, *op. cit.*, p. 32.

⁴² I privilegi del credito soggiacciono ai requisiti della legalità e della tipicità, sicché «soltanto la legge può prevedere un nuovo privilegio», F. PARENTE, *Art. 2745 c.c. – Fondamento del privilegio*, cit., p. 1011, e, inoltre, l'autonomia delle parti non rileva al fine della costituzione di nuovi privilegi bensì solo, in taluni casi specificamente previsti dal legislatore, per l'attivazione dei cosiddetti «privilegi convenzionali». Anche in questi casi, però, il meccanismo è espressamente disciplinato dalla legge, per cui si può giungere alla conclusione che il sistema dei privilegi sia «chiuso», A. RAVAZZONI, *Privilegi*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 373; F. MACARIO, *I privilegi in generale*, in *L'attuazione dei diritti*, II, *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, Milano, 2009, pp. 223-224, o «determinato», S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, cit., p. 726. In tale scenario è inevitabile sostenere la preclusione dell'interpretazione analogica. Sul punto, v. F. PARENTE, *ivi*, p. 1013 ss.; ID., *Il sistema dei privilegi del credito*, cit., p. 33 ss. e 39 ss.; ID., *Art. 2745 (Fondamento del privilegio)*, cit., p. 143 ss.; A. RAVAZZONI, *ibidem*; S. MERZ, G. ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni (teoria e pratica del credito privilegiato nelle procedure concorsuali, nelle esecuzioni collettive e nelle liquidazioni)*, Padova, 1990, p. 3; M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 120.

⁴³ F. PARENTE, *Art. 2751 bis – Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane*, cit., p. 1140. V. anche F. PARENTE, *Art. 2751 bis (Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane)*, cit., p. 235; D. DI SABATO, *op. cit.*, p. 138; F. RUSCELLO, A. CORDIANO, *op. cit.*, p. 424; F. PARENTE, *I privilegi*, cit., p. 119. Sul punto, cfr. Trib. Terni, 31 ottobre 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, p. 123; M. MIGLIETTA, F. PRANDI, *op. cit.*, p. 155 ss.; F. DELVECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciale*, cit., p. 107; M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 186.

per l'imprenditore ittico. In merito, è possibile sostenere due ipotesi parimenti meritevoli di riflessione: da un lato, la possibilità che l'attività dell'impresa ittica sia organizzata prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della famiglia dell'imprenditore, unita all'equiparazione normativa dell'impresa ittica a quella agricola, può condurre alla conclusione che anche i crediti dell'imprenditore ittico siano assistiti dal privilegio generale di cui all'art. 2751 *bis*, n. 4, c.c., per lo meno con riferimento alle attività di itticoltura; dall'altro, il tenore letterale degli artt. 1647 e 2083 c.c. non lascia adito a dubbi in merito alla definizione di "coltivatore diretto", sicché l'imprenditore ittico, non integrandone i requisiti testuali, rimarrebbe escluso dalla tutela privilegiata, salvo il disposto dell'art. 2751 *bis*, n. 5, c.c., qualora l'impresa sia costituita in forma di società cooperativa agricola o di consorzio, limitatamente ai corrispettivi per la vendita dei prodotti.

4. L'agriturismo quale struttura ricettiva: il credito dell'albergatore.

La struttura agrituristica è generalmente composta da un insieme di impianti ricettivi, inseriti in un ambiente naturale, ove è possibile usufruire di diversi servizi derivanti dall'esercizio dell'attività agricola. Se è indubbia la collocazione dell'imprenditore agrituristico nel novero degli imprenditori agricoli, altrettanto agevole è l'inquadramento delle attività agrituristiche tra i servizi alberghieri, ove la struttura si presenti idonea all'accoglienza dei clienti. La linea di demarcazione è costituita, secondo la Corte di Cassazione⁴⁴, dalla valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale *ex art.* 2135 c.c. e, comunque, al criterio di connessione delineato dalla normativa speciale⁴⁵. Tuttavia, il contratto di albergo non è espressamente disciplinato dal legislatore e si presenta quale «contratto atipico, misto o complesso, con il quale l'albergatore si impegna a fornire al cliente, dietro corrispettivo, una serie di prestazioni di dare e di fare che si incentrano nella concessione dell'uso di un alloggio, cui possono accompagnarsi altri servizi, strumentali ed accessori al primo»⁴⁶. Il rapporto di servizio tra l'albergatore e la persona albergata, infatti, «è connotato da una struttura *sui*

⁴⁴ Cass. civ., 28 aprile 2005, n. 8849, in *Fall.*, 2005, p. 1431, ha escluso l'attribuzione della qualifica di attività agrituristica alla realizzazione e gestione, locazione e vendita di villaggi turistici, appartamenti, bungalow, sale convegni e alberghi.

⁴⁵ V. *supra* § 1.

⁴⁶ G.MINUTOLI, *op. cit.*, p. 71.

generis, articolata sulla combinazione di elementi del contratto di locazione di cose, di fattori del deposito e di componenti della locazione d'opera»⁴⁷.

La tutela del credito vantato dall'imprenditore agrituristico, dunque, laddove questo sia relativo a prestazioni di tipo alberghiero, si arricchisce dell'art. 2760 c.c., il quale dispone che «*i crediti dell'albergatore per mercedi e somministrazioni verso le persone albergate hanno privilegio sulle cose da queste portate nell'albergo e nelle dipendenze e che continuano a trovarvisi*». Questo privilegio assiste i crediti nascenti dai servizi prestati dall'albergatore, che comprendono «il servizio per la cura e per la custodia degli effetti personali; i corrispettivi per l'alloggio, il vitto, le bevande, i mezzi di illuminazione, di riscaldamento e di trasporto, resi disponibili dall'albergatore»⁴⁸. Inoltre, è pacifica l'estensione della causa legittima di prelazione ai crediti vantati per le prestazioni collegate ai servizi alberghieri, che non ne integrano la generica definizione ma costituiscono un complemento del rapporto, come ad esempio gli impianti sportivi, i parchi divertimento, i mezzi di trasporto e quelli di comunicazione⁴⁹.

Da un punto di vista soggettivo, il titolare del privilegio è l'albergatore, ossia il gestore della struttura di ricezione come individuato dall'art. 1786 c.c.⁵⁰. Il soggetto passivo del privilegio, invece, è chiunque abbia beneficiato delle prestazioni della struttura ricettiva⁵¹.

⁴⁷ F.PARENTE, *Art. 2760 – Crediti dell'albergatore*, in *Comm. GABRIELLI, Della tutela dei diritti (Artt. 2643-2783 ter)*, Torino, 2016, p. 1227; Cfr. F.PARENTE, *Art. 2760 (Crediti dell'albergatore)*, in *Comm. CENDON (artt. 2740-2906)*, Milano, 2009, p. 314; S.MERZ, G.ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, cit., p. 116; F. RUSCELLO, A.CORDIANO, *Art. 2760 (Crediti dell'albergatore)*, in *Comm. PERLINGIERI*, 3^a ed., VI, Napoli-Roma, 2010, pp. 445-446; F.PARENTE, *I privilegi*, cit., p. 155; G.RUISI, A.PALERMO, C.PALERMO, *I privilegi*, in *Giur. Sist.*, fond. Da W.BIGIAMI, Torino, 1980, p. 363; G.TUCCI, *I privilegi*, in *Tratt. RESCIGNO*, 19, *Tutela dei diritti*, 1, 2^a ed., Torino, 1997, p. 753.

⁴⁸ F.PARENTE, *Art. 2760 – Crediti dell'albergatore*, cit., p. 1229. Cfr. F.PARENTE, *Art. 2760 (Crediti dell'albergatore)*, cit., 315; V.ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Comm. cod. civ.*, Roma, 1956, p. 173; M.PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., 261; F.PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, p. 126; ID., *I privilegi*, cit., p. 156.

⁴⁹ F.PARENTE, *Art. 2760 – Crediti dell'albergatore*, cit., p. 1229; ID., *Art. 2760 (Crediti dell'albergatore)*, cit., p. 315; S.MERZ, G.ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, cit., p. 116; M.PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 262; D.DISABATO, *op. cit.*, p. 185; F.PARENTE, *I privilegi*, cit., p. 156; V.ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 173.

⁵⁰ «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».

⁵¹ App. Torino, 2 luglio 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1761 include anche le persone giuridiche nel novero dei soggetti passivi. *Contra*, Trib. Aosta, 30 novembre 1955, in *Foro pad.*, 1956, 1, p. 1195. Sul punto, v. F.PARENTE, *Art. 2760 – Crediti dell'albergatore*, cit., p. 1230.

Sul piano oggettivo, infine, il privilegio grava su tutti i beni portati nell'albergo e nelle sue dipendenze, a condizione che vi permangano al momento dell'esercizio dello stesso. Ciò significa, pertanto, che si è in presenza di un privilegio subordinato ad una particolare situazione di localizzazione⁵², assistito dal peculiare meccanismo di salvaguardia previsto dall'art. 2769 c.c.⁵³. Difatti, la rimozione del bene dalla situazione di localizzazione prevista dal legislatore comporterebbe l'estinzione del privilegio⁵⁴. All'albergatore, inoltre, spetta il

⁵² «A differenza dei "privilegi non possessuali", in cui la prelazione è riconosciuta in funzione della meritevolezza di tutela della causa del credito (art. 2745 c.c.), senza altri requisiti o eccezioni, i "privilegi possessuali" e i "privilegi quasi possessuali" implicano una specifica relazione detentiva tra il bene e il creditore (art. 1140, 2° co., c.c.), ossia un concreto controllo della cosa da parte del creditore privilegiato, oppure una peculiare situazione di localizzazione del bene, che non si traduce nella disponibilità da parte del creditore procedente. Nella prima ipotesi, si suole parlare di "privilegio possessuale" (artt. 2756 e 2761 c.c.); nella seconda, invece, di "privilegio quasi possessuale" (artt. 2757, 2760, 2763, 2764, 4° e 6° co., c.c.)», F. PARENTE, *Art. 2746 – Distinzione dei privilegi*, cit., p. 1032. Sul punto, cfr. F. PARENTE, *Art. 2746 (Distinzione dei privilegi)*, cit., pp. 155 e ss.; M. MIGLIETTA, F. PRANDI, *I privilegi*, cit., p. 24; F. PARENTE, *Il sistema dei privilegi del credito*, cit., p. 49; A. PATTI, *I privilegi*, cit., p. 48; M. PARRINELLO, *Art. 2746 (Distinzione dei privilegi)*, in *Codice civile commentato (artt. 1678-2969)*, a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, 4ª ed., Torino, 2012, p. 7201.

⁵³ «Il creditore che ha privilegio su una cosa mobile, se ha fondati motivi di temere la rimozione della cosa dalla particolare situazione alla quale è subordinata la sussistenza del privilegio, può domandarne il sequestro conservativo». Tale peculiare tipologia di sequestro differisce dall'ordinario sequestro conservativo di cui all'art. 671 c.p.c. poiché quest'ultimo, tra requisiti per la concessione del sequestro, prevede la sussistenza di un *periculum in mora* riferito alla salvaguardia di una garanzia patrimoniale generica, mentre lo strumento rimediabile di cui all'art. 2769 c.c. è esperibile «ogni qualvolta il titolare del diritto abbia fondato motivo di ritenere che la cosa venga asportata dal fondo», G. VILLANACCI, *Dei privilegi sui mobili (artt. 2751-2769)*, in *Comm. BUSNELLI*, Milano, 2016, pp. 372-373. Ciò comporta, nella pratica, esigenze probatorie meno gravose nel caso in cui si invochi il sequestro conservativo speciale rispetto a quello più generale previsto dal codice di procedura civile, stante la maggiore difficoltà nel provare la diminuzione della garanzia patrimoniale offerta dalla generalità del patrimonio del debitore rispetto al semplice pericolo di rimozione della cosa gravata da privilegio dalla sua peculiare collocazione. In giurisprudenza si ritiene che i crediti tutelati dallo speciale sequestro conservativo di cui all'art. 2769 c.c. siano quelli assistiti da privilegio subordinato alla particolare posizione della cosa gravata, per cui esso trova applicazione ove sussista un peculiare *periculum in mora* costituito dal timore di perdere la garanzia, Cass. civ. 22 giugno 1976, n. 1506, in *Rep. Giust. civ.*, 1967, s.v. sequestro, n. 26.

⁵⁴ In merito all'estinzione del privilegio per cause inerenti l'oggetto, la differenza precipua tra privilegi generali e privilegi speciali è costituita dal regime che regola la rimozione del bene dal patrimonio del debitore. Difatti, se la diminuzione del patrimonio del debitore non influisce sulla sussistenza del privilegio generale mobiliare, che, a prescindere dalle vicende modificative del compendio di beni appartenenti al debitore, continua ad esistere e si manifesta al momento dell'insinuazione al passivo da parte del creditore, il privilegio speciale, gravando su cose specifiche e individuate, si estingue in caso di distruzione, perimento materiale o cessazione dell'appartenenza al patrimonio del debitore, salvo, in quest'ultimo caso, l'applicazione del diritto di seguito tipico dei diritti reali di garanzia. Per quanto riguarda i privilegi "quasi possessuali", la peculiarità della subordinazione del loro esercizio alla condizione di localizzazione rende

diritto di ritenzione sui beni consegnati in deposito, in applicazione del diverso privilegio ad esso spettante per il compenso relativo allo specifico servizio, ai sensi dell'art. 2761, comma 4, c.c.⁵⁵.

5. Profili applicativi nell'ammissione al passivo.

Alla luce di quanto sin qui analizzato, il credito dell'imprenditore agrituristico si presta ad una duplice tutela a seconda che le singole fattispecie integrino i requisiti previsti dalla normativa in materia di privilegi del credito. L'onere della prova grava in capo al creditore, che dovrà di volta in volta provare non solo *an* e *quantum* del credito vantato, ma anche le ulteriori circostanze utili a suffragare la tutela privilegiata del credito.

Al fine dell'applicazione del privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, n. 4, c.c., sarà necessario provare la qualità di coltivatore diretto, come definito nell'art. 2083 c.c.⁵⁶, nonché il rapporto di connessione tra l'attività alla quale è riferito il credito e l'esercizio dell'attività agricola sulla quale si fonda detta qualifica.

Più complessa può rivelarsi la prova della qualità di albergatore, nel momento in cui l'imprenditore agrituristico voglia far valere il privilegio previsto dall'art. 2760 c.c., poiché egli dovrà suffragare la sua domanda con la dimostrazione della natura alberghiera della prestazione. In tale scenario, la somministrazione di cibi e bevande o la predisposizione di infrastrutture collegate all'agriturismo costituirebbero meri servizi accessori, *rectius* attività connesse, per le quali potrebbe al più applicarsi il privilegio previsto dall'art. 2751 *bis*, n. 4, c.c., qualora ne sussistano i requisiti soggettivi.

inevitabilmente vano il privilegio in caso di rimozione della cosa dal luogo indicato dal legislatore, per cui in tali circostanze il privilegio si estingue. Sul punto, vd. F. PARENTE, *Il sistema dei privilegi del credito*, cit., p. 90; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., pp. 790-791. Per un approfondimento sui privilegi "quasi possessuali", v. F. PARENTE, *Art. 2746 – Distinzione dei privilegi*, cit., p. 1032; V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 69 ss.; G. P. GAETANO, *I privilegi*, Torino, 1939, p. 57; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali – la prescrizione*, Milano, 2012, pp. 23 e ss..

⁵⁵«I crediti derivanti dal deposito o dal sequestro convenzionale a favore del depositario e del sequestratario hanno parimenti privilegio sulle cose che questi detengono per effetto del deposito o del sequestro».

⁵⁶Come si è visto (v. *supra* § 3, nota 31), la qualifica di coltivatore diretto non è desumibile dall'iscrizione negli elenchi presso il Comune di residenza o dall'applicazione di altri elementi di natura fiscale, bensì dalla presenza dei requisiti di cui all'art. 2083 c.c. Sul punto, v. Cass. civ., 4 febbraio 1969, n. 354, in *Mass. Giur. it.*, 1969, p. 141; App. Bologna, 9 aprile 1994, in *Dir. giur. agr.*, 1996, p. 60; App. Bologna, 9 giugno 1988, in *Giur. agr. it.*, 1990; Trib. Terni, 31 ottobre 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, p. 123; Trib. Venezia, 8 settembre 1987, in *Fall.*, 1988, p. 285; Trib. Genova, 1 dicembre 1987, in *Fall.*, 1988, p. 392; Trib. Vicenza, 10 giugno 1986, in *Fall.*, 1987, p. 86.

Il nesso di causalità nell'ambito della responsabilità medica alla luce delle sentenze San Martino 2019: onere probatorio e distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione.

di Monica GUZZARDI *

SOMMARIO: **1.** Introduzione. Le Sentenze San Martino 2019. **2.** Le fonti delle obbligazioni e la natura della responsabilità medica: evoluzione giurisprudenziale e normativa. **3.** L'onere probatorio nel regime della responsabilità: superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. S.U. 13 13533/2001 e 577/2008. **4.** Le decisioni nn. 28991-28992/2019 della III sezione: il duplice nesso causale **5.** Ancora sul nesso di causalità materiale (nn. 28986-28990/2019): le preesistenze e la distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione. **6.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: L'Autrice, sottolineata l'importanza delle sentenze pubblicate dalla III Sez. della Corte di Cassazione - pubblicazione avvenuta simbolicamente nel giorno di San Martino del 2019 – ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale e legislativa in materia di responsabilità medica, soffermandosi, in particolare, sul regime probatorio. Si analizzano, infine, le sentenze nn. 28991-28992 con riguardo alla duplicità del nesso causale e al rischio della causa ignota, e le sentenze nn. 28986-28990, concernenti la valutazione delle preesistenze, ossia la liquidazione dei danni subiti da un soggetto già invalido.

ABSTRACT: The author reviews the development of Italian case-law and legislation on the issue of medical malpractice, and its rules of evidence, and underlines the importance of selected judgments of the Supreme Court (III section), which were symbolically published on San Martin's day in 2019. These judgments, namely no. 28991-28992, regard the double causal link and the risks connected to unknown causes, while no. 28986-28990, concern the assessment of pre-existing conditions, that is the settlement of claims arising from a subject previously affected by medical conditions.

1. Introduzione. Le sentenze "San Martino" 2019

* Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Catania.

L'11 Novembre 2019 sono state depositate e pubblicate nella cancelleria della Terza Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione dieci sentenze¹. La data di pubblicazione non sembra casuale, in quanto la data di deposito evoca il passaggio, altrettanto centrale, delle note quattro sentenze di "San Martino" 2008², con cui vennero tracciati i contorni del danno non patrimoniale.

La complessità della materia – anche alla luce dei diversi interventi legislativi succedutisi a distanza di pochi anni l'uno dall'altro – e la sua rilevanza sociale hanno spinto la Terza Sezione Civile, su idea e direzione del Consigliere Stefano Olivieri, alla creazione del "progetto sanità" (che, nell'organizzazione interna alla Terza Sezione, si affianca al "progetto locazioni" e al "progetto esecuzioni"), un gruppo di lavoro nato con l'obiettivo di individuare le questioni più controverse in materia di responsabilità sanitaria, rispetto alle quali era maggiormente avvertita la necessità di un intervento nomofilattico della Suprema Corte, in grado di orientare gli operatori del diritto³.

Brevemente, prima di affrontare il tema specifico oggetto delle sentenze 28991-28992 e 28986-28990, si ripercorrono i punti salienti delle sentenze San Martino 2019, le quali si occupano non soltanto di danni non patrimoniali ma affrontano, più genericamente, il tema della responsabilità sanitaria.

¹ M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno e Resp.* 1/2020 p.7; G. PONZANELLI, *Alcune considerazioni generali sulle dieci sentenze della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2019*, in *Corti supreme e salute 2019*, 3.

² Sono trascorsi ormai quasi dodici anni dal giorno di San Martino, 11 novembre, 2008, in cui la stessa Suprema Corte, ma in quel caso a Sezioni Unite, depositava quattro sentenze (n. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008 Pres. Carbone Rel. Preden), con le quali veniva chiarito, non solo cosa dovesse intendersi per "danno non patrimoniale", ma anche come dovesse essere risarcito, liquidato e provato in giudizio.

³ Le questioni sono state individuate, dal gruppo di lavoro, tra le liti pendenti dinanzi alla Corte, nonché facendo ricorso ai poteri straordinari di impugnazione, che la legge attribuisce al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, invertendo il normale rapporto ricorso – decisione di legittimità; successivamente, i ricorsi sono stati trattati nelle pubbliche udienze del 2, 3 e 4 luglio 2019 da cui le dieci "sentenze-pilota" pubblicate l'11 novembre scorso.

Ci si è domandati come mai un simile intervento non sia stato affidato alle Sezioni Unite; ebbene – come ha spiegato il Presidente titolare della Terza Sezione Civile, il dott. Angelo Spirito, al convegno del 27 novembre, tenutosi nell'Aula Magna della Suprema Corte – la risposta è che un intervento delle Sezioni Unite non era necessario: le sentenze depositate l'11 novembre scorso non hanno superato le cd. sentenze di San Martino, ma le hanno "attualizzate" ad undici anni dalla loro pubblicazione.

La pronuncia n. 28985 si occupa del concorso informato⁴, stabilendo che la violazione da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute e un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, rinvenibile quando, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. Il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione, che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, pur necessario ed anche se eseguito *'secundum legem artis'*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente, ossia senza un consenso consapevolmente prestato, dovrà conseguire alla allegazione del relativo pregiudizio ad opera del paziente, riverberando il rifiuto del consenso alla pratica terapeutica sul piano della causalità giuridica ex art. 1223 c.c. e, cioè, della relazione tra evento lesivo del diritto alla autodeterminazione – perfezionatosi con la condotta omissiva in violazione dell'obbligo informativo preventivo – e conseguenze pregiudizievoli che da quello derivano secondo un nesso di regolarità causale.

La pronuncia n. 28987 riguarda l'azione di rivalsa⁵ nel regime anteriore alla L. n. 24 del 2017, nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico. La responsabilità, per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo, deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale, a meno che dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione.

La pronuncia n. 28988⁶, concerne la personalizzazione del risarcimento, ossia il Collegio stabilisce a quali condizioni la misura standard di risarcimento (previsto

⁴ M. FOGLIA, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it; S. CACACE, *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019*, in *Danno e Resp.* 1/2020,11

⁵ F. CERIA, *L'azione di rivalsa della struttura nei confronti del medico: contenuti, limiti e onere della prova*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it; A. D'ADDA, *I limiti alla rivalsa della struttura sanitaria sul medico (e del debitore sul proprio ausiliario): la Suprema Corte si confronta con il sistema della responsabilità civile*, in *Danno e Responsabilità*, 1/2020.

⁶ G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*, in *Danno e Responsabilità* 1/2020 ; P.

dalla legge o stabilita in via equitativa dal giudice secondo il sistema del cd. punto variabile) può essere aumentata: posto che il grado di invalidità, indicato dal barème medico-legale, è già espressione delle conseguenze normalmente ed inevitabilmente prodotte dalla lesione. La cd. personalizzazione del risarcimento, dunque, può essere adoperata esclusivamente al fine di tener conto dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale e che costituiscono circostanza eccezionale prodotta dalla lesione.

La pronuncia n. 28989, si occupa del c.d. danno parentale⁷, stabilendo che ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale da perdita di persona cara, la congiunta attribuzione del danno morale (non altrimenti specificato) e del danno da perdita del rapporto parentale costituisce indebita duplicazione di risarcimento, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita (sul piano morale soggettivo), e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita (sul piano dinamico-relazionale), rappresentano elementi essenziali dello stesso complesso e articolato pregiudizio, destinato ad essere risarcito, sì integralmente, ma anche unitariamente. Allo stesso modo, in virtù del principio di unitarietà e onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, deve escludersi che, al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza del fatto illecito di un terzo, possano essere liquidati sia il danno da perdita del rapporto parentale che il danno esistenziale, poiché il primo già comprende lo sconvolgimento dell'esistenza, che ne costituisce una componente intrinseca.

La decisione n. 28990⁸ riguarda, oltre i profili più avanti illustrati, l'applicabilità o meno della legge cd. Balduzzi (decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 convertito con modificazioni nella legge 8 novembre 2012, n. 189) ai giudizi già pendenti. Partendo dal presupposto che la legge del 2012 non modifica *ex tunc* gli elementi costitutivi della fattispecie, ma impone l'applicazione anche al campo della responsabilità sanitaria delle Tabelle elaborate sulla scorta degli artt. 138 e 139 cod. ass., in materia di risarcimento per sinistri da circolazione stradale, il Collegio stabilisce che, fermo il limite del giudicato interno sul *quantum*, la legge cd. Balduzzi trova applicazione anche ai giudizi pendenti, relativi a fatti anteriori

ZIVIZ, La personalizzazione del danno non patrimoniale derivate da lesione alla salute, in www.rivistaresponsabilitamedica.it.

⁷ S. ROSSI, *La Cassazione torna sul danno parentale*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it

⁸ S. CORSO, *Sulla "retroattività" dei nuovi criteri di valutazione del danno biologico nell'ambito della responsabilità medica*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it

alla sua entrata in vigore, avendo riguardo esclusivamente ai criteri di liquidazione del danno non patrimoniale.

La pronuncia, n. 28993, concerne il danno da perdita di *chance*⁹ a carattere non patrimoniale, che viene individuato nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente – secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica – alla condotta colposa del sanitario ed integrante evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa), soltanto ove la perdita possibilità sia apprezzabile, seria e consistente.

La pronuncia n. 28994¹⁰, infine, ribadisce l'irretroattività relativa alle norme sostanziali, contenute nella l. 189/2012 e nella l. 24/2017, e la retroattività delle disposizioni le quali affermano l'applicazione, in punto di liquidazione del danno, degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private.

2. Le fonti delle obbligazioni e la natura della responsabilità medica: evoluzione giurisprudenziale e normativa.

Al fine di affrontare lo specifico tema relativo all'onere probatorio del nesso di causalità, in materia di responsabilità medica, alla luce dell'intervento nomofilattico della III sezione, è opportuno ripercorrere sommariamente l'evoluzione giurisprudenziale e normativa di tale peculiare responsabilità, nonché inquadrare quest'ultima quanto alla sua natura giuridica.

Ed invero, è noto come la responsabilità medica, seppur in un primo momento considerata quale ipotesi di responsabilità extracontrattuale¹¹, sia stata ricondotta tradizionalmente nell'ambito della c.d. responsabilità da contatto sociale¹².

A questo punto, occorre porre in essere alcune brevi considerazioni circa l'istituto della responsabilità nel nostro ordinamento giuridico.

L'art 1173, nell'elencare le fonti delle obbligazioni, chiude con una definizione senza dubbio molto elastica, da vera e propria norma di chiusura, in quanto

⁹ R. PUCELLA, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances* in *Danno e Resp.*, 1/2020.

¹⁰ P. ZIVIZ, *Irretroattività delle norme relative alla qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria* in www.rivistaresponsabilitamedica.it

¹¹ Cass. Civ. Sez. III, 24 marzo 1979 n. 1716, in *Giust Civ.*, 1979,1440, I

¹² C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss.

affianca a quelle *ex contractu* ed *ex delictu*, anche "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"¹³.

Come noto, quindi, il legislatore prevede due tipi di responsabilità: la responsabilità contrattuale (o da inadempimento di una preesistente obbligazione) e la responsabilità aquiliana.

La principale differenza che intercorre tra i due modelli di responsabilità risiede nel fatto che la responsabilità aquiliana, disciplinata agli artt. 2043 e seguenti del c.c., tutela le violazioni del principio del "*neminem laedere*" (cioè della generica lesione dell'altrui diritto) a prescindere da un'obbligazione preesistente tra danneggiante e danneggiato.

Al contrario, la responsabilità contrattuale, disciplinata all'art. 1218 c.c., trova il suo fondamento proprio in un'obbligazione puntuale e preesistente tra debitore e creditore¹⁴.

La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ha evidente rilevanza pratica, in considerazione del diverso regime della prescrizione, decennale nel primo caso, e quinquennale nel secondo, nonché del diverso regime della mora del debitore in quanto la mora, nella responsabilità ex 2043 c.c., opera automaticamente. Ulteriore differenza si rinviene quanto al concetto di danni risarcibili, perché l'art 1225 c.c. limita il risarcimento al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione, allorché non sia ravvisabile, nella condotta del debitore, né dolo, né colpa, mentre tale criterio della prevedibilità del danno non si applica alla responsabilità extracontrattuale. Ne consegue che, posto che l'articolo 2056 c.c. non richiama l'articolo 1225, il risarcimento nell'illecito extracontrattuale è dovuto anche per i *danni non prevedibili* mentre, nell'inadempimento contrattuale, i danni non prevedibili sono risarcibili solo se l'inadempimento è doloso.

¹³ G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, VI^a ed., Padova, 2009, p. 421 e ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 149 e ss. ; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

¹⁴ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953 I, p. 108 secondo cui il torto può essere definito come "contrattuale" se «è preceduto e qualificato da un rapporto di obbligazione, qualunque possa esserne la fonte», o come extracontrattuale o aquiliano «se questo rapporto manca», ed è qualificato «dalla inosservanza di un dovere di rispetto dell'interesse altrui». Quindi, le due situazioni sono nettamente distinte: «nell'una il torto consiste nell'inadempimento (imputabile) che si contrappone alla sopravvenuta impossibilità di prestare dipendente da causa non imputabile al debitore; nell'altra, invece, il torto consiste nell'indebita invasione della sfera d'interessi altrui»; C. BIANCA, *Diritto civile, volume V, Le responsabilità*, Giuffrè, 2019 ; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 484;

L'altra differenza, che si mette in evidenza tra i due modelli di responsabilità, risiede nella diversità dell'onere probatorio: già la formulazione letterale, per un verso dell'art. 2043 c.c., per altro verso, dell'art. 1218 c.c. indica come il legislatore richieda un onere probatorio differente. Laddove si verta in tema di responsabilità aquiliana, a mente dell'art. 2043 c.c., sarà il danneggiato a dover provare il rapporto di causalità intercorrente tra fatto e danno, nonché la sussistenza del dolo o della colpa in capo al danneggiante. In tema di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., invece, il danneggiato deve solo provare il fatto dell'inadempimento e il danno arrecato, mentre spetta al debitore inadempiente provare che l'inadempimento non è lui imputabile.

Premessa tale distinzione, si rammenta come, a partire dal 1999, la giurisprudenza¹⁵ abbia accolto la teoria dei rapporti contrattuali di fatto nel nostro ordinamento e abbia stabilito che le regole della responsabilità contrattuale si applicano anche ai rapporti che nascono da contatto sociale; in particolare, con la sentenza Cass. Sez. III, n. 589/1999¹⁶, tale nozione è stata applicata al rapporto tra il medico del pronto soccorso, dipendente di un ente ospedaliero, e il paziente.

Tra il medico e il paziente, infatti, ancorché non sia stato stipulato alcun contratto, ricorre comunque un rapporto giuridico particolare, che non può essere ricondotto all'articolo 2043¹⁷. Quest'ultima norma, infatti, disciplina i casi in cui tra il soggetto danneggiante e danneggiato non esiste alcun rapporto, se non un generico dovere di *neminem laedere*; si tratta in sostanza di un rapporto

¹⁵ Il contatto sociale è stato rinvenuto dalla giurisprudenza di legittimità anche in relazione ad altre fattispecie quali: il rapporto insegnante-alunno, con particolare riguardo alle autolesioni del medesimo (Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346); nel caso della banca che paga l'assegno ad un soggetto non legittimato (Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712); in caso di responsabilità del mediatore 'tipico', il quale agisce in assenza di qualsiasi mandato e pone in essere un'attività giuridica in senso stretto, che instaura un contatto sociale qualificato (Cass. Civ., 14 luglio 2009, n. 16382); in caso di responsabilità precontrattuale (Cass. civ., sez. I, sent. 12 luglio 2016, n. 14188);

¹⁶ Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589 con commento di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corriere Giuridico*, 1999, 4, 448. Si profila, in definitiva, una "responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale" (Cass. n.589/1999).

¹⁷ A. MASONE, *La responsabilità del medico come responsabilità di tipo contrattuale*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2015, 1.

tra sconosciuti, ove uno dei due ha danneggiato l'altro. Il medico e il paziente invece, ancorché il medico sia un dipendente ospedaliero, non possono essere trattati come due sconosciuti; in particolare il medico "non è un *quisque de populo*" tenuto all'obbligo di non danneggiare l'altro, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento; al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l'azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente e ad operare affinché avvenga la guarigione.

Deve, inoltre, considerarsi che l'obbligazione di risarcire il danno in caso di inadempimento contrattuale, prevista e disciplinata dall'[articolo 1218](#), non nasce solo dall'inadempimento di un contratto in senso stretto, ma anche da fonti non contrattuali: l'articolo 1173 prima citato, infatti, è esplicito in tal senso, stabilendo che l'obbligazione possa nascere da contratto, da fatto illecito, ma anche da ogni altro atto o fatto idoneo per l'ordinamento a produrre obbligazioni. Il rapporto contrattuale di fatto è, quindi, uno dei quegli altri atti o fatti idonei per l'ordinamento a costituire fonte di un'obbligazione.

Occorre sottolineare che il contatto sociale, per essere inteso quale quasi contratto (e non come mero torto) e ingenerare, in caso di violazione, una responsabilità contrattuale (e non aquiliana), deve atteggiarsi come qualificato: difatti, non ogni contatto sociale, inteso come interazione tra soggetti, può dar luogo ad una responsabilità contrattuale da contatto, ma deve essere preordinato al perseguimento di uno specifico scopo che generi l'affidamento di una parte circa la correttezza e buona fede della controparte. Solo ove sussistano i predetti caratteri, il contatto sociale fa insorgere obblighi di protezione non legati ad obblighi di prestazione, la cui violazione sfocia in una responsabilità contrattuale.

Nello specifico settore medico, come da alcuni affermato, vi è un tratto peculiare e caratterizzante del contatto sociale, costituito dall'affidamento che il paziente ripone in un soggetto, come il medico, che esercita una delle c.d. professioni protette, e che ha per oggetto la tutela di beni garantiti a livello costituzionale; si tratta di un affidamento che la dottrina assume discendere dal peculiare *status* professionale da questi rivestito e derivante dal ruolo che il soggetto medesimo svolge, che determina il sorgere di specifiche aspettative di condotta, connotate da un evidente carattere di obbligatorietà.¹⁸

¹⁸ F. ZAULI, *Responsabilità professionale da contatto sociale del medico ed inadempimento contrattuale della clinica*, in *La Responsabilità Civile*, 2011, 6, 431;

Questa soluzione della questione ovviamente riverbera i suoi effetti sul regime applicabile alla responsabilità, in particolare sulla ripartizione dell'onere probatorio e sul termine di prescrizione.

In un primo momento, dunque, dottrina e giurisprudenza, declinavano la responsabilità medica nell'orbita dell'articolo 2043 c.c. La *ratio* è di facile intuizione, si voleva tutelare il sanitario, affibbiando un onere probatorio più greve al paziente/danneggiato e un termine prescizionale più breve per esercitare l'azione da parte dello stesso.

Detta teoria venne ribaltata successivamente, sia dalla giurisprudenza e sia dalla dottrina, con l'accoglimento della teoria del contatto sociale qualificato. Discende da ciò un onere probatorio per il paziente meno severo, in quanto egli deve solamente dimostrare il titolo su cui si fonda la sua domanda, ossia l'esistenza del contatto sociale, limitandosi ad allegare l'inadempimento del sanitario. Il medico, invece, deve dimostrare di aver agito con diligenza, perizia e prudenza, e che il danno non è dipeso dalla sua condotta inadempiente, ma dal caso fortuito o dalla forza maggiore.

Il legislatore del 2012, con la legge "Balduzzi"¹⁹, ha messo in discussione l'approdo cui era giunta la giurisprudenza di legittimità qualificando, all'articolo 3 della summenzionata legge, la responsabilità civile per colpa lieve come extracontrattuale.

La *ratio* che ha spinto il legislatore era volta a contrastare il fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva", determinato dal timore dei professionisti sanitari di incorrere in processi penali e in cause civilistiche di natura risarcitoria.

A seguito della promulgazione della L. 189/2012, tuttavia, si è registrato un contrasto giurisprudenziale tra coloro i quali hanno ritenuto che il richiamo all'articolo 2043 c.c., contenuto nell'articolo 3 della legge "Balduzzi", indicasse la

¹⁹ R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in Resp. civ. prev., 2013 pag.1 e ss.; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, Maggioli Editore, 2013; F. AGNINO, *La responsabilità medica ed evoluzione giurisprudenziale: resiste la teoria del contatto sociale anche dopo il decreto Balduzzi*, in Ridare; R. BREDA, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. Legge Balduzzi*, in riv. it. med. leg., 2013, pag. 751 e ss; D. POTETTI, *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale civile dopo il d.l. n.158 del 2012*, in Giur merito, 2013, pag. 1744; P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in resp. civ e prev., 2014 pag.1040; G. SILECI, *La legge Balduzzi: un'occasione per rivedere sulla responsabilità medica da contatto sociale*, in Ridare, 23 febbraio 2015; A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in Nuova giur. civ. comm., 2014, II, 15; R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art.3 del d.l. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in Contr. e impresa, 2014,123 e ss..

natura extracontrattuale della responsabilità sanitaria per colpa lieve e chi, invece, non lo riteneva idoneo a suffragare un mutamento prospettico nel modo di intendere tale forma di illecito²⁰.

Successivamente, il legislatore, con la legge n. 24 del 2017 (Legge Gelli-Bianco)²¹, ha messo fine agli accesi dibattiti che si erano sollevati a seguito della legge "Balduzzi", arrivando ad affermare che vi è un duplice binario di responsabilità, contrattuale ex articolo 1218 c.c. per la struttura sanitaria, in ragione del rapporto di speditività con il paziente, ed extracontrattuale per il medico che esercita la professione nella stessa.

In conclusione, fino alla introduzione della Legge Gelli-Bianco la responsabilità derivante da errore medico nei confronti del paziente, nonostante il richiamo all'art. 2043 della L. Balduzzi, veniva ricondotta in ogni caso sotto il regime dell'art. 1218 c.c.: quella della struttura sanitaria, in quanto con questa il paziente ha stipulato un contratto di speditività; quella del medico dipendente dalla struttura sanitaria, in forza della sussistenza di un contatto sociale qualificato.

La Legge Gelli-Bianco, per abbattere il rischio di una medicina difensiva e per introdurre un modello di responsabilità meno gravoso nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, ha espressamente stabilito la natura aquiliana della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per i danni cagionati per effetto del suo operato.

²⁰ La giurisprudenza, nonostante il richiamo dell'art. 3 della Legge Balduzzi all'art 2043 c.c., ha continuato a qualificare la responsabilità medica quale ipotesi di responsabilità contrattuale. Cass., 17 aprile 2014, n. 8940 in *Resp. civ e prev.*, 3/2014, pag. 803 secondo cui «L'articolo 3, comma 1, della legge n. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c., poiché in *lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni».

²¹ M. FRANZONI, *La responsabilità civile del personale medico dopo la legge Gelli*, in Istituzioni del Federalismo, 2017, n. 2; P. GATTARI *Prime riflessioni sulla riforma della responsabilità civile da attività sanitaria (Legge 8 marzo 2017 n. 24)* in *Questione giustizia*, 25 maggio 2017; R. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli*, in *La nuova procedura civile*, 2, 2017; C. NUZZO, *Responsabilità medica: questioni di diritto intertemporale e fatti ante Legge Gelli Bianco*, in *Giuricivile*, 2018, n. 5

Con riguardo al regime intertemporale, si rammenta, infine, che le sentenze 28990 e 28994 del 2019 hanno chiarito che le norme sostanziali contenute nella L. n. 189 del 2012, al pari di quelle di cui alla L. n. 24 del 2017, non hanno portata retroattiva, e non possono applicarsi ai fatti avvenuti in epoca precedente alla loro entrata in vigore, a differenza di quelle che, richiamando gli artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni private in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi²².

3) L'onere probatorio nel regime della responsabilità professionale: superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. SS.UU. 13533/2001 e 577/2008.

In merito alla ripartizione dell'onere probatorio in materia di responsabilità professionale è possibile distinguere due tappe fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale: *ante* e *post* intervento delle Sezioni Unite con la sentenza n. 13533/2001.

Prima delle SS.UU. 2001, si distingueva tra obbligazioni di mezzi e di risultato: nelle obbligazioni di risultato, il debitore è tenuto a raggiungere un certo scopo corrispondente all'interesse del creditore, lo sforzo di diligenza, pertanto, non rileva di per sé ma in via strumentale al perseguimento dello scopo stesso; nel caso di obbligazione di mezzi, invece, lo sforzo di diligenza rileva in sé costituendo l'essenza stessa del comportamento esecutivo a prescindere dal risultato ottenuto.

A fronte di tale suddivisione²³, la prestazione medica è stata concepita per lungo tempo come un'obbligazione di mezzi.

²² L. CALVAGNA, *La nuova responsabilità sanitaria e la questione dell'applicabilità della stessa a fatti antecedenti la sua entrata in vigore: la Legge Gelli-Bianco (n. 24/2017) si applica anche ai procedimenti pendenti?*, in *La Nuova Proc. Civ.*, 6, 2018.

²³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 e ss., secondo cui, nelle obbligazioni di mezzi, l'interesse protetto si presenta come strumentale all'interesse-presupposto, ma ciò non comporta certo l'assenza di un risultato, il quale, tutt'al contrario, c'è ma non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore e quel che il creditore ha diritto ad attendersi consiste nella "produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento". Tale distinzione, risalente alla dottrina francese, trova fondamento da considerazioni di carattere pratico, secondo cui le prestazioni professionali intellettuali sono dirette ad un risultato risetto al quale è difficile garantire la realizzazione, in quanto aleatoria ed incerta, poiché dipende anche da circostanze che sfuggono alla sfera di controllo del professionista.

Sulla base di ciò, l'orientamento giurisprudenziale prevalente riteneva che l'obbligazione di mezzi, per definizione, non poteva prevedere un risultato, neppure intermedio, ma aveva come contenuto indefettibile la diligenza da valutarsi in relazione alla natura dell'attività esercitata.

A questa distinzione conseguirebbero differenze proprio in ordine alla prova dell'inadempimento, spettando in caso di obbligazioni di mezzi al creditore di dare la prova della negligenza del debitore, laddove per le obbligazioni di risultato varrebbe invece la regola di cui all'art 1218, sicché una volta dimostrato il titolo della pretesa contrattuale, sarebbe stato onere del debitore provare che il risultato era stato raggiunto ovvero non era stato raggiunto per causa a sé non imputabile.

L'assunto muoveva per un verso, dal dato letterale dell'art. 1176 c.c.; per altro verso, dalle prescrizioni contenute nell'art. 2236 c.c. In particolare, l'art. 1176, comma 2, c.c., prevede che, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi non con riferimento al modello del buon padre di famiglia (cioè la diligenza dell'uomo medio, ragionevolmente scrupoloso), bensì con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Inoltre, l'art. 2236 c.c., in tema di responsabilità del prestatore d'opera, prevede che, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (per imperizia).

Sulla base del combinato disposto degli articoli 1176, comma 2, c.c. e 2236 c.c., tenuta nella debita considerazione la qualificazione della prestazione del medico come obbligazione di mezzi, si giungeva alla conclusione per cui la prova, che il medico doveva fornire, era incentrata sull'art. 1176 c.c., e quindi sullo sforzo diligente.

Sotto il profilo dell'onere della prova, dunque, la distinzione implicava che mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombe l'onere della prova che il mancato risultato sia dipeso da scarsa diligenza; nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombe l'onere della prova che il mancato risultato sia dipeso da causa a lui non imputabile. In altri termini, il medico doveva provare esclusivamente la diligenza richiesta dall'art. 1176, secondo comma, c.c.

Nella pratica, le problematiche più evidenti nascevano nell'ipotesi di inesatto adempimento dell'obbligazione: la giurisprudenza si chiedeva chi dovesse provare l'inesattezza. L'inesattezza, nel caso delle obbligazioni di mezzi, si rinveniva nella negligenza. Dunque, era il creditore a dover provare la negligenza, cioè colui che agiva doveva provare l'inesattezza della prestazione. Sulla base di siffatto approdo giurisprudenziale, di fatto, il medico non solo era sottratto al regime di cui all'art. 1218 c.c., ma non doveva provare alcunché.

Atteso quanto sopra, l'importanza di tale distinzione, secondo la tradizionale lettura, condizionava in maniera determinante la ripartizione dell'onere della prova. In caso di mancato od inesatto adempimento: nelle obbligazioni di mezzi, l'onere probatorio era posto in capo al creditore (il cliente), nelle obbligazioni di risultato, invece, l'onere probatorio gravava in capo al debitore (colui che doveva svolgere la prestazione).

In definitiva, mentre ai sensi dell'art.1218 c.c. sul creditore incombe l'onere di provare il titolo (contratto) dal quale scaturisce l'obbligazione e la scadenza del termine (se previsto) per l'adempimento, limitandosi ad allegare l'inadempimento (gravando ex adverso sul debitore l'onere della prova del fatto estintivo dell'obbligazione: adempimento o impossibilità sopravvenuta della prestazione); nel caso di obbligazioni di mezzi, il creditore è altresì tenuto a provare l'inesatto adempimento.

Tale onere subiva, tuttavia, un temperamento nel caso di interventi operatori di routine o comunque di non difficile esecuzione ai quali consegua un risultato (inaspettatamente) peggiorativo delle condizioni finali del paziente²⁴. Più specificamente, l'onere della prova è stato ripartito tra le parti nel senso che:

- *spetta al medico provare che il caso è di particolare difficoltà e al paziente l'inesatto adempimento del medico, ovvero le modalità di negligente esecuzione dell'intervento;*
- *ovvero, spetta al paziente provare che si tratta di un intervento di routine, o comunque di facile esecuzione, dal quale è derivato un esito peggiorativo e al medico fornire la prova liberatoria dell'esatto adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.*

²⁴ *In tali casi, infatti, la Cassazione ha più volte affermato che "la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevedibile" (Cass. n. 6141/1978; Cass. n. 6220/1988; Cass. n. 3492/2002).*

La distinzione tra intervento di routine e intervento complesso implica, dunque, che nel primo caso si presume che l'eventuale esito infausto sia addebitabile ad un errore terapeutico grave del medico, avente rilevanza causale nella produzione dell'evento mortale; al paziente basta dimostrare la facilità dell'intervento perché si presuma l'esistenza di un errore terapeutico. Viceversa negli interventi complessi vale la presunzione opposta: al medico dunque è sufficiente provare la complessità dell'intervento per escludere la propria responsabilità.

Orbene, fino al 2001 (Sez. Un. n. 13533/2001), la giurisprudenza affermava che il creditore che lamentasse l'inesattezza della prestazione doveva non solo allegare, ma anche provare la sussistenza dei vizi, è facile comprendere che, grazie alla dicotomia mezzi/risultato, il debitore di una prestazione di mezzi finiva per essere trattato, ai fini della responsabilità, come un danneggiante aquiliano. Era il creditore a dover dimostrare, oltre al danno e al rapporto di causalità, anche l'inesatto adempimento (e, quindi, la negligenza) del debitore.

I suddetti risultati sono stati riletti alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 13533²⁵, del 30 ottobre 2001, in tema di onere della prova. La giurisprudenza, infatti, ha stabilito che, indipendentemente dal tipo di azione promossa (esatto adempimento, risoluzione, risarcimento ed inesatto adempimento), il creditore deve provare il titolo (ossia la fonte: es. contratto, od altro atto o fatto idoneo) che dà origine al credito, ed allegare l'altrui inadempimento; spetta, invece, al debitore dimostrare l'adempimento o comunque l'impossibilità sopravvenuta di adempiere a sé non imputabile²⁶.

La necessità di non differenziare il riparto dell'onere probatorio in base al tipo di azione esperita, deriva dalla circostanza che l'inadempimento costituisce presupposto comune alla domanda di adempimento, a quella di risoluzione, e a quella di risarcimento del danno: tutte e tre le azioni sono, infatti, funzionali alla statuizione che il debitore non ha adempiuto e le ulteriori pronunce – queste si differenziano in base all'azione esperita – sono consequenziali a detta statuizione²⁷. Le Sezioni Unite, inoltre, hanno affermato che, anche con riguardo all'inesatto adempimento, valgono le medesime regole probatorie, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

²⁵ Cass. SS.UU., 30 novembre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 12, 2001, 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in Nuova giur. civ. comm., 2002, I, 349.

²⁶ La S.C. ha chiarito, inoltre, che eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno, si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione; che le regole di riparto indicate non trovano, peraltro, applicazione nell'ipotesi di inadempimento di obbligazioni negative. Nel caso delle obbligazioni negative, invero, è più facile per il creditore provare il fatto (positivo) dell'inadempimento (ad es. aver costruito a fronte dell'obbligo di non costruire), piuttosto che, per il debitore, provare il fatto (negativo) dell'adempimento (ossia non aver costruito).

²⁷ Il punto di partenza del ragionamento della S.C. è costituito dall'art. 2697 c.c., a mente del quale grava sull'attore l'onere di fornire la prova del diritto fatto valere, e a carico del convenuto, l'onere di dimostrare i fatti modificativi o estintivi del diritto stesso; da questa disposizione normativa la Suprema Corte ha ricavato il principio della presunzione di persistenza del diritto, secondo cui, una volta provata da parte del creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto, entro un certo termine, grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, rappresentato dall'adempimento. Altro principio evocato dalle Sezioni Unite è quello di riferibilità o di vicinanza della prova, in forza del quale "l'onere della prova viene ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione". Risulta coerente con tale principio porre la prova dell'adempimento, ossia del fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, a carico del debitore convenuto, che ben potrà dare la prova diretta e positiva di un fatto riferibile alla sua sfera d'azione.

Applicando detti principi alla responsabilità professionale del medico, viene superata la distinzione tra prestazione di facile esecuzione-routine e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà. Ne consegue che il paziente dovrà provare la fonte da cui deriva il proprio diritto alla prestazione sanitaria, contratto o contatto sociale qualificato, ed il danno che ne è derivato; non deve invece provare l'errore terapeutico, bensì solo allegarlo. Al medico spetterà invece la prova di aver tenuto un comportamento diligente e di non aver commesso alcun errore che abbia avuto rilevanza nella produzione dell'evento lesivo.

Il creditore, anche nel caso di obbligazioni di mezzi, dovrà limitarsi a provare il titolo del proprio credito e ad allegare l'inadempimento del debitore, gravando sempre e comunque su quest'ultimo la prova dell'esattezza dell'esecuzione. Applicando tali coordinate nell'ambito della responsabilità medica, il paziente danneggiato deve provare la fonte da cui deriva il proprio diritto alla prestazione sanitaria e il danno che ne è derivato, mentre l'errore terapeutico andrà solo allegato e non provato²⁸.

Con la sentenza della Cass. SS.UU. 2008²⁹, la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato cade definitivamente, perché si chiarisce che la prestazione non è mai solo sforzo diligente o solo risultato, posto che la diligenza è sempre finalizzata a soddisfare l'interesse del creditore ex 1174 c.c..

Viene, infatti, recepito dalla giurisprudenza il superamento della suddetta classificazione³⁰: tutte le obbligazioni hanno un risultato, il che è confermato dalla lettera dell'art. 1174 c.c., che parla di "interesse del creditore", che sicuramente può assumere forma di interesse finale o intermedio³¹.

La Suprema Corte a Sezioni Unite chiarisce che : « in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo. » Sulla base di ciò, si è, quindi, affermato che il debitore, quale che sia l'obbligazione, risponde ex art. 1218 c.c., anche sul punto in termini di onere della prova. Il che significa, con riferimento al caso di cui ci occupa, che la responsabilità e l'onere probatorio del debitore (medico) non può trovare fondamento nell'art. 1176 c.c., bensì nell'art. 1218 c.c..

²⁸ La differenza con le obbligazioni di risultato è attenuata, ma sopravvive: nelle obbligazioni di risultato, infatti, non basta la prova di essere stati diligenti, ma, ex art. 1218 c.c., l'onere liberatorio si articola su tre passaggi: 1) dimostrare che la prestazione è divenuta impossibile; 2) individuare

la causa (che quindi non può rimanere ignota) che ha determinato tale impossibilità; 3) provare che il verificarsi di quella causa non è imputabile al debitore (e che quindi non è dipesa da sua colpa).

²⁹ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 in Resp. civ. prev., 2008, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/ di risultato*; Sulla tramontata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato vedasi anche S.U. 28.7.2005, n. 15781 in Resp. Civ. 2006, 229 con nota di G. FACCI, *L'obbligazione di risultato del progettista al vaglio delle sezioni unite*.

³⁰ A. NICOLUSSI *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico* in *Danno e Responsabilità* 8-9/2008 pag. 874, ritiene che "Uno degli equivoci che hanno ostacolato il riconoscimento del risultato nell'obbligazione del medico è la confusione tra risultato dovuto e realizzazione dell'interesse finale del paziente, la quale invece spesso non è che, potenzialmente e in concorso con altri fattori, il «risultato del risultato» dovuto dal medico. Ma anche un risultato intermedio è pur sempre un risultato." ; F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 85 e segg.

³¹ G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili o non governabili*, in *Contratto e Impr.*, 2016, 6, 1391, suggerisce una rilettura della distinzione classica tra obbligazioni di mezzi e risultato, rilevando come in ogni attività esistano prestazioni che possono essere promesse, perché governabili dal debitore, ed altre che invece sfuggono al suo controllo e sono perciò non governabili, riguardo al risultato finale, ma non al risultato intermedio.

Trattandosi di responsabilità contrattuale, circa l'onere della prova, il creditore deve provare il titolo (ad esempio il contratto) da cui deriva l'obbligazione inadempita o ritardata ed allegare il danno. Il debitore (ovvero, il medico) dovrà provare: anzitutto, che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità e spiegare (rectius, provare) l'impossibilità oggettiva della prestazione; in secondo luogo, una volta appurata l'impossibilità della prestazione, il medico dovrà spiegare che tale impossibilità è derivata da una causa a lui non imputabile, fornendo quindi la prova di aver ottemperato agli obblighi di diligenza (e perizia) prescritti dalla legge. In altri termini, il medico, dovrà esplicitare quei fattori causali estranei alla sua condotta che hanno ingenerato l'impossibilità della prestazione, provando l'interruzione del nesso di causalità (dovrà, in sostanza, provare il caso fortuito).

Le SS.UU., inoltre, chiariscono che «l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.» Ciò significa, per un verso, che «l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno»; per altro verso, che «comperà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.» In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, pertanto, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore-paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

Sul debitore-professionista, al contrario, l'onere della dimostrazione del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento, poiché la prova della diligenza non è sufficiente, dovrà provare il decorso causale che ha impedito il risultato, ossia spiegare perché la prestazione è divenuta impossibile, e quindi dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore.

Alla stregua dell'orientamento, inaugurato nel 2008, il paziente che abbia allegato un "inadempimento qualificato" è esonerato dall'onere di provare il nesso causale, costituendo una implicita conseguenza della prova liberatoria

addossata alla controparte, alla quale viene richiesto di dimostrare di avere esattamente adempiuto la prestazione sanitaria, oppure, in alternativa, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra il proprio inadempimento e la lesione lamentata dal paziente.³²

4) Le decisioni nn. 28991-28992/2019 della III sezione: il duplice nesso causale.

Dopo aver ricostruito, senza pretesa di esaustività ed ai fini di che trattasi, lo stato dell'arte in materia di responsabilità medica, soffermandosi, in particolare, oltre che sulla natura giuridica della stessa, sul riparto dell'onere probatorio delineato dalla giurisprudenza, è possibile analizzare *funditus* le recenti decisioni gemelle nn. 28991-28992, depositate dalla Suprema Corte lo scorso 11 novembre, nelle quali viene affrontato il tema del rapporto tra causalità materiale e inadempimento.

Si rammenta come duplice sia la funzione che la causalità svolge, nel sistema della responsabilità civile, in quanto, tramite la stessa, per un verso si imputa il fatto illecito al soggetto che se ne ritiene responsabile e, per l'altro, si stabiliscono le conseguenze pregiudizievoli del fatto, che si traducono nel danno risarcibile³³. Ne consegue che il nesso di causalità serve non solo a ricostruire gli eventi ed a collegare il danno con il soggetto che di esso si ritiene responsabile, ma anche a delimitare l'area del danno effettivamente risarcibile.

La Corte osserva che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità ed imputazione.

La causalità attiene al collegamento naturalistico fra fatti accertato sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali. Essa

³² Secondo M. MAGLIULO- R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e Responsabilità* 2/2019, p. 262 «Il senso dell'introduzione dell'onere di allegare un inadempimento "qualificato" sembra essere proprio quello di chiarire che il meccanismo presuntivo può operare solo in presenza di un inadempimento che sia astrattamente efficiente ai fini della produzione del danno; dunque, non un qualsiasi inadempimento è rilevante e atto a fondare l'inversione dell'onere della prova, ossia la presunzione di causalità tra la condotta inadempiente e il danno, ma solo un inadempimento che sia astrattamente idoneo a provocare quel danno.»

³³ G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 2019, pag. 1341; In dottrina contrari al doppio nesso di causalità: R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 13 ss. e S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 45 ss.

attiene alla relazione probabilistica (svincolata da ogni riferimento alla prevedibilità soggettiva) tra condotta ed evento di danno (e fra quest'ultimo e le conseguenze risarcibili), da ricostruirsi secondo un criterio di regolarità causale, integrato, se del caso, da quelli dello scopo della norma violata e dell'aumento del rischio tipico, previa analitica descrizione dell'evento³⁴, mentre su un piano diverso si colloca la dimensione soggettiva dell'imputazione. Quest'ultima corrisponde all'effetto giuridico che la norma collega ad un determinato comportamento, sulla base di un criterio di valore, che è rappresentato dall'inadempimento nella responsabilità contrattuale e dalla colpa o il dolo in quell'aquiliana (salvo i casi di imputazione oggettiva dell'evento nell'illecito aquiliano - artt. 2049, 2050, 2051 e 2053 c.c.).

La Corte rammenta come la causalità materiale si iscriva a pieno titolo anche nella dimensione della responsabilità contrattuale, stante la testuale conferma contenuta nell'art. 1227 c.c., comma 1, che disciplina proprio il fenomeno della causalità materiale rispetto al danno evento, sotto il profilo del concorso del fatto colposo del creditore, mentre il comma 2 attiene, come è noto, alle conseguenze pregiudizievoli del danno evento (c.d. causalità giuridica).

Ogni forma di responsabilità è dunque connotata dalla congiunzione di causalità ed imputazione.

La causalità materiale – che attiene al collegamento naturalistico tra fatti e regola il nesso tra condotta ed evento di danno – è elemento che spetta al creditore danneggiato dimostrare.

Nel quadro della responsabilità contrattuale³⁵ – osserva la Corte – ove la soddisfazione dell'interesse è affidata alla prestazione che forma oggetto

³⁴ Cass. civ. S. U. 11 gennaio 576 del 2008 in *Danno e responsabilità*, 2008, 10, 1011, con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*. Con tale sentenza si è statuito che, nell'ambito della responsabilità civile, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano (ad una valutazione *ex ante*) del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio".

³⁵ La Corte rammenta che «Il tratto distintivo della responsabilità contrattuale risiede nella premessa della relazionalità, da cui la responsabilità conseguente alla violazione di un rapporto obbligatorio. Il danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione non richiede la qualifica dell'ingiustizia, che si rinviene nella responsabilità extracontrattuale, perché la rilevanza

dell'obbligazione, la causalità materiale non sarebbe, in termini pratici, separabile dall'inadempimento, poiché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse protetto dal contratto e, dunque, al danno evento.

In quest'ambito, di causalità sarebbe lecito discorrere solamente nella sua accezione di causalità giuridica, ossia quale delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.).

Sul piano probatorio, rileva la Cassazione, al creditore danneggiato spetta solo allegare l'inadempimento e nulla più, posto che ciò significa anche allegare nesso di causalità materiale e danno evento³⁶.

Una tale impostazione può applicarsi, per il Collegio, al solo schema classico dell'obbligazione di *dare* o di *fare*, ma non a quella avente ad oggetto un *facere* professionale, perché qui la causalità materiale riacquista la sua funzione di elemento ricostruttivo della relazione tra condotta ed evento.

Infatti, nell'ambito nella prestazione di *facere* professionale il danno evento non si identifica nella lesione dell'interesse oggetto dell'obbligazione, ma nell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato.

Vi è, dunque, in ambito professionale un interesse primario ed un interesse strumentale; il medico non assume l'obbligo di far guarire il paziente, così come l'avvocato non garantisce la vittoria della lite; ma per quanto guarigione e vittoria della lite non siano dedotte in obbligazione, sono ciononostante tipicamente connesse all'interesse regolato.

Il danno evento, in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie, attinge non l'interesse affidato all'adempimento della prestazione professionale, ma quello presupposto corrispondente al diritto alla salute.

dell'interesse leso dall'inadempimento non è affidata alla natura di interesse meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico, come avviene per il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. (cfr. Cass. Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500), ma alla corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione (arg. ex art. 1174 c.c.). È la fonte contrattuale dell'obbligazione che conferisce rilevanza giuridica all'interesse regolato.»

³⁶ L'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento fa sì che tema di prova del creditore resti solo quello della causalità giuridica (oltre che della fonte del diritto di credito), perché, come affermato da Cass. Sez. U. 30 ottobre 2001 n. 13533 del 2001, è onere del debitore provare l'adempimento o la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione (art. 1218 c.c.), mentre l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solo allegato dal creditore. Non c'è, quindi, un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale, perché allegare l'inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento.

La conseguenza, secondo i giudici di legittimità, è che l'interesse dedotto in obbligazione ha natura strumentale rispetto all'interesse primario o presupposto (alla salute), il quale non cade nel motivo irrilevante, perché è connesso all'interesse regolato sul piano della programmazione negoziale e, dunque, attiene al motivo comune, rilevante a livello di causa del contratto. Poiché, in questo genere di obbligazione, il danno evento coincide con la lesione dell'interesse presupposto e non dell'interesse corrispondente alla prestazione, la lesione di quest'ultimo – e dunque l'allegazione di inadempimento – non significa ancora aver dimostrato il danno evento, il quale riguarda un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione.

Ne consegue la necessità per il creditore danneggiato di dimostrare il nesso di causalità materiale tra condotta e danno evento (e dunque lesione dell'interesse presupposto).

La Corte, poi, ritiene, che argomentando diversamente, cioè sostenendo che anche nell'inadempimento dell'obbligazione di diligenza professionale non emerga un problema pratico di causalità materiale e danno evento, vorrebbe dire implicitamente riconoscere che oggetto della prestazione è lo stato di salute, in termini di guarigione o impedimento della sopravvenienza, dell'aggravamento o di nuove patologie.

Atteso quanto sopra, la causalità materiale nella disciplina delle obbligazioni non è così soltanto causa di esonero da responsabilità per il debitore (art. 1218 c.c.), e perciò materia dell'onere probatorio di quest'ultimo, ma è nelle obbligazioni di diligenza professionale anche elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio, ove risulti allegato il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie.

Il creditore di prestazione professionale che allegi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (c.d. causalità giuridica), ma deve provare anche, avvalendosi eventualmente di presunzioni, il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità, impregiudicata la natura di inadempimento di quella condotta, inadempimento che al creditore spetta solo di allegare.

Una volta dimostrato, anche mediante presunzioni, il nesso eziologico tra condotta del debitore, nella sua materialità, e la lesione dell'interesse presupposto (e, dunque, l'aggravamento della condizione patologica o l'insorgenza di nuove patologie), sarà onere del danneggiante-debitore dare prova di avere adempiuto o della ricorrenza di una causa estranea, a lui non imputabile, che reso impossibile la prestazione.

Ne consegue l'emersione di un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo alla impossibilità di adempiere, a valle. Il nesso di causalità materiale, che il creditore della prestazione professionale deve provare, è quello fra intervento del sanitario e danno evento, in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie. Il nesso eziologico che, invece, spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, è quello fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176, comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218).

Se la prova della causa di esonero è stata raggiunta, vuol dire che l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia è eziologicamente riconducibile all'intervento sanitario, ma il rispetto delle *leges artis* è nella specie mancato per causa non imputabile al medico.

Ne discende che, se resta ignota, nonostante il ricorso a presunzioni, la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul creditore della prestazione professionale; se invece resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale, ovvero resta indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore.

La Corte, dunque, ammette espressamente di dare così continuità ad un orientamento della stessa, che nel tempo si è consolidato e secondo cui incombe sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e l'evento di danno, quale fatto costitutivo della domanda risarcitoria, non solo nel caso di responsabilità da fatto illecito, ma anche nel caso di responsabilità contrattuale (Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cui sono conformi: Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446).

Viene dunque affermato il principio secondo il quale: «ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione».

Emerge così, a parere della Corte, un duplice ciclo causale: il primo, relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore danneggiato, in quanto fatto costitutivo del diritto; il secondo, relativo all'impossibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore danneggiante, in quanto fatto estintivo del diritto. Di conseguenza, qualora al termine dell'istruttoria resti incerta la causa del danno o la (distinta) causa dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova graveranno sui soggetti rispettivamente onerati.

Le sentenze in oggetto, quindi, riprendono espressamente quanto già affermato in Cass., 26 luglio 2017, n. 18392³⁷, ritenendo che non solo il danno, ma anche la sua eziologia faccia parte del fatto costitutivo che incombe all'attore provare. Viene quindi riaffermato il principio per cui anche nelle cause di responsabilità medica il rapporto eziologico è elemento costitutivo del diritto al risarcimento del danno e dev'essere, pertanto, provato da colui che asserisce di esserne titolare, vale a dire il paziente, sulla scorta del principio generale consacrato dall'art. 2697 c.c.; con l'indefettibile corollario che la domanda risarcitoria dev'essere respinta nei procedimenti nei quali la causa del danno sia rimasta incerta al termine dell'istruttoria, ricadendo la cd. causa ignota sul paziente³⁸.

L'indirizzo giurisprudenziale³⁹, consolidatosi con l'intervento nomofilattico delle sentenze San Martino, tuttavia, sembra discostarsi vistosamente dal percorso tracciato, ormai una decina d'anni orsono, dalla già ricordata Cass., sez. un., n.

³⁷ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e Resp.*, 2017, 696 e segg., con commento di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?* e in *Foro It.*, 2018, I, 1348 e segg., con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità "materiale" e il rischio della c.d. "causa ignota" nella responsabilità medica*, in *Resp. Med.*, 2017, 527 e segg. con nota di R.V. NUCCI, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: "qualificato inadempimento" e prova del nesso causale*

³⁸ Secondo B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso* in *Danno e Resp.* 1/2018 p.20 lo spostamento del rischio della causa ignota sul creditore potrebbe fornire notevoli spunti circa una ricostruzione dell'art. 1218 in chiave soggettiva.

³⁹ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova* in *Giur. It.*, 3, 2019, 709 critica l'orientamento della Suprema Corte che ritiene il nesso di causalità nella responsabilità professionale del medico oggetto di prova distinta rispetto all'inadempimento o alla colpa, addossandone l'onere al creditore. In tal modo, secondo l'Autore, le due specie della responsabilità civile, contrattuale e aquiliana, non divergerebbero sul versante del requisito della causalità ed è questo, a suo parere, un esito sistematico di cui si può fondatamente dubitare. Il rischio paventato dalla dottrina, pertanto, è che si venga così a delineare un sottosistema autonomo di responsabilità civile, che attinge elementi tanto dalla responsabilità contrattuale quanto da quella aquiliana: ne conseguirebbe la possibilità per l'esercente la professione sanitaria di usufruire di un regime di responsabilità a sé stante.

577/2008. Secondo gli stessi Giudici si tratterebbe, tuttavia, di un contrasto solo «apparente» e invero riconcomibile alla luce di due ordini di ragioni⁴⁰.

In particolare, si richiama la diversa indagine causale spettante al creditore e al debitore dell'obbligazione di diligenza professionale. Da un lato, il creditore (paziente danneggiato) è tenuto a provare il nesso di causa materiale, quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità; dall'altro, sul debitore (medico e/o struttura sanitaria) incombe l'onere di provare il nesso di causa, relativo alla fattispecie estintiva dell'obbligazione. In questi termini, il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite n. 577 del 2008 non si pone in antitesi con la ricostruzione della III sezione: la causa, cui si fa riferimento nella citata sentenza a Sezioni Unite, non è quella della fattispecie costitutiva della responsabilità risarcitoria dedotta dal danneggiato, bensì quella della fattispecie estintiva dell'obbligazione opposta dal danneggiante. Emerge, dunque, la distinzione tra causalità materiale (relativa all'evento) e causalità giuridica (relativa al danno) da un lato, e causalità relativa all'impossibilità della prestazione, dall'altro.

Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto)⁴¹.

Pertanto, il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo qualora risulti provato il nesso eziologico fra evento dannoso e condotta del

⁴⁰ M. FACCIOLI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sull'onere probatorio del nesso eziologico e sul rischio della "causa ignota" nella responsabilità medica* in www.elegal.it rammenta che, alla stregua del filone giurisprudenziale inaugurato dalla nota Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, l'esonero del paziente che abbia allegato un "inadempimento qualificato" dall'onere di provare il nesso causale costituisce una implicita conseguenza della prova liberatoria addossata alla controparte, alla quale viene richiesto di dimostrare di avere esattamente adempiuto la prestazione sanitaria oppure, in alternativa, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra il proprio inadempimento e la lesione lamentata dal paziente."

⁴¹ I. RICETTI, *Responsabilità della struttura sanitaria : non è più sufficiente la (già difficile) allegazione dell'inadempimento qualificato per soddisfare l'onere probatorio del danneggiato?* in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2, 2018, pag. 712. L'Autrice insiste su come ci si sia discostati dal principio di vicinanza della prova, in quanto "chiedere all'attore di delimitare il fondamento della propria domanda, non limitandosi ad allegare il danno subito, ma allegando altresì un inadempimento qualificato, risulti essere conforme ai principi informativi della materia; ma non altrettanto può dirsi per l'onere imposto al paziente di arrivare ad individuare quel preciso inadempimento che si ponga incontrovertibilmente in nesso di causa con il danno patito".

debitore. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari, sorge per il medico e/o la struttura sanitaria l'onere di provare che l'inadempimento è stato determinato da causa non imputabile.⁴²

La seconda ragione, per cui l'indirizzo in esame non contrasterebbe con le regole probatorie declamate da Cass., sez. un., n. 577/2008, risiede nel fatto che tali regole vennero affermate «a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato" allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi "più probabili" nel singolo caso di specie, la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già in sé quella del nesso causale, con la conseguenza che non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2, c.c. e non – si badi – la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.»⁴³.

Nonostante lo sforzo interpretativo della giurisprudenza, la dottrina solleva numerose perplessità circa la scomposizione del nesso eziologico in due segmenti⁴⁴, ritenendo addirittura che con tale orientamento, da ultimo riaffermato con le sentenze 28991-28992 del 2019, si è intrapreso un percorso che riporta indietro nel tempo di almeno quarant'anni gli orientamenti in tema

⁴² S. CAFARELLI, *L'onus probandi della causalità materiale nella responsabilità sanitaria e il rischio della c.d. "causa ignota"* in www.giustiziacivile.com, Gennaio 2020, secondo cui, ricomposto nei predetti termini il paventato contrasto, sembra condivisibile tale diverso orientamento, che valorizza la funzione di armonizzazione intrapresa dalle singole sezioni della Suprema Corte, in un'ottica di "nomofilachia dinamica". Il precedente delle Sezioni Unite non viene dunque "ribaltato" né tantomeno scalfito dalla ricostruzione de qua, bensì riletto in chiave evolutiva e adattato al contesto ordinamentale, sì da acquisire stabilità nel tempo.

⁴³ P. PROTO PISANI, INTERVENTO AL CONVEGNO DI NOTO DEL 9 GIUGNO 2018 *La responsabilità medica alla luce della legge "Gelli – Bianco": profili sostanziali* rileva che nella fattispecie all'esame delle Sezioni Unite, non avendo la struttura assolto all'onere probatorio a suo carico circa natura non infetta della sacca o l'adempimento agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue, quali quelli relativi alla identificabilità del donatore e del centro trasfusionale di provenienza (c.d. tracciabilità del sangue), si era in una situazione in cui, in base alle regole sull'onere della prova, poteva ritenersi raggiunta la prova della "trasfusione con sangue infetto", cioè dell'inadempimento, e, per presunzioni, anche la prova del nesso causale. Porre a carico della struttura l'esistenza di un'altra causa del contagio in questa sentenza significa, forse, porre a carico della struttura la prova contraria della raggiunta prova sul nesso causale.

⁴⁴ R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e Resp.*, 2018, 10 ss.

sia di responsabilità contrattuale, sia di (prova del) rapporto di causalità, sulla base di un'evidente confusione tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.).

Secondo tale dottrina, addirittura l'orientamento introdotto dalla c.d. "sentenza Scoditti"⁴⁵ si pone in aperto contrasto con alcune fondamentali decisioni delle Sezioni Unite (SS.UU. n. 13533 del 2001; SS.UU.n. 577 del 2008), nonché con le stesse scelte operate dal legislatore, sia nell'art. 1218 c.c., sia nella L. n. 24 del 2017, facendo emergere, a parere di tali considerazioni critiche, la "scoperta" di una strana teoria sull'inadempimento extracontrattuale per colpa del debitore (assicurato)⁴⁶.

La "riforma Scoditti", dal nome dell'estensore delle sentenze del 2019, nonché estensore della sentenza prima citata del 2017, secondo tale ottica, opererebbe una non richiesta "decontrattualizzazione" della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che si pone al di là dalla legge, anzi contro di essa, e si discosta in maniera abissale dalle soluzioni dettate, nel 2001 e nel 2008, dalle Sezioni Unite⁴⁷. Inoltre, contrasterebbe con i fini della L. Gelli poiché, ribaltando gli oneri probatori, e facendo gravare sul paziente la causa incerta e/o ignota, trasferirebbe nuovamente il peso del danno dall'assicuratore del debitore al paziente creditore, lasciando l'evento dannoso (non risarcito) là dove miseramente cade.

⁴⁵ G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 3, 2018, p. 357, ove rileva che "la sentenza- Scoditti - forse *malgré soi* - implica un ritorno alla (vecchissima) posizione che caratterizzava la giurisprudenza prima della sentenza n. 6141 del 1978"

⁴⁶ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa* di Antonino Procida Mirabelli di Lauro in *Danno e Resp.* 2, 2019, 248

⁴⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum* di in *Danno e Resp.* 1/2020 rileva che tale orientamento, nell'estemporaneo tentativo di perseverare nell'individuazione di un tronco "comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale", suddividono la disciplina dell'inadempimento, dai più creduta unitaria, in (almeno) due "tronchi", secondo che riguardi lo "schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile", nel quale v'è "l'assorbimento pratico della causalità materiale nell'adempimento", ovvero il "diverso territorio del *facere* professionale", in cui "la causalità materiale" tornerebbe "a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta. Quindi, anche sotto il profilo sistematico questo tentativo si rivela, secondo l'Autore, assai infelice poiché, sulla base della divisione proposta nel diritto delle obbligazioni, il "tronco comune" con la responsabilità extracontrattuale riguarderebbe le sole obbligazioni di *facere* professionale, mentre per lo "schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile" permanerebbe "l'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento".

La preoccupazione, che sembra emergere da tali valutazioni critiche, è che verrebbe nella sostanza ad essere ridimensionata la posizione del paziente-attore, a fronte di una maggiore possibilità di esonero dal risarcimento per le strutture sanitarie e per le compagnie assicuratrici di queste ultime.

Ed invero, imponendo al danneggiato di soddisfare un onere probatorio di fatto molto vicino a quello che caratterizza le ipotesi di responsabilità extracontrattuale, si solleva dal rischio della causa ignota, non solo il sanitario ma anche la struttura, la cui responsabilità è contrattuale (anche dopo la novella legislativa), con la conseguenza pratica che verrebbe, nella sostanza, esonerata dal risarcimento anche la compagnia assicuratrice della struttura sanitaria.

Nonostante tale critiche, l'indirizzo propugnato appare muoversi in sintonia con la *ratio* della nuova disciplina della responsabilità medica, introdotta dalla già menzionata Legge Gelli-Bianco, che pur non contenendo alcuna previsione in tema di nesso causale, persegue l'obiettivo ridimensionare l'elevato contenzioso e, quindi, contrastare il fenomeno della medicina difensiva, tramite la mitigazione del regime della responsabilità civile e penale, incombente su professionisti sanitari e strutture ospedaliere⁴⁸.

5) Ancora sul nesso di causalità materiale: le preesistenze e la distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione.

Con le sentenze 28986 e 28990 del 2019⁴⁹, la Corte di Cassazione ha continuato ad occuparsi, in una diversa ottica, di nesso di causalità, affrontando il tema delle preesistenze, ossia analizzando il problema della determinazione e liquidazione dei danni subiti da un soggetto già invalido.

In chiave ricostruttiva del sistema, la Corte distingue tra l'imputazione causale dell'evento di danno e la successiva indagine volta all'individuazione e quantificazione delle singole conseguenze pregiudizievoli: sul primo versante il riferimento normativo sarebbe agli artt. 40 e 41 c.p. e sul secondo all'art. 1223 c.c.⁵⁰.

L'accertamento del nesso di causalità materiale, criterio oggettivo di imputazione della responsabilità del fatto volto a stabilire, per l'appunto, se vi sia

⁴⁸ F. CUTTAIA, *Responsabilità civile sanitaria: l'evoluzione della giurisprudenza di Cassazione* in www.dirittoecon.it

⁴⁹ in *Danno e Resp.* 1/2020, 49, con commento di D. AMRAM, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019*.

⁵⁰ M. AZZALINI, *Preesistenze, determinazione del pregiudizio risarcibile, ruolo del medico legale: la Suprema Corte fissa i paletti in tema di concorso di cause e aggravamento del danno* in www.rivastaresponsabilitamedica.it

responsabilità e a chi vada ascritta, deve essere compiuto tenendo conto degli artt. 40 e 41 c.p., e dunque, ad avviso della Corte, non sarebbe possibile una sorta di frazionamento del nesso in questione, tale da determinare una riduzione della responsabilità del danneggiante, a causa, ad esempio, della minore incidenza dell'apporto della sua condotta rispetto ad un concorrente fatto naturale.

Ne consegue che i risultati dell'indagine relativa all'accertamento del nesso di causalità materiale, possono essere unicamente i seguenti:

a) se viene processualmente accertato che la causa naturale è tale da escludere il nesso di causa tra condotta ed evento, la responsabilità dell'agente va esclusa e quindi la domanda deve essere rigettata (ad esempio: un trasportato in automobile subisce lesioni perché colpito da un fulmine; nessuna responsabilità può essere addebitata al conducente);

b) se la causa naturale ha rivestito efficacia eziologica non esclusiva, ma soltanto concorrente rispetto all'evento, la responsabilità dell'evento deve essere per intero ascritta all'autore della condotta illecita (ad esempio: il trasportato in automobile subisce gravi lesioni in quanto colpito da un fulmine, ma poi muore in quanto il veicolo esce di strada per altra ragione rispetto al fulmine; in questo caso in cui concorre la causa naturale e la colpa del conducente, tutta la responsabilità è da imputarsi a quest'ultimo)⁵¹.

L'accertamento del nesso di causalità giuridica, invece, è volto a stabilire il perimetro delle conseguenze dannose risarcibili dell'evento, e serve quindi a determinare la misura del risarcimento stesso, ossia il *quantum*. Tale nesso deve essere accertato secondo il cosiddetto metodo della prognosi postuma, vale a dire in base ad un giudizio controfattuale ex art. 1223 c.c., andando a valutare come si sarebbero atteggiare le cose laddove l'evento non si fosse verificato.

In tale quadro, la distinzione tra causalità materiale e giuridica imporrebbe di considerare se la preesistenza di malattie o menomazioni in capo alla vittima del fatto illecito incida sul primo o sul secondo dei due nessi causali, essendo entrambe le ipotesi astrattamente prospettabili.

Ed invero, la preesistenza di invalidità biologica, pone all'interprete un problema di causalità materiale se questa è una concausa della lesione (ad esempio: il

⁵¹ Resta esclusa, di conseguenza, « la possibilità di qualsiasi riduzione proporzionale della responsabilità in ragione della minore incidenza dell'apporto causale del danneggiante, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile ».

responsabile infligge un lieve urto, altrimenti innocuo, a persona affetta da osteogenesi imperfetta o sindrome di Lobstein, provocandole gravi fratture) e giuridica se rappresenta una concausa di menomazione (ad esempio: il responsabile provoca l'amputazione della mano destra a chi aveva già perduto l'uso della sinistra).

In considerazione di tale schema, la Corte prospetta un'alternativa tra due scenari:

- quello in cui le "forzose rinunce" patite dal soggetto leso sarebbero state le medesime anche laddove questi si fosse trovato pienamente integro prima del fatto lesivo, nel qual caso non sarebbe da riconoscere alla preesistenza alcuna rilevanza giuridica; ad esempio: un soggetto che avendo una ridotta capacità uditiva, patisca un trauma che provochi la sordità, che però sarebbe stata inevitabile anche se la lesione avesse attinto una persona sana)
- oppure quello in cui conseguenze dannose sono state aggravate dalla menomazione preesistente

(ad esempio: un soggetto privo degli arti inferiori, perde le due braccia che utilizzava per spingere la carrozzella).

Secondo il Collegio, pertanto, occorre distinguere, alla luce di un criterio controfattuale, tra l'ipotesi in cui i postumi riportati dal soggetto già invalido siano analoghi a quelli che avrebbe riportato un soggetto sano e l'ipotesi in cui i postumi siano, invece, più gravi. Nel primo dei due casi si sarà in presenza di una menomazione cd. coesistente: la preesistenza sarà ininfluyente e di essa non si dovrà tener conto nella determinazione del risarcimento dovuto; nel secondo si sarà in presenza di una menomazione cd. concorrente in cui, al contrario, si dovrà tener conto del fatto che il soggetto era già invalido.

Per quest'ultimo caso, quello cioè dell'aggravamento dei c.d. "postumi permanenti" preesistenti, la Corte fissa le coordinate che l'interprete deve affrontare: l'accertamento e la liquidazione.

Per un verso, in ordine al criterio di accertamento del danno, si afferma che le preesistenze non debbono incidere sulla determinazione della percentuale di invalidità permanente, da determinarsi sempre e comunque in base all'invalidità riscontrabile concretamente e complessivamente. Per altro verso, con riferimento invece alla liquidazione del danno, occorre quantificare l'invalidità accertata e quella ipotizzabile in assenza della condotta censurata, operando poi una sottrazione tra l'una e l'altra.

Con riguardo al campo di azione del medico legale, le sentenze chiariscono come sia compito del CTU stabilire il grado d'invalidità complessivo del soggetto e il

grado d'invalidità precedente all'evento infausto; successivamente, invece, sarà compito del giudice convertire in denaro il grado di invalidità percentuale e, procedendo con il cd. metodo differenziale, sottrarre il secondo dal primo per determinare il *quantum* di risarcimento dovuto.

Orbene, quanto all'ambito operativo del medico legale, la Corte, riaffermando, conformemente alla ricostruzione operata, che il tema della causalità giuridica ricomprende in sé quello della determinazione del perimetro dei danni risarcibili, e premessa una riflessione anche di matrice sistematica sull'origine e la *ratio* del danno alla salute, conclude nel senso che il relativo accertamento spetti esclusivamente al Giudice. Rispetto alla questione delle preesistenze, quindi, il medico legale sarebbe chiamato, in pratica, a valutare, senza correttivi e senza applicazione di formule proporzionali, il grado di invalidità del soggetto lesivo e a indicare la percentuale di invalidità permanente sussistente in capo a questi prima del fatto lesivo, mettendo poi tali dati a disposizione del Giudice.

In definitiva, sarà poi il Giudice ad affrontare, sulla base dei segnalati principi, anche la questione della liquidazione del danno, applicando il criterio di causalità giuridica⁵², coniugato con il principio della preponderanza (più probabile che non) sul piano probatorio, così da estromettere, da un lato, dal novero delle conseguenze dannose quelle preesistenti al fatto lesivo e da garantire, dall'altro, un risarcimento del danno rispettoso dei principi di integralità e proporzionalità. Conformemente a tale dichiarato obiettivo, la Corte evidenzia che, per evitare esiti iniqui o paradossali eventualmente conseguenti alla rigida applicazione dell'indicato criterio, il giudice potrà sempre, in via equitativa ex art. 1226 c.c., aumentare o diminuire il risultato finale.

In definitiva, la Corte statuisce che le preesistenze devono essere apprezzate sulla base di una valutazione postuma rispetto a quelle effettive conseguenze dell'evento dannoso che si sarebbero determinate sulla persona laddove non vi fosse una pregressa menomazione. In questo contesto si distingue tra concausa di lesioni, attinenti al nesso di causalità materiale, e giuridicamente irrilevanti⁵³,

⁵² F. ROSADA, *Lesione biologica preesistente aggravata da un secondo infortunio: criteri per l'accertamento e la liquidazione del danno*, www.ridare.it, fasc., 25 novembre 2019 sottolineata, aderendovi, la presa di posizione in ordine alla competenza esclusiva del giudice – anziché del medico legale – quale unico soggetto preposto dell'accertamento della causalità giuridica del danno biologico.

⁵³ Cass. Sent. Sez. III n. 28986/2019: 1.5 «Se la preesistenza ha concausato la lesione iniziale dell'integrità psicofisica (come nel caso di scuola dell'emofiliaco cui venga inflitta una minuscola ferita), di essa non dovrà tenersi conto nella liquidazione del danno, e tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente. In questo caso infatti la preesistenza della

e concausa di menomazioni, distinte a loro volta in coesistenti e concorrenti, precisando che il concetto di "coesistenza" va valutato a posteriori ed in concreto, non *a priori* ed in astratto⁵⁴.

Sono "coesistenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presentino sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi; saranno, invece, "concorrenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate, e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi. Le menomazioni coesistenti sono di norma irrilevanti ai fini della liquidazione; mentre quelle concorrenti vanno di norma tenute in considerazione nella liquidazione del risarcimento, e non nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente, il quale va determinato sempre e comunque in base all'invalidità concreta e complessiva riscontrata *in corpore*, senza innalzamenti o riduzioni, i quali si tradurrebbero in una attività liquidativa esulante dai compiti dell'ausiliario medico-legale. Quest'ultimo, quale consulente tecnico, pertanto, dovrà fornire al giudice, *peritus peritorum*, il grado di invalidità permanente della vittima all'esito dell'infortunio e quello antecedente, indicando imprescindibilmente il criterio adottato; e a questo punto sarà il giudice a convertire in denaro l'effettivo postumo permanente e quello antecedente all'infortunio e quindi sottrarre il secondo al primo. Ne consegue che le preesistenze sono tradotte in moneta attraverso la sottrazione tra "l'invalidità accertata e quella ipotizzabile" qualora il danno non si fosse prodotto.

6) Osservazioni conclusive.

I risultati cui è giunta la giurisprudenza con le sentenze San Martino meritano certamente un plauso alla luce dell'intento ricostruttivo e sistematico percorso dalla III Sezione della Suprema Corte. Ed invero si rammenta che, malgrado non si tratti di sentenze rese nella composizione a Sezioni Unite, la funzione di nomofilachia può, e deve, essere garantita anche dalle sezioni semplici ai sensi dell'art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 (Ordinamento Giudiziario).

patologia costituisce una concausa naturale dell'evento di danno, ed il concorso del fatto dell'uomo con la concausa naturale rende quest'ultima giuridicamente irrilevante in virtù del precetto dell'equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p.»

⁵⁴ Le menomazioni possono classificarsi anche mediante un criterio cronologico rispetto al fatto generatore: monocrone, laddove la compromissione all'integrità psicofisica emerge attraverso un simultaneo o progressivo aggravamento, ovvero policrone, laddove la nuova menomazione si inserisca nell'ambito di una patologia pregressa e preesistente.

Si evidenzia, tuttavia, con riguardo alle problematiche affrontate, che lo statuto del risarcimento del danno di un soggetto già invalido, e dunque, la questione relativa alle preesistenze, sia, al momento, la parte più immune da critiche. Come ampiamente riportato, infatti, le sentenze redatte dal Consigliere Scoditti sono state criticate in virtù di una presunta contaminazione tra il regime della responsabilità contrattuale e quello della responsabilità extracontrattuale nonché di un preteso contrasto con i principi statuiti nel 2008 dalle Sezioni Unite. Ciò nonostante, lo stesso relatore si era preoccupato di chiarire i presunti profili in contrasto con le Sezioni Unite in precedenti sentenze, rese a partire dal 2017 e che, a parere di chi scrive, non possono non intendersi richiamate.

Alla luce della ricostruzione effettuata nelle sentenze in commento, emerge, dunque, come il nesso di causalità permei tutte le forme di responsabilità e che i principi, sostanziali e processuali, in materia di onere probatorio, impongano al debitore di provare gli elementi costitutivi della fattispecie. Sicchè, in materia di responsabilità medica, ove non si verifica l'assorbimento della causalità materiale nell'inadempimento, il rischio che la causa del danno resti ignota grava sul paziente.

Ne consegue che, laddove il debitore-paziente abbia assolto il proprio onere probatorio – cioè abbia non solo allegato l'inadempimento, ma provato il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento – il creditore, per andare esente da responsabilità, dovrà provare il nesso eziologico fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale ex art. art. 1218 c.c. Ed è in questo senso che, a parere della giurisprudenza, emerge il duplice nesso causale: il primo relativo all'evento dannoso, la cui prova grava su colui che agisce; il secondo, relativo all'impossibilità ad adempiere, quale fatto estintivo dell'obbligazione, la cui prova grava sul danneggiante.

L'anzidetta duplicità del nesso causale implica che, in tema di causa ignota, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova graveranno su coloro che ne sono onerati e, dunque, siano le seguenti: qualora al termine dell'istruttoria resti incerta la causa del danno, questa graverà sul paziente; qualora, invece, resti incerta la diversa causa concernente l'impossibilità di adempiere, ovvero resti indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadranno sul debitore.

Il nesso di causalità, in conclusione, rappresenta uno dei *leitmotive* delle sentenze San Martino 2019, mettendo a dura prova l'abilità del giudice civile

nella ricostruzione dei fatti nonché nella liquidazione dei danni per i soggetti già invalidi prima dell'evento dannoso.

Il reato di illecita concorrenza con violenza o minaccia *ex art. 513 bis*: la soluzione delle Sezioni Unite.

di Roberta CHIUMMARIELLO*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La genesi storica e il bene giuridico tutelato. **3.** La condotta incriminata: gli orientamenti a confronto tra tipicità e ambiguità. **4.** L'approdo della giurisprudenza più recente.

ABSTRACT. *The aim of this work is to analyse, from a logical and structural point of view, the type crime of unlawful competition with violence or threat, introduced by the Rognoni-La Torre law and examined by article 513 bis of our criminal code, with particular care to the issue related to the meaning to be attributed to the notion of "competitive acts". The analysis focuses on the various jurisprudential orientations that have followed over time, right up to the sentence of Joint Sections of the Supreme Court which resolved the contrast in favor of an intermediate thesis.*

1. Premessa.

Per comprendere, agevolmente, le dinamiche che hanno caratterizzato l'evoluzione giurisprudenziale del reato di illecita concorrenza mediante violenza o minaccia di cui all'art. 513 *bis*, c.p., si deve preliminarmente esaminare, non solo, il contesto storico-culturale che ha favorito l'introduzione della fattispecie *de qua*, bensì indagare la *ratio legis* che ha spinto il Legislatore in tale senso. Fin dalla sua introduzione, avvenuta con la Legge Rognoni - La Torre nel 1982, si sono delineate diverse correnti ermeneutiche in ordine al significato da attribuire agli "atti di concorrenza", che hanno contribuito ad aumentare le incertezze applicative degli interpreti.

Inoltre, la peculiarità della fattispecie in esame è dovuta alla, non trascurabile, matrice civilistica della terminologia utilizzata, frutto di un inevitabile rapporto con il contesto imprenditoriale, di cui si vuole tutelare la libertà di iniziativa economica, costituzionalmente tutelata.

Pertanto, proprio la natura complessa del reato *de quo*, contenente sia aspetti propriamente penalistici – l'utilizzo di violenza o di minaccia – che caratteristiche proprie delle dinamiche commerciali – come recita la norma – "*chiunque*

* Tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013.

*nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva*¹ ha dato luogo a dubbi in ordine al bene giuridico tutelato. Sulla base di tali premesse, la giurisprudenza di legittimità è stata, a lungo, divisa dando origine a due orientamenti: il primo restrittivo e "tassativizzante", speculare rispetto al secondo maggiormente estensivo. Il contrasto interpretativo è stato recentemente risolto con una significativa sentenza delle Sezioni Unite che ha fornito agli interpreti una terza via.

2. La genesi storica e il bene giuridico tutelato.

L'indagine sul bene giuridico tutelato dalla disposizione in commento non può prescindere da un'analisi del contesto storico-culturale in cui è nata. Come già anticipato, l'art. 513 *bis* c.p. è stato aggiunto al codice penale con la nota Legge Rognoni - La Torre, la quale aveva l'obiettivo, esplicitamente dichiarato, di reagire rispetto al dilagante fenomeno mafioso, ed in particolare di punire «*un comportamento tipico mafioso che è quello di scoraggiare con l'esplosione di ordigni, danneggiamenti o con violenza alle persone, la concorrenza*»².

Pertanto, lo scopo primario è la tutela della libera autodeterminazione imprenditoriale che si esplica mediante i meccanismi concorrenziali tipici delle attività economiche, sulle quali si annidano gli interessi dei gruppi criminali³.

Tuttavia, vi è un duplice requisito su cui si fonda la norma; da una parte, la presenza di comportamenti *violenti e minatori* e dall'altra il libero svolgimento dell'attività imprenditoriale.

Ciononostante, non vi è unanimità di vedute in ordine al bene giuridico tutelato dalla norma.

Secondo un primo orientamento, in linea anche con la collocazione sistematica della norma, ovvero tra i reati contro l'industria e il commercio⁴ (Titolo VIII, Libro II del codice penale), il reato *de quo* ha il compito di preservare, unicamente, il fisiologico svolgimento della vita commerciale. Questa impostazione comporta delle conseguenze dai risvolti sia pratici che teorici.

In primis, viene esclusa la punibilità per le azioni violente o minatorie, quando queste sono utilizzate, esclusivamente, per fare pressioni su attività illecite,

¹ Cfr. Art. 513 *bis* c.p.

² Relazione alla proposta di legge n. 1581, presentata alla Camera dei Deputati il 31 marzo 1981, in Atti parlamentari, VIII Legislatura.

³ Per un'attenta disamina sull'evoluzione del fenomeno della contiguità mafiosa cfr. G. AMARELLI, *La contiguità politico - mafiosa. Profili politico - criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017.

⁴ G. FIANDACA, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, in *Leg. pen.*, 1983, 279 ss.

essendo estranee alla logica concorrenziale; in secondo luogo, per tutelare la libera concorrenza, si rende necessario tutelare anche la libertà negoziale dell'imprenditore attribuendo, di fatto, una valenza plurioffensiva all'illecito. Questa ricostruzione è stata fortemente criticata da quanti hanno attribuito alla norma un significato maggiormente aderente al contesto in cui è stata introdotta; ed in particolare, secondo tale orientamento, l'*ubi consistam* del delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia deve individuarsi nella tutela dell'ordine pubblico, analogamente al reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. Per tali motivi, una parte della dottrina ha ritenuto fuorviante la collocazione della norma, la quale mal si concilia con le finalità proprie del reato⁵. Vi è univocità di vedute, invece, sulla natura di reato di pericolo della fattispecie in quanto non sussiste la necessità della prova della lesione del bene giuridico tutelato, essendo sufficiente la sola messa in pericolo dei meccanismi concorrenziali.

3. La condotta incriminata: gli orientamenti a confronto tra tipicità e ambiguità.

La condotta descritta dalla fattispecie del reato *ex* art. 513 *bis* c.p., ha destato delle perplessità per la evidente contraddittorietà per la modalità di azione richiesta dalla norma, ovvero l'utilizzo di violenza e minaccia nell'esplicazione di atti di concorrenza. Si tratta, invero, di due concetti disomogenei e che, peraltro, afferiscono a realtà diverse; in quanto l'esercizio di atti minatori o violenti sono espressione di modalità comportamentali comuni a molte fattispecie penali, al contrario, la concorrenza è un'attività di per sé, non solo lecita, ma anche costituzionalmente tutelata (artt. 41 e 117 Cost.), con la conseguente incompatibilità ontologica tra i due concetti.

In particolare, il riferimento al concetto di violenza, stante la variabilità, è pacificamente riconducibile ad atti di aggressione fisica idonei ad ottenere la coazione della vittima; mentre, la minaccia svolge una funzione intimidatoria, attraverso la prospettazione di un male ingiusto che potrebbe esplicarsi anche in forma tacita, ovvero mediante la sola evocazione del gruppo mafioso⁶.

⁵ in posizione critica G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 2008,

⁶ In tal senso, Cass. Pen., Sez. II, sent. 19 giugno 2018, n. 30406 «le mafie storiche abbiano un capitale criminale la cui evocazione sortisce un effetto coercitivo parificabile, se non superiore a quello che si ottiene attraverso il ricorso a forme di minaccia "tipica"; l'evocazione del capitale criminale della mafie storiche consente una semplificazione dell'azione criminale in quanto l'effetto intimidatorio si raggiunge attraverso la evocazione della riconosciuta capacità criminale di gruppi organizzati noti per la consumazione reiterata di efferati crimini contro la persona e non richiede

Tuttavia, sebbene tali condotte sono lo strumento utilizzato per incidere e, dunque, alterare il meccanismo concorrenziale, vi è il pericolo di orientare l'intera fattispecie sull'offesa alla persona fisica e non – come si dovrebbe focalizzare – sull'attività commerciale.

Inoltre, è stato rilevato che vi fosse il rischio di reprimere una forma particolare di violenza, già riconducibile ad altre fattispecie criminose, invece di reprimere una forma particolarmente grave di concorrenza sleale. *Ictu oculi*, soffermandosi ad un approccio letterale, si insinuava l'inutilità della fattispecie.

In questa ottica si è posta la giurisprudenza che de *iure condendo* ha cercato di fornire una diversa interpretazione⁷, con lo scopo di stigmatizzare le condotte nell'ambito dell'altra caratteristica che le è propria: l'attività commerciale⁸.

Il punto di partenza è l'individuazione del significato da attribuire ad "atti di concorrenza", terminologia estranea al diritto penale, per la cui definizione, il Legislatore ha rinviato alla disciplina di settore, nel rispetto del principio di tassatività e tipicità.

Ciononostante, l'individuazione a priori degli atti concorrenziali è di non facile compito in quanto l'attività commerciale è espressione dell'autonomia negoziale, che è governata dal principio di libertà di forme⁹, che si può esplicitare attraverso pratiche commerciali atipiche o socialmente tipiche. Per tali ragioni, in questa materia vige l'indeterminatezza, data dalla diversità di forme che assume con il mutare dei tempi e delle prassi commerciali ad essa legata. La giurisprudenza, dunque, nel tentativo di attribuire un significato determinato agli atti concorrenziali ha intrapreso due strade.

Una prima ricostruzione si è incentrata sull'elemento psicologico del reato, evidenziandone la direzione teleologica della condotta, ovvero la finalità sottesa: la lesione della libera autodeterminazione imprenditoriale altrui, indipendentemente da come i singoli atti appaiono all'esterno; d'altro canto, in questo modo si eclisserebbe l'elemento materiale¹⁰ della condotta. Tuttavia, su questa scia, con riguardo all'elemento soggettivo del reato, si è posta una giurisprudenza che ha ritenuto l'art. 513 *bis*, un reato a dolo specifico, per la cui punibilità non si può prescindere da una prognosi sull'efficacia causale della

lo spiegamento delle energie coercitive che sono necessarie per l'efficacia di una minaccia "ordinaria"».

⁷ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, Bologna, 2007

⁸ Si pensi alle condotte collocate, oltre il limite esterno della dialettica concorrenziale che realizzano ove ci siano i presupposti il reato di estorsione. Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. I, cit., 652.

⁹ Cfr. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2017, 1031.

¹⁰ R. GAROFOLI, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, Bari, Nel Diritto, 2017, 205.

condotta, seguendo la teoria dell'oggettivazione del dolo specifico¹¹. La ricaduta pratica di questa impostazione comporta la conseguente necessità di un accertamento volto a verificare l'efficacia causale della condotta violenta o minatoria. Di contro, nella diversa ipotesi in cui non vi sia stata una concreta lesione del bene giuridico protetto – il corretto sviluppo della concorrenza – la condotta non è punibile. Tale ricostruzione presta il fianco a critiche per duplici motivi.

In primo luogo, nella fattispecie non vi è alcun elemento testuale riconducibile ad una particolare forma di dolo ed inoltre, non viene in rilievo alcuna direzione teleologica degli atti, bensì emerge una loro qualità materiale. Un ulteriore profilo critico concerne l'eccessiva dilatazione dell'ambito applicativo della norma, che rende i confini dell'art. 513 *bis* c.p. ancor più labili.

In questa ottica, si è preferito concentrare l'attenzione sul dato materiale presente nella norma, ed in particolare, in assenza di una precisa definizione di atti concorrenziali, gli interpreti hanno fatto riferimento alla nozione di *atti anticoncorrenziali*, mediante i quali si esplicano le forme di concorrenza sleale, tipizzate dal Legislatore che se assumono i connotati della violenza e della minaccia possono integrare il reato *ex art.* 513 *bis*.

Tale qualificazione, attribuisce alla norma in esame una funzione secondaria e sanzionatoria rispetto alla disciplina civilistica, in quanto punisce le pratiche di concorrenza sleale – già vietate dall'ordinamento civile¹² – che hanno il *quid pluris* della violenza e della minaccia. In sostanza, vi è un rinvio alla disciplina del settore, ancorché sia dubbio il parametro normativo di riferimento.

Secondo una ricostruzione, il rinvio è agli atti di concorrenza sleale descritti dall'art. 2598, comma 1 n. 3) c.c., nei confronti di altri soggetti operanti nello stesso settore; in tal caso, l'utilizzo di modalità violente e minatorie non sarebbero punibili *ex art.* 513 *bis*, anche laddove la finalità dell'agente si identifichi con quella di alterare l'equilibrio concorrenziale¹³. Pertanto, rientrano tra le condotte punibili il boicottaggio, lo storno dei dipendenti e il rifiuto di contrattare, non essendo punibili, invece, le condotte intimidatorie non rientranti tra quelle tipiche, pur avendo le medesime finalità di turbare il libero mercato.

Un diverso orientamento, d'altro canto, è maggiormente estensivo nell'interpretazione dell'art. 513 *bis*, non limitato negli stretti confini della disposizione del codice civile ma estesa fino a ricomprendere attività violente e

¹¹ R. GAROFOLI, *Diritto penale, Parte generale*, XII ed., Roma, 2016, 904-907.

¹² M. SANTISE – F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale*, Giappichelli, 2017, 545 ss.

¹³ Si veda sul punto, Cass. Pen., Sez. II, 8 novembre 2016, n. 53139.

minacciosa che mediante la loro caratteristiche di fatto configurano una concorrenza illecita, attraverso il controllo e il condizionamento delle attività commerciali altrui¹⁴. Pertanto, tale indirizzo interpretativo mira a tutelare il bene giuridico protetto dalla norma, nella sua massima potenzialità che tende – come già anticipato – oltre alla tutela della libera concorrenza anche alla libertà di autodeterminazione del soggetto nell'esercizio della sua attività; per cui è configurabile il reato *de quo* ogni qualvolta si verifichi un comportamento violento e minatorio idoneo ad impedire il libero svolgimento dell'attività commerciale e produttiva.

Tale lettura consente di collocare il reato in questione, non solo, al di fuori del contesto strettamente connesso alla criminalità organizzata, quand'anche in una prospettiva ampliativa del significato di atto di concorrenza, che ricomprende atti "atipici" ovvero al difuori dell'ambito di incidenza della disciplina civilistica; con il risultato di attribuire un significato omnicomprensivo nel senso di includere sia le condotte idonee ad eliminare l'attività della concorrenza, sia quelle volte ad impedire lo svolgimento dell'attività lecita.

4. L'approdo della giurisprudenza più recente.

Le ricostruzioni ermeneutiche prospettate, non sono state condivise dalla recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità che a causa dell'ambiguità del dettato normativo ha individuato una "terza via".

La Suprema Corte, invero, con la sentenza del 28 aprile 2020, n. 13178, nel ripercorrere il contrasto giurisprudenziale e le ricostruzioni ermeneutiche che ne sono conseguite, ha individuato un terzo orientamento innovativo rispetto a quelli tradizionali, ritenendoli entrambi non condivisibili per ragioni differenti. Invero, l'orientamento restrittivo è stato confutato, in quanto nel tentativo di conferire maggiore determinatezza al concetto di "atti di concorrenza", corre il rischio di frustare eccessivamente la capacità operativa della norma; mentre l'indirizzo estensivo, ampliando la nozione fino a ricomprendere tutte le condotte violente teleologicamente dirette all'alterazione del mercato, si allontana oltremodo dal dettato normativo, violando il principio di tassatività.

Per tali motivi, le Sezioni Unite hanno ritenuto più coerente con il sistema nazionale e sovranazionale, un terzo orientamento in grado di attribuire alla nozione di atti concorrenziali un significato maggiormente aderente al panorama normativo attuale, nonché assegnandogli "una rinnovata centralità"¹⁵.

¹⁴ In tal senso, Cass. Pen., Sez. VI, 5 maggio 2015, n. 24741, Iacopino, Rv. 265603

¹⁵ Cass. Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 13178.

Proprio le influenze di derivazione euro-unitarie¹⁶ e il mutato quadro normativo di riferimento, inserito in un contesto "multilivello" – così definito dalla Corte – hanno contribuito a fornire all'interprete ulteriori parametri, utili per comprendere le scelte di incriminazioni operate dal Legislatore, all'epoca dell'introduzione dell'art. 513 *bis*.

Ed invero, le scelte hanno inciso sulla portata del principio della libera concorrenza tutelato ex art. 41 Cost., attribuendogli delle connotazioni nuove e sconosciute al Legislatore del tempo¹⁷, in quanto a seguito del processo di integrazione europea, il principio di libera concorrenza, espressione della libertà di iniziativa economica ha assunto una nuova veste, con l'obiettivo di garantire "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva"¹⁸. Pertanto, nella libertà di concorrenza si è intravista una delle naturali espressioni della libertà di iniziativa economica privata, che è stata poi formalmente recepita nell'ordinamento interno dall'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.¹⁹.

In questa prospettiva si è posta la giurisprudenza della Corte Costituzionale²⁰, che nell'attribuire un significato alla nozione di concorrenza, riflette la nuova dimensione – emersa in ambito europeo – del rapporto intercorrente tra la libertà dell'iniziativa economica privata e la tutela delle regole della concorrenza; sicchè, comprende sia misure legislative in senso proprio volte ad impedire i comportamenti e gli atti scorretti delle imprese che incidono negativamente sulla concorrenza e sia disposizioni di tipo promozionale che consentono di eliminare i vincoli tra imprese e favoriscono l'esplicazione della libera competizione tra esse (concorrenza nel mercato), e l'adozione di procedura concorsuali di garanzia,

¹⁶ Nel corso degli anni novanta, il processo di integrazione europea tra gli Stati membri e la crescente incisività delle norme di concorrenza stabilite dall'Unione europea, data la competenza esclusiva in materia ex art. 3, par. 1, lett. b) TFUE, unitamente alla scelta di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (ex artt. 119, par. 1 e 120 TFUE, in relazione all'art. 3, par. 3, TUE)

¹⁷ Si veda la L. 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

¹⁸ In tal senso l'art. 3, par. 3, TFUE. A tal riguardo rilevano: a) art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sul riconoscimento della libertà d'impresa; b) artt. 3, par. 3 e 21, par. 2 lett. e), TUE; c) gli artt. 3, par. 1, lett. b), 32 lett. c), 34 ss., 101-109, 119 par. 1, 120 TFUE, che dettano le norme sostanziali in materia di tutela della concorrenza; d) Protocollo n. 27 allegato ai Trattati, là dove si afferma che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata».

¹⁹ Introdotta nell'ordinamento in seguito alla modifica operata dall'art. 3, legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

²⁰ V. *Ex plurimus* v. Corte Cost. sent. 16 aprile 2014 e 7 maggio 2014, n. 125; Corte Cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325; Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401.

idonee ad un'apertura del mercato alla generalità degli operatori economici (concorrenza per il mercato)²¹.

Pertanto, la libertà di iniziativa economica esplica i suoi effetti ad ogni livello, in quanto può essere esercitata *erga omnes*, non solo nei confronti di tutti i privati che hanno la possibilità di competere e di confrontarsi nello stesso settore (rapporti tra imprenditori), altresì si esplica nei rapporti tra Stato e imprenditore e fino a ricomprendere le relazioni tra questi e i consumatori.

Orbene, questa impostazione ha come obiettivo la tutela del principio di eguaglianza nei rapporti economici, garantita mediante la repressione delle condotte sleali che creano situazioni di squilibrio che ledono non soltanto il mercato nazionale, ma anche e soprattutto l'imprenditore concorrente. Dunque, emerge, che l'esercizio della libertà dell'iniziativa economica deve svolgersi nel rispetto non solo delle disposizioni interne, ma altresì della normativa europea, attribuendo diritti che possono essere invocati dinanzi ai giudici nazionali.

Tuttavia, l'attribuzione di tale libertà non giustifica il ricorso illegittimo a pratiche "sleali" per raggiungere una quota di mercato più ampia, in quanto si violerebbe il principio espresso dall'art. 2598, terzo comma, c.c., che impone l'obbligo di comportarsi in conformità "ai principi della correttezza professionale". Per raggiungere il punto di equilibrio, è necessaria la predisposizione di modelli che impediscano situazioni di monopolio o quasi monopolio, o addirittura comportamenti illeciti idonei a stravolgere il mercato. Invero, i canoni di correttezza professionale utilizzati non si esauriscono in quelli disciplinati dall'art. 2958 c.c., ma si riferiscono anche all'ulteriore parametro dell'idoneità dell'atto a recare un danno all'altrui attività imprenditoriale; con ciò ritenendo necessaria una capacità offensiva specifica, in quanto finalizzata a sottrarre uno spazio di mercato gestito dall'impresa concorrente. Ciononostante, il profilo di disvalore è da individuare nella peculiarità dei mezzi utilizzati per alterare la concorrenza, giacché il *discrimen* tra atti leciti e illeciti non è individuabile nel fine, che risulta essere il medesimo ovvero quello di affermare la propria azienda sul mercato, a discapito delle altre imprese concorrenti, ma nella natura dei mezzi utilizzati che sono rilevanti per qualificare un atto come espressione di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c.²² Entro tale prospettiva, assumono rilevanza penale quei comportamenti posti in essere sia in forma attiva che impeditiva dell'altrui libertà, realizzati con modalità violente o minatorie sì da favorire o consentire una posizione di vantaggio in pregiudizio dell'imprenditore coartato o minacciato.

²¹ Si veda, Corte Cost., sent. 19 dicembre 2012, n. 291; Corte Cost., sent. 17 luglio 2012, n. 200.

²² In tal senso, Cass. Sez. I, 7 luglio 1959, n. 2157.

L'impostazione scelta dal Legislatore, sottolinea l'intima connessione che vi è tra l'esercizio della libera concorrenza, nei rapporti con altre imprese, e le modalità attuative rappresentate dall'utilizzo della violenza e della minaccia che determinano una compressione o addirittura una negazione della possibilità di autodeterminazione dell'altrui concorrente nell'espletamento di analoghe attività produttive. Sulla base di tali presupposti, la Suprema Corte ritiene che la violenza e la minaccia, nella loro dimensione oggettiva, assurgano ad elementi costitutivi della fattispecie, intorno ai quali ruota l'intera offensività dell'illecito in esame; ed invero, è proprio la peculiarità di mezzi adoperati ad attribuire rilevanza penale a tali condotte.

Pertanto, l'elemento materiale consiste nell'idoneità dei mezzi adoperati, accompagnati da coscienza e volontà di compiere un atto della concorrenza in grado di compromettere l'ordine giuridico e il mercato.

Sotto altro profilo, si pone il rapporto tra il reato *de quo* e l'affine fattispecie di estorsione. Si ritiene che i due reati possano concorrere tra loro, in quanto gli elementi tipici del reato di illecita concorrenza sono tali da impedire che vi sia un assorbimento nella fattispecie descritta dall'art. 629 c.p.. Ed invero, quest'ultima fattispecie offende un bene giuridico diverso dal reato di illecita concorrenza, poiché il reato di estorsione incide sul patrimonio del soggetto passivo, attraverso l'ottenimento di un ingiusto profitto con l'altrui danno, senza incidere sui meccanismi di funzionamento dell'attività economica²³. Pertanto, laddove ricorrano gli elementi di entrambe le fattispecie, vi sarà un concorso formale degli stessi, stante la diversa collocazione sistematica e la diversa funzione di tutela²⁴. Pertanto, i giudici di legittimità hanno enunciato un principio di diritto in base al quale ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 513 *bis*, c.p., è necessario che gli atti di concorrenza posti in essere nello svolgimento di un'attività commerciale, industriale o produttiva, siano connotati da violenza o minaccia, devono essere idonei ad ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente.

In conclusione, le condotte descritte devono riferirsi a soggetti che si trovano all'interno delle dinamiche concorrenziali e che operano, pertanto, nello stesso ambito di mercato di beni o servizi. Tuttavia, una siffatta delimitazione di soggetti attivi e passivi non va intesa in senso meramente formale, in quanto ciò che rileva è l'espletamento in concreto dell'attività commerciale, industriale o

²³ Cfr. Cass. Sez. II, 8 novembre 2016, n. 53139, Cotardo, Rv. 2686840

²⁴ Cfr. Cass. Sez. II, 24 ottobre 2013, n. 5793, dep. 2014, Campolo, Rv. 258200; Cass. Sez. I, 31 marzo 2010, n. 24172, Viscolo, Rv. 247946

produttiva, prescindendo dai requisiti formali richiesti dalla figura civilistica dell'imprenditore.

Dunque, sembra che le Sezioni Unite abbiano considerato la disciplina civilistica solo uno tra i tanti elementi dell'articolato sistema normativo euro-unitario e interno a cui far ricorso ai fini di una corretta lettura dell'art. 513 *bis* c.p.

Il camaleontismo funzionale della confisca di prevenzione.

di Luigi PETROSINO*

SOMMARIO: **1.** Le misure di prevenzione. Caratteri generali. **2.** La confisca di prevenzione. **3.** Evoluzione normativa della confisca di prevenzione alla luce del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, il c.d. "Codice antimafia". **4.** I destinatari della misura. **5.** La confisca di prevenzione: La posizione degli eredi e degli aventi causa. **6.** Rapporti tra la confisca "allargata" e la confisca di prevenzione. **7.** Analisi dei beni oggetto di confisca preventiva. **8.** Le misure di prevenzione: la posizione della CEDU. **9.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The confiscation in its capacity of preventive measure symbolizes a normative revolution with a view to repression against the phenomenon of mafia-type associations. Indeed its application in the context of the prevention procedure allows to attack the illicitly accumulated assets, that are functional to the realization of further criminal conduct.*

The article proposes a brief examination of the rough regulatory path followed by the legislator that, although paved with legal vacuum and interpretative doubts, led to the preparation of an instrument capable of concretely affecting the criminal potential of the associative compages.

1. Le misure di prevenzione. Caratteri generali.

Annoverate tra le misure special-preventive le misure di prevenzione sono strumenti funzionali ad un controllo, operato dal legislatore, teso a depotenziare la possibilità del proposto di commettere ulteriori illeciti applicandosi infatti a soggetti ritenuti socialmente pericolosi.

Tali strumenti si differenziano dalle pene in senso stretto nonché dalle misure di sicurezza - in particolar modo sul piano strutturale - essendo applicabili indipendentemente dalla commissione di un precedente reato.

Presupposto necessario ai fini applicativi sarà la sussistenza della pericolosità sociale del proposto, valutata alla stregua dell'intera personalità dello stesso e fondata su di un giudizio prognostico circa la probabilità che possa tenere - anche in futuro - condotte antisociali.

* Tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso il Tribunale di Nocera Inferiore.

Occorre premettere che tale requisito assume connotazioni differenti a secondo della tipologia di misura applicabile al caso concreto, differenziandosi le ipotesi di misura di stampo patrimoniale o personale.

Ciò nonostante- a seguito delle innovazioni legislative introdotte dalla legge n. 575/1965- occorre evidenziare che in relazione all' applicazione delle misure patrimoniali, difetta - tra i presupposti necessari -la pericolosità attuale dell'individuo.

Al fine di acclarare la sussistenza del requisito della pericolosità sociale occorrerà verificare la sussistenza di condotte specifiche suscettibili di dimostrazione probatoria che disvelino una persistenza del soggetto o un'inclinazione dello stesso alla commissione di comportamenti antisociali.

Nel periodo antecedente all'introduzione del codice antimafia, la posizione della giurisprudenza di legittimità circa il legame tra pericolosità sociale ed appartenenza di un soggetto ad un'associazione di tipo mafioso atteneva alla formulazione di una presunzione relativa fondata sull'appartenenza stessa del proposto alla compagine associativa, elemento- da solo- ritenuto sufficiente a disvelarne la pericolosità.

Orientamento differente - espressione di una posizione maggiormente garantista- riteneva anche per coloro i quali fossero indiziati di appartenere ad un'organizzazione così come delineata dall'art. 416 bis c.p., la necessità circa un accertamento fondante una pericolosità non radicata esclusivamente sull'ipotetica partecipazione alla compagine associativa.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, aderendo al secondo orientamento hanno affermato la necessità di un accertamento da parte dell'organo giudicante circa la pericolosità sociale del proposto ancorato ad una valutazione delle circostanze dal quale desumere il reale apporto dello stesso all'associazione, la natura storica del gruppo illecito, nonché la tipologia di partecipazione¹.

Ritenendosi necessario il requisito della pericolosità sociale, si è discusso sull'applicabilità della misura nei confronti dei detenuti.

Se pacifico è il principio in forza del quale l'espiazione della pena non impedisce l'esecuzione della misura di prevenzione, essa tuttavia non incide sul giudizio di pericolosità che dovrà essere soggetta ad una valutazione in concreto.

2. La confisca di prevenzione.

¹ Cass., Sez Un., sent. 4 gennaio 2008 n. 111.

L'istituto della confisca quale strumento di prevenzione viene introdotto nel nostro ordinamento con la l. 646/82² la quale, implementando le strategie normative adoperate dal legislatore nella lotta alla criminalità organizzata, ha fornito ulteriori strumenti, quali appunto le misure di prevenzione a carattere patrimoniale della confisca e del sequestro.

Tale scelta di politica criminale testimonia la consapevolezza assunta dal legislatore circa la necessità di incidere sulle potenzialità economiche delle associazioni criminali, agendo sul patrimonio dalle stesse accumulato grazie ad un'alterazione del circuito economico.

Tale obiettivo ha però evidenziato i limiti della confisca ex art. 240 c.p. annoverata tra le misure di sicurezza di tipo patrimoniale, nonché sanzione accessoria *post delictum*.

L'applicazione della misura prescindere, infatti, dalla valutazione circa pericolosità del reo, spostando il piano di interesse "all'aggressione" di quei beni che *"furono destinati a commettere il reato e delle cose che ne sono prodotto o il profitto"*.

La confisca, così come disciplinata dalla norma codicistica evidenzia chiare criticità che ne rendono limitante l'applicazione in sede di prevenzione e lotta alla criminalità organizzata.

Siffatta misura richiede ai fini dell'applicabilità una serie di presupposti che ne sanciscono al tempo stesso un'inefficienza funzionale all'attività di prevenzione, in quanto l'applicazione sarà subordinata ad una sentenza di condanna, nonché ad un nesso di pertinenzialità tra la res e la fattispecie criminosa.

Nella prassi applicativa un ulteriore limite si rinviene nell'impossibilità di aggredire i beni dei terzi estranei al reato, principio giuridico pacifico ed ampiamente condivisibile, che tuttavia impedisce di travalicare lo schermo di una situazione che, sebbene giuridicamente lecita, cela - attraverso trasferimenti simulati ed intestazioni fittizie - una realtà fattuale alterata grazie alla quale il condannato potrà godere di una signoria piena sul bene.

La confisca di prevenzione è strumento ablativo di duplice natura- sanzionatoria e preventiva- che permette l'acquisizione a favore dello Stato dei beni sequestrati al pervenuto.

La disciplina normativa si rinviene nell'art 24 d.lgs. 159/2011 il quale recita *"Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere*

² A tale testo normativo si deve inoltre la codificazione dell'art. 416 bis c.p.

titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. In ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale".

Come precedentemente anticipato la confisca di prevenzione si differenzia dal medesimo istituto rientrante tra le misure di sicurezza in quanto ai fini applicativi non richiede un necessario accertamento circa la commissione di un illecito, pertanto il provvedimento potrà indirizzarsi nei confronti di beni diversi da quelli che costituiscono meramente il prodotto, profitto o prezzo del reato.

Il termine per l'emissione del decreto di confisca è di un anno e sei mesi, periodo che decorre dalla data di apprensione delle *res* da parte dell'amministratore giudiziario.

In ipotesi in cui il proposto compia atti fraudolenti mirati alla dispersione, occultamento o svalutazione dei beni al fine di eludere la misura, la confisca avrà ad oggetto beni o denaro di valore equivalente.

Medesima prassi sarà eseguita allorché sussista l'impossibilità di confiscare i cespiti laddove siano stati legittimamente trasferiti a terzi in buona fede prima dell'esecuzione del sequestro³.

L'aspetto più controverso dell'intera disciplina delle misure di prevenzione attiene tuttavia al regime probatorio. La formulazione normativa –infatti– sembra richiedere quale requisito necessario l'impossibilità del destinatario circa la dimostrazione della legittima provenienza dei beni.

Parte della dottrina ha ravvisato in tale previsione un'inversione dell'onere probatorio in quanto l'indiziato dovrà necessariamente produrre elementi atti a comprovare l'origine dei beni in sequestro.

Sul punto si segnala un intervento dirimente della Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali hanno affermato che *"In tema di confisca di prevenzione...spetta alla parte pubblica l'onere della prova della sproporzione tra beni patrimoniali e capacità reddituale del soggetto nonché della illecita provenienza dei beni, dimostrabile anche in base a presunzioni, mentre è riconosciuta al proposto la facoltà di offrire prova contraria"*⁴.

La confisca di prevenzione- quindi- travalica i limiti dell'istituto ex art. 240 c.p. essendo misura *ante delictum*, la quale non richiederà ai fini dell'applicazione

³ Art. 25 d.lgs 159/2011.

⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n.4880.

una sentenza di condanna né un accertamento circa uno specifico reato. La stessa potrà inoltre essere disposta su quei beni che risultino nella disponibilità di terzi estranei al reato.

Un approccio rivoluzionario quindi circa le metodiche di contrasto alla criminalità organizzata, capace di incidere sui patrimoni illeciti delle associazioni criminali prescindendosi da una sentenza di condanna o dall'effettiva e materiale disponibilità dei beni da parte dell'indiziato del reato associativo.

3. Evoluzione normativa della confisca di prevenzione alla luce del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, il c.d. "Codice antimafia".

il Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, il c.d. "Codice antimafia", si pone quale opera di sintesi volta a porre ordine su di un crogiuolo normativo disorganico generato dalla dilagante ipertrofia normativa in materia di prevenzione.

Nonostante la genesi normativa del sequestro e della confisca di prevenzione sia collocata temporalmente al settembre del 1982 grazie alla legge n. 646/82 (c.d. Rognoni-Torre) è possibile rinvenire tracce di tali istituti già nel corso del regime fascista, ove venivano tuttavia ricondotti nell'alveo della legislazione di pubblica sicurezza.

Durante il regime, infatti, è possibile scorgere tracce residuali di provvedimenti ablativi, emanati dall'autorità di pubblica sicurezza⁵ e slegati da una sentenza di condanna in sede penale;

Tali misure fungevano da strumento ambivalente utile tanto alla soppressione delle manifestazioni di dissenso politico nonché funzionali al contrasto avverso il fenomeno del brigantaggio.

Successivamente, l'introduzione del d.lgs. n.159/1944, dava luogo ad una forma di confisca rivolta a tutti coloro i quali avessero tradito la patria ponendosi spontaneamente ed attivamente al servizio degli invasori tedeschi".⁶

Anche in questo caso, lo strumento ablatorio prescindeva da un giudicato penalistico, provocando accesi dibattiti giurisprudenziali⁷ e dottrinali⁸ che trovarono la soluzione grazie ad una pronuncia della Corte Costituzionale, la

⁵ , Ai sensi del T.U. 18 giugno 1931 n. 773.

⁶ Art 9. d.lgs. n. 159 del 1944.

⁷ Nel 1945 la Corte di Cassazione catalogò tale confisca nel genus delle "pene accessorie" successivamente le Sezioni Unite, giunsero a diversa conclusione definendola "sanzione civile specifica", consentendone l'applicazione anche nel caso di estinzione del reato e della pena.

⁸ VASSALLI G., La confisca dei beni: storia recente e profili dommatici Padova, 1951 p. 17 ss.;

quale escluse la rilevanza penalistica di tale strumento riconoscendolo tuttavia non contrastante alla stregua degli art. 25 e 27 Cost.⁹.

Nel 1975 grazie alla c.d. legge Reale, venne introdotta una misura di stampo preventivo volta ad impedire che la libera disponibilità dei beni potesse favorire l'esercizio di attività socialmente pericolose da parte di coloro che fossero sottoposti a misure di prevenzione personale¹⁰.

La sopracitata legge Rognoni-Torre, datata 1982 è figlia delle crescenti esigenze di ricerca di strumenti idonei a contrastare la criminalità organizzata ed è proprio alla luce di tale esigenza che deve leggersi la predisposizione da parte del legislatore di un sistema normativo che includesse la figura del sequestro e della confisca anche in ambito del procedimento di prevenzione.

Nel corso del tempo la disciplina relativa ai provvedimenti ablatori in ambito preventivo è stata profondamente innovata, in particolar modo grande attenzione è stata rivolta alla gestione pubblicistica dei beni oggetto di sequestro e di confisca.

Elemento significativo è dato sicuramente dalla possibilità di aggredire quei beni alla luce del requisito della sproporzione tra il valore delle res ed il reddito o l'attività economica del proposto, ampliando grandemente il novero dei soggetti possibili destinatari delle misure preventive.

Ulteriori modificazioni sono state introdotte nel nostro ordinamento dal c.d. pacchetto sicurezza che nel 2009 ha delineato la figura normativa della confisca per equivalente grazie al quale viene positivizzato il principio di autonomia tra le misure di prevenzione patrimoniali e quelle personali, aprendo- quindi- alla possibilità di applicazione disgiunta di entrambi gli strumenti.

Sin dal 1982 la confisca in esame è stata annoverata tra le misure di prevenzione, permettendone in questo modo l'applicazione prescindendosi da forme di accertamento connesse al procedimento penale.

A tal proposito il legislatore ritenne di far confluire la misura all'interno di una procedura differente rispetto a quella di stampo penalistico, eleggendo quale luogo di destinazione l'allora procedimento di prevenzione personale, rientrando nell'alveo del diritto di polizia funzionale a reprimere le condotte antisociali.

In prima *facie* la S.C. a sezioni unite ritenne che tale provvedimento ablatorio non potesse essere annoverato quale misura di prevenzione da affiancarsi a quelle misure di tipo personale già positivizzate.

⁹ Corte Cost., sent. n. 46/1964.

¹⁰ art. 22 l. n. 152/1975.

Gli ermellini ipotizzarono infatti la creazione di un *tertium genus* non riconoscendole un'effettiva funzione preventiva¹¹.

Alle modifiche apportate dai pacchetti sicurezza del 2008-2009 seguirono importati pronunce della Corte di Cassazione che tuttavia non riflettevano un orientamento unitario.

La Quinta sezione nel 2012 ritenne che la confisca di prevenzione così come tratteggiata dalle innovazioni normative acquisisse natura oggettivamente sanzionatoria¹².

Dirimente in tal senso fu l'intervento delle SS.CC le quali definirono la confisca quale istituto camaleontico: *“La sua concreta fisionomia è determinata dalla specifica disciplina positiva, alla quale l'interprete dovrebbe dunque guardare per cogliere la finalità che il legislatore ha inteso perseguire; finalità che, nel caso della confisca di prevenzione, viene dalla Corte individuata principalmente nella necessità di «rimuovere beni di illecita provenienza dal circuito dell'economia legale»*¹³.

In sintesi, la S.C. ha attribuito alla confisca natura prettamente preventiva statuendone l'applicazione retroattiva ai sensi dell'art 200 c.p. La ratio di tale decisione trova il proprio fulcro nella sussistenza della pericolosità sociale arrivando a coinvolgere anche gli eredi o i terzi acquirenti, malgrado sugli stessi non penda alcuna valutazione circa la pericolosità sociale, poiché incentrata sul bene anche alla luce del momento in cui questo viene acquisito.

Sul punto gli ermellini hanno condiviso le argomentazioni già prospettate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.29 del 1961 ove si era già affermata la natura poliedrica della confisca. Nonostante il contenuto ordinario – dato dalla privazione di beni economici- quest'ultima potrà essere disposta al fine di raggiungere finalità differenti, dovendosi valutare l'istituto non in via meramente astratta bensì alla luce del testo normativo che la disciplina e la dispone.

Tale interpretazione ha dato luogo a molteplici dibattiti dottrinari in quanto la definizione normativa della confisca prospettata dal codice antimafia pone l'attenzione su fatti commessi in passato dal proposto con riguardo alla ricerca di quegli elementi indiziari dal quale desumere un'attitudine alla commissione di condotte delittuose , focalizzando inoltre l'attenzione non sulla destinazione del bene bensì sulla provenienza dello stesso al fine di soddisfare il presupposto

¹¹ Cass. pen., Sez. Un., 19 dicembre 2006, n. 57.

¹² Cass. pen., Sez V n. 14044 del 2012.

¹³ Cass., S.U. sent. n.4880 del 2014.

oggettivo necessario ai fini dell'applicazione, ovvero, la natura illecita dello stesso.

Secondo la dottrina la confisca così come tratteggiata costituirebbe non altro che una "sanzione penale atipica" che trova la propria giustificazione nella trasmissione della pericolosità sociale del soggetto al bene acquistato.

4. I destinatari della misura.

I destinatari delle misure in analisi sono individuabili attraverso il combinato disposto degli artt. 4 e 16 del d.lgs. 159/11 ricomprendendosi anche le persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato delle Sanzioni per le Nazioni Unite o ad altro organismo internazionale dotato di competenza ai fini della disposizione del congelamento di fondi e risorse economiche.

Il rinvio interno contenuto nel sopracitato art.16 amplia l'ambito applicativo della misura di prevenzione la quale ricomprende tanto le ipotesi di "pericolosità generica" che quelle di pericolosità qualificata.

Nonostante l'animus del legislatore mirasse a rendere concretamente efficaci i provvedimenti adottati in ambito del procedimento prevenzione, la formulazione dell'art.1 del d.lgs. 159/2011 ha altresì ampliato il novero dei destinatari di tali misure abbracciando quindi, una pluralità di condotte, sollevando non pochi dubbi circa la costituzionalità della stessa, con particolare riguardo alla lettera a) della suddetta norma che data la propria indeterminatezza appare in contrasto con il principio di legalità nonché tassatività che trova la propria ancora normativa nell'art. 42 Cost.

La giurisprudenza ha cercato di colmare la lacuna normativa, stabilendo la necessità di un rigoroso accertamento circa i presupposti di applicazione della misura non esperibile in base ad elementi meramente indiziari privi di un riscontro oggettivo¹⁴.

In tal senso, pregevole è l'attività compiuta dalla Corte di Cassazione volta a colmare la lacuna normativa quantomeno sotto il profilo probatorio. Con un indubbio sforzo interpretativo infatti, la S.C. ha delineato i contorni di un rigoroso accertamento probatorio relativo ai presupposti necessari ai fini dell'applicazione della misura elidendo qualsiasi prassi applicativa fondata su meri elementi indiziari privi di un concreto riscontro.

Ulteriore tema di particolare rilevanza attiene alla tutela dei diritti dei terzi estranei alla sfera del proposto.

¹⁴ Cass., pen., VI Sez., 21 settembre 2017 n. 53003.

L'iniziale formulazione normativa¹⁵ menzionava espressamente quei beni sulla quale i terzi vantassero diritti reali o personali di godimento purché costituiti in data anteriore al provvedimento di sequestro.

In tal senso la tutela era riservata esclusivamente ai titolari del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento salvo l'ipotesi di intestazione fittizia e correlativa materiale disponibilità del bene da parte del proposto. Per coloro i quali avessero vantato diritti derivanti da quello del destinatario della misura, sarebbero stati opponibili al sequestro gli atti immediatamente traslativi del diritto di proprietà salvo risultasse la trascrizione degli stessi nel periodo antecedente al sequestro. Con riguardo agli atti ad effetto obbligatorio si riteneva che gli stessi fossero recessivi rispetto alla misura ablatoria salvo l'Amministrazione non avesse ritenuto di sostituirsi al proposto nei rapporti con il terzo.

Le modifiche normative datate 2017 hanno innovato tale posizione legislativa, contemplando la citazione nell'ambito del procedimento di cognizione anche dei terzi che vantassero sui beni diritti personali di godimento.

Relativamente ai diritti reali di garanzia vantati dai terzi occorre ricordare un orientamento giurisprudenziale il quale afferma che l'acquisto dell'Erario a seguito di confisca costituirebbe un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo, dal quale conseguirebbe la possibilità per i terzi di opporre il proprio diritto nei confronti dello Stato¹⁶.

Tuttavia, secondo orientamento giurisprudenziale prevalente, la confisca de qua costituirebbe un modo di acquisto della proprietà a titolo originario a favore dello Stato, dal quale deriverebbe un'assenza di tutela nei confronti dei terzi titolari di diritti su quel medesimo bene.

In tal caso l'apprensione del bene dall'autorità statale in forza dello strumento ablativo avrebbe forza di legge prevalendo sull'eventuale pretesa dei terzi, cedevole dinnanzi ad un interesse generale finalizzato alla repressione del crimine¹⁷.

Fuori dubbio invece è la posizione dei creditori chirografari i quali, laddove non avessero predisposto atti di esecuzione in epoca antecedente alla confisca, saranno ad essa recessivi residuando esclusivamente le tutele disposte ex art. 2740 c.c. .

Allo stato attuale, i creditori di buona fede subiscono la misura di prevenzione pur essendo esenti da colpa.

¹⁵ Art.2 ter co.4 l.n.567/75.

¹⁶ Cass., pen., Sez. I, 3 luglio 97 n. 5988.

¹⁷ Cass., S.U.. 8 giugno 99 n. 99.

Sulla conformità dell'intero sistema in analisi è stata interpellata la Corte Costituzionale, in particolare sulla legittimità costituzionale dell'art. 2 ter, com. 5 legge 31 maggio del 1965 n.575, sollevata in riferimento agli artt. 25, co.1,25, co.3 e 24 co.1 Cost. in quanto detta normativa non garantirebbe tutela giuridica ai creditori del proposto– sia chirografari che privilegiati- né in sede del processo di prevenzione né tantomeno in sede di giudizio di cognizione o esecuzione¹⁸.

Con riguardo alle forme di tutela del terzo creditore, è opportuno segnalare due orientamenti contrapposti;

La I Sezione della S.C. con la sentenza datata 19 febbraio del 2003 n. 13081 stabiliva la necessità di tutelare i terzi dagli effetti pregiudizievoli della confisca non potendo quest'ultima incidere sulla posizione giuridica di coloro i quali fossero estranei alla condotta delittuosa, con eccezione tuttavia del creditore ipotecario, in quanto, essendo escluso dalla tassativa elencazione fornita dall'art. 2 ter della l. n. 565/75 non rientrerebbe tra i soggetti legittimati ad agire nel procedimento di prevenzione¹⁹.

Orientamento differente, invece, riconosce ai creditori ipotecari la veste di soggetti terzi laddove avessero ottenuto il diritto reale di garanzia anteriormente al procedimento preventivo.

In tal caso, la sede naturale per opporre la causa di prelazione sarà l'esecuzione civile.

La questione è risolta tuttavia dalla stessa I Sezione della S.C. con la sentenza n.12317 del 2005 con la quale viene sancita la sussistenza di una tutela da parte del legislatore rivolta a tutti i terzi che vantino diritti reali sul bene, comprendendo anche i titolari di diritti reali di garanzia.

Il terzo potrà infatti adire il giudice della prevenzione attraverso l'incidente di esecuzione al fine di provare la propria buona fede nonché l'estraneità alle attività illecite del proposto.

Sul punto il legislatore è intervenuto mediante l'art. 52 del codice antimafia che circoscrive le condizioni necessarie affinché i terzi possano ricevere tutela stante l'applicazione di una procedura ablatoria definitiva. In tal caso, sarà necessario un accertamento relativo all'estraneità del terzo all'attività delittuosa del proposto suo debitore. Il controllo mira ad evitare che il terzo funga da mero prestanome fornendo al reo la possibilità di preservare la signoria reale sul bene.

¹⁸ La Corte Costituzionale con sentenza del 19 maggio 1994 n. 190 dichiara inammissibile il ricorso poiché implicante un intervento additivo che in assenza di soluzione obbligata violerebbe il principio di discrezionalità del legislatore.

¹⁹ Si negherà quindi la tutela del creditore ipotecario alla luce della prevalenza del principio costituzionale dell'utilità sociale rispetto al principio di iniziativa economica privata.

Affinché il terzo possa ricevere tutela sarà necessario che il proposto non disponga di un patrimonio idoneo al soddisfacimento del credito; che il credito non fosse strumentale all'attività illecita o che comunque non né costituisca il frutto o il rimpiego²⁰; ed infine per i crediti attinenti a promesse di pagamento piuttosto che titoli di credito, sarà necessario dimostrare il rapporto genetico sottostante elidendo quindi l'astrattezza delle fonti obbligatorie elencate.

Il codice antimafia introduce una metodica di accertamento del credito non dissimile da quella prevista dalla disciplina fallimentare.

La procedura sarà diretta dal giudice delegato e predisposta dall'amministratore giudiziario che procederà alla stesura dell'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali sui beni oggetto di misura.

Una volta formatosi lo stato passivo la successiva fase distributiva prevederà un progetto di pagamento ad opera dell'amministratore salvo intervento del giudice delegato per eventuali modifiche e la formazione definitiva del piano alla luce delle osservazioni e collocazione dei crediti.

5. La confisca di prevenzione: La posizione degli eredi e degli aventi causa.

Elemento che sottolinea il ruolo della confisca preventiva quale strumento nevralgico in ottica di repressione al fenomeno delle associazioni di cui all'art 416 bis c.p. è l'applicabilità della stessa anche nei confronti dei beni degli eredi del soggetto nei cui confronti la misura poteva essere proposta.

L'introduzione all'interno del nostro ordinamento dei "pacchetti sicurezza" ha portato con se la possibilità di applicare una misura di sicurezza nei confronti degli eredi del proposto laddove quest'ultimo fosse deceduto prima che il procedimento divenisse definitivo.

Successivamente mediante la predisposizione dell'art. 18 del d.lgs. 159/2011 il legislatore ha espressamente previsto la possibilità di applicare lo strumento ablatorio sia nel caso in cui il decesso del proposto si fosse verificato dopo l'inizio del procedimento di prevenzione, sia nel caso in cui la morte fosse sopravvenuta anteriormente alla predisposizione della misura.

La norma sopracitata introduce inoltre il principio di applicazione disgiunta della misura patrimoniale rispetto a quella personale.

L'impostazione antecedente rinnegava tale opportunità, essendo richiesta necessariamente un'applicazione congiunta delle due misure. Tale previsione coesisteva in piena armonia alla luce dei superati parametri di applicabilità delle

²⁰ Il creditore dovrà comunque dimostrare la buona fede e l'affidamento inconsapevole.

misure patrimoniali le quali, si ricorda, si fondano non sul carattere illecito delle res, bensì sulla pericolosità del reo, in quanto socialmente pericoloso poiché indiziato del reato di cui all'art. 416 bis.

Tale orientamento non consentiva tuttavia di disporre la confisca in quei casi in cui difettesse l'applicazione della misura di prevenzione personale a causa della morte del proposto rendendo impossibile l'aggressione da parte dello stato di quei beni che seppur nella titolarità degli eredi resterebbero ancora nella materiale disponibilità dell'associazione mafiosa.

L'art. 28 del codice antimafia garantisce all'erede uno strumento attraverso in quale opporsi alla confisca, ovvero quello della revocazione. Per procedere in tal senso sarà necessaria la sussistenza di una delle seguenti ipotesi:

- L'esclusione dell'esistenza dei presupposti della confisca stabilita da sentenze definitive, sopravvenute o comunque non conosciute al tempo della conclusione del procedimento di prevenzione.

- La scoperta di elementi di prova ritenuti determinati e decisivi sopravvenuti al termine del procedimento.

- Che la base motivazionale sulla quale il procedimento di prevenzione ponga le radici abbia tratto origine da atti riconosciuti quali falsi o da falsità del giudizio.

Occorre sottolineare che - dal tenore del summenzionato articolo- si evince una chiara indicazione relativa all'onere probatorio dell'interessato, in quanto in sede di revocazione quest'ultimo non potrà opporre sentenza penale né tantomeno la falsità degli atti, laddove tali elementi fossero stati rilevabili nel corso del procedimento di prevenzione.

Vieppiù, il legislatore priva dello strumento della revocazione coloro i quali, pur potendo prendere parte al procedimento vi abbiano rinunciato, seppur tacitamente.

Se anche la domanda di revocazione trovasse accoglimento, il bene precedentemente confiscato non potrà essere retrocesso ed eventuali pretese avanzate dal ricorrente potranno trovare accoglimento soltanto per equivalente.

Tale formula soddisfattoria trova la sua ratio nella necessità di favorire i soggetti destinatari delle res sottoposte a confisca- generalmente gli enti locali- i quali non potrebbero investire sui beni ottenuti al fine di riutilizzare gli stessi per finalità sociali, in quanto le istanze di revoca renderebbero instabile il giudicato in materia di prevenzione²¹. Allo stesso tempo, l'azione da parte di

²¹ La scelta compiuta dal legislatore riflette l'esigenza di favorire gli enti- generalmente i comuni- beneficiari dei beni confiscati, in quanto in caso contrario alla luce dell'instabilità del giudicato di prevenzione verserebbero nell'impossibilità di investire risorse sul riutilizzo dei cespiti acquisiti.

terzi potrebbe rendere vano il procedimento stesso, in quanto attraverso interposizione fittizie, i beni potrebbero rientrare nella disponibilità dei destinatari della misura.

6. Rapporti tra la confisca "allargata" e la confisca di prevenzione.

La confisca "allargata" o per sproporzione viene disciplinata ex art. 12 sexies, d.l. n. 306 del 1992.

Si tratta di uno strumento ablatorio di tipo reale *post delictum* che opera laddove sussistano i presupposti indicati nel summenzionato articolo e successivamente ad una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti. Oggetto di tale strumento saranno i beni, il denaro o le altre utilità della quale il condannato risulterà avere la titolarità o disponibilità a qualsiasi titolo, anche per interposta persona, dei quali non sarà in grado di giustificarne la provenienza.

L'interesse sarà rivolto a quel complesso di beni il quale valore risulti sproporzionato rispetto al reddito dichiarato dal condannato ai fini delle imposte o dalla propria attività economica.

La giurisprudenza attribuisce a tale tipologia di confisca veste di "*misura di sicurezza patrimoniale atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia*²²".

Categorizzare la confisca allargata in tale *genus*, consente l'applicazione del combinato disposto dell'art.25 Cost. e gli artt. 199 e 200 c.p., funzionale ad escludere l'operatività del principio di cui all'art. 2 c.p. -principio di irretroattività- il quale sarebbe ostativo ai fini dell'applicazione del predetto strumento a quelle fattispecie delittuose verificatesi anteriormente all'entrata in vigore del testo normativo che ha positivizzato la confisca in analisi.

Sarà sufficiente quindi il dato fattuale della titolarità o mera disponibilità del reo, anche per interposta persona, di beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o dell'attività economica esercitata in assenza di una giustificazione circa la provenienza lecita degli stessi o dei mezzi impiegati per l'acquisto.

La misura quindi troverà applicazione in forza di una "presunzione" circa l'illecita provenienza dei beni richiedendo un'inversione probatorio a carico del titolare che sarà onerato di fornire elementi ritenuti sufficienti a giustificarne la provenienza. Se tale presunzione non sarà superata il bene sarà oggetto a confisca e nelle more del giudizio al sequestro ex 2 dell'art. 321 c.p.p co.2.

Tanto in ipotesi di confisca di prevenzione che in quella allargata non sarà necessario dimostrare il nesso di pertinenzialità tra i patrimoni presuntivamente

²² Cass., Sez. Un., Pen., sent. 19 gennaio 2004 n. 920.

considerati illeciti e le res oggetto di interesse, in quanto entrambe generano dal medesimo presupposto applicativo della "sproporzione". Tale elemento di comunanza nella prassi, si traduce in ipotesi di sovrapposizione tra le diverse misure ablatorie.

La problematica di tale eventualità trova il proprio fulcro nella possibile coesistenza di provvedimenti tra loro diversi, l'uno disposto in sede di prevenzione e l'altro in sede penale.

In ipotesi di contrasto tra il sequestro e la confisca posti in sede penale, derimente è sul punto l'art.30 del d.lgs. n.159/2011 che relativamente ad i rapporti tra sequestro e confisca disposti in sede di prevenzione o del procedimento penale sancisce la prevalenza della confisca che assuma anteriormente il principio della definitività.

Di recente la suprema Corte ha affrontato un aspetto critico relativo alla coesistenza delle misure di prevenzione applicate in fasi differenti allorché vi sia un contrasto circa le determinazioni dell'organo giudicante e di prevenzione²³. Nel caso di specie, la S.C. revocava con sentenza la confisca ex art.12 sexies d.l. 306 del 1992, stabilendo l'insussistenza di un'effettiva sproporzione tra il patrimonio dell'interessato e la sua disponibilità economica, sproporzione ritenuta tuttavia sussistente nell'ambito del parallelo procedimento di prevenzione. Quest'ultimo gode infatti di piena autonomia rispetto al procedimento svolto in sede penale e di norma vige un'intangibilità relativa ai provvedimenti assunti in tali giudizi, autonomi e non influenzabili dalle determinazioni e decisioni assunte nel parallelo procedimento.

Tale affermazione produrrebbe un conflitto, formulandosi decisioni differenti generate dalle medesime risultanze probatorie, anomalia in netta contrapposizione con uno dei principi cardine del nostro ordinamento quale quello del *ne bis in idem*²⁴.

Invocare "l'indipendenza" tra i due giudizi risulta soluzione di compromesso e difficilmente armonizzabile con la ratio ed i principi del sistema penalistico.

La S.C. pur riconoscendo la dignità e l'autonomia delle misure riconduce il contrasto non nell'alveo del *ne bis in idem*, quanto ad una preclusione processuale non dissimile rispetto a quella prevista in ambito del procedimento cautelare.

²³ La problematica in questione attiene alle ipotesi in cui le misure applicate nei differenti procedimenti diano luogo a giudizi contrastanti generati dalle medesime risultanze probatorie.

²⁴ Cass., Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2013 in Mass. Uff., n. 255352.

Quest'ultimo infatti è connotato da una minore stabilità rispetto al giudicato in quanto esposto a modificazioni allorché si verificasse la sopravvenienza di fatti nuovi idonei ad incidere sui presupposti e sulle esigenze cautelari.

Tale preclusione rileva in presenza di sentenze divenute definitive, aventi ad oggetto i medesimi presupposti di entrambi i provvedimenti ablatori.

7. Analisi dei beni oggetto di confisca preventiva.

L'art 24 del d.lgs. n 159 del 2011 delinea i beni oggetto della confisca preventiva, concentrandosi, in particolar modo sulle res il cui valore è ritenuto sproporzionato se confrontato alla capacità reddituale del proposto e su quei beni che risultino essere il frutto o l'oggetto di attività illecite. Il termine "frutto" ricomprende la totalità delle risorse economiche derivate dalla realizzazione della condotta delittuosa, mentre il termine "rimpiego" è ancor più ampio ricomprendendo nel novero delle res aggredibili quei beni che presentino un legame anche indiretto con la condotta criminale, omnicomprensivo quindi, di tutti i successivi investimenti o attività economiche idonee a realizzare un vantaggio patrimoniale economicamente valutabile.

Non si può prescindere da un'analisi del concetto di sproporzione enucleata dal summenzionato art. 24 in quanto il requisito di qua, è sufficiente ai fini della giustificazione del provvedimento ablatorio risultando nella prassi applicativa chiaramente meno oneroso per l'autorità giudiziaria in ambito probatorio.

L'emersione di elementi circa la sproporzione patrimoniale del bene risulterà chiaramente più agevole rispetto alla ricerca di elementi che forniscano la prova concreta della provenienza illecita dello stesso.

Sul punto non sono mancati diversi dibattiti dottrinali, in particolar modo ancorati al concetto della sproporzione che se considerata quale unicum requisito non può essere elevato a sintomatologia circa l'illecita provenienza del bene.

Diversi interventi ad opera della S.C. hanno colmato l'evanescenza normativa circa la definizione di sproporzione tratteggiandone in maniera definitiva i contorni. Gli ermellini hanno enucleato importanti principi attraverso una minuziosa opera ermeneutica, stabilendo che il giudizio circa la sproporzione deve essere orientato sul singolo cespite e non sull'intera consistenza patrimoniale della persona, dando rilievo al valore di ogni bene al momento dell'ingresso del patrimonio del proposto²⁵.

²⁵ Cass. pen., I Sez 11 marzo 2016 n. 27147.

Ulteriore orientamento affermatosi grazie all'intervento delle Sezioni Unite nella c.d. sentenza Spinelli attiene al nesso tra la pericolosità sociale del soggetto ed il tempus di acquisto o ingresso del bene nel patrimonio del proposto²⁶.

Saranno infatti oggetto di confisca di prevenzione quei beni acquistati al tempo in cui sussisteva la pericolosità sociale del reo indipendentemente dal fatto che questa permanga al momento in cui la misura preventiva trova applicazione.

È proprio questa caratteristica, affermano le Sezioni Unite, a privare la confisca di quegli elementi che la renderebbero non altro che una sanzione, difficilmente armonizzabile con i principi Costituzionali in tema di libertà di iniziativa economica e proprietà privata.

La sussistenza della dicotomia, tempo di acquisto e pericolosità del reo, opera, secondo le Sezioni Unite, anche in relazione ad una pericolosità qualificata quale quella "mafiosa", ove tuttavia risulterà più complesso circoscrivere entro un determinato arco temporale l'appartenenza o i rapporti del reo con l'associazione criminale.

La complessità nell'individuare il dato temporale si traduce nella prassi in un'astrazione del requisito che tuttavia è imprescindibile ai fini dell'adozione provvedimento ablatorio, come dimostra la sussistenza del diritto del proposto di fornire elementi atti a comprovare la legittimità dei propri acquisti, in quanto provenienti fonti reddituali o patrimoniali lecite²⁷.

Occorre ora, interrogarsi sulla terminologia utilizzata dal legislatore circa i requisiti necessari ai fini dell'applicazione della misura ex. art 24 del codice antimafia.

Da una prima lettura pare che la norma richieda la sussistenza, alternativamente, di elementi quali il valore sproporzionato dei beni rispetto al reddito o all'attività svolta ed i proventi illeciti.

Laddove si accogliesse tale interpretazione ermeneutica il rischio è di incorrere in una distorsione tra il piano sostanziale che attiene all'oggetto confiscabile ed il piano processuale, riguardante invece gli strumenti ed i mezzi con cui provare l'effettiva confiscabilità del bene.

L'alternatività, infatti, deve essere parametrata non già sull'oggetto della confisca ma sull'attività volta a rinvenire quegli elementi probatori che si pongono a supporto dell'applicazione della misura ablatoria.

²⁶ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014 n. 2014.

²⁷ Cass., Pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 n. 2014.

Ed infatti prova diretta è l'individuazione dei beni che siano frutto o rimpiego di attività illecite, mentre prova indiretta è il valore sproporzionato del bene dal quale se ne desume la provenienza illecita.

Nella seconda ipotesi la sproporzione è un dato indiziario, una presunzione dal quale desumere un fatto ignoto. Si tratta di una presunzione relativa che consentirà al reo di fornire elementi probatori atti a comprovare la lecita provenienza dei cespiti anche mediante *"la mera allegazione di fatti, situazioni o eventi che, ove riscontrabili, siano idonei, ragionevolmente e plausibilmente, ad indicare la lecita provenienza dei beni"*²⁸.

Tale affermazione, ha dato luogo ad un ampio dibattito dottrinario circa la rilevanza di quelle fonti reddituali non dichiarate al fisco ed il rapporto delle stesse con la confisca di prevenzione.

L'interrogativo di maggior rilievo riguardava la possibilità di aggredire o meno quei beni rispetto ai quali il proposto avesse giustificato l'acquisto o comunque la provenienza mediante l'evasione fiscale.

Un primo intervento si deve ancora una volta alla Suprema Corte che con un'importante sentenza delle sezioni unite negò tale via di fuga, interpretazione positivizzata dal legislatore che con la legge n.161/17 la quale modificò l'art. 24 de d.lgs. n. 159/2011 ove può leggersi l'inciso "in ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o rimpiego dell'evasione fiscale.

8. Le misure di prevenzione: la posizione della CEDU.

In materia di misure di prevenzione nel 2017 la Corte EDU è intervenuta con la sentenza Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.

L'orientamento della Corte Europea, circa le misure di prevenzione, prevede una pacifica compatibilità delle stesse rispetto al sistema convenzionale, escludendosene la riconducibilità alla materia penalistica in quanto tali misure mirano ad impedire la realizzazione di condotte illecite e non a sanzionarne la commissione²⁹.

Nella pronuncia in questione, la Corte di Strasburgo – pur riconfermando l'orientamento appena richiamato- rileva un'ipotesi di incompatibilità tra il sistema italiano- circa la regolamentazione delle misure di prevenzione- e

²⁸ Cass., Pen I sez., 6 febbraio 2018 n. 25175.

²⁹ A tale orientamento consegue l'esclusione delle garanzie previste in ambito del procedimento penale quale il principio del giusto processo nonché il ne bis in idem.

l'ordinamento convenzionale, nella misura in cui la norma nazionale pone delle limitazioni delle libertà personali non supportate da una base legale determinata. Con tale pronuncia La CEDU individua nella regolamentazione della fattispecie preventive di pericolosità sociale nonché nelle prescrizioni accessorie circa la sorveglianza speciale così come disciplinate dalla legge n.1423/1956³⁰ un contrasto con il diritto alla trattazione in pubblica udienza³¹ ed alla libertà di circolazione³² in quanto la disciplina risulterebbe inficiata da imprecisione, genericità ed indeterminatezza così da minare la prevedibilità ed accessibilità del diritto oltre la soglia minima consentita dai principi convenzionali.

La Corte EDU precisa che *"né la legge, né la Corte Costituzionale hanno chiarito quali debbano essere gli elementi di fatto o i comportamenti specifici da prendere in considerazione per la valutazione della pericolosità sociale dell'individuo e per dar luogo all'applicazione di tali misure"*.

In particolare, la Corte censura l'art. 1 della l. 1423/1956 in quanto ritiene: *"non formulato con la determinatezza necessaria ad offrire una protezione contro le interposizioni arbitrarie così da permettere al richiedente di orientare i propri comportamenti e di prevedere con un grado sufficiente di certezza l'applicazione di misure di prevenzione"*

9. Conclusioni.

Come rilevato nel corso della trattazione, le misure di prevenzione di cui al codice antimafia costituiscono una rivoluzione normativa, atta a colpire i patrimoni delle associazioni criminali limitandone le risorse economiche.

La predisposizione di tali strumenti, l'identificazione e l'ampliamento dei soggetti destinatari delle misure³³ nonché la natura *ante delictum* delle stesse ha condotto a diverse riflessioni circa la compatibilità di tali strumenti rispetto ai principi e diritti fondamentali sui quali pone le radici il nostro ordinamento, tra cui la presunzione di innocenza, il diritto di proprietà nonché il rispetto della proporzionalità delle misure di tipo afflittivo irrogabili nei confronti di un soggetto non condannato per alcun reato.

³⁰ Ratio normativa confluita all'interno del Codice Antimafia;

³¹ Art. 6, par.1, CEDU;

³² art. 2, prot.4 CEDU;

³³ Si ricorda tra i requisiti previsti dall'ordinamento la c.d. pericolosità sociale, pericolosità di tipo generico basata su di una valutazione anche prognostica che induce nel convincimento di un'inclinazione del proposto al compimento di atti antisociali.

Sul punto, la Corte Costituzionale, la Suprema Corte di Cassazione e la Corte Edu hanno ritenuto legittima l'adozione di tali provvedimenti, previa acquisizione di un comparto probatorio fondato su elementi non meramente indiziari.

Nonostante la confisca in analisi rientri nell'ambito delle misure di prevenzione non è possibile negare l'incisività della stessa sul patrimonio del proposto che prescinde da un accertamento circa la colpevolezza dello stesso, fattore che ne denota una marcata capacità repressiva.

In materia si è assistito ad un ampio lavoro giurisprudenziale teso a colmare le voragini normative talvolta provocate da predisposizioni normative dai contorni non ben delineati.

Per non incorrere nel ben noto fenomeno della "truffa delle etichette" il legislatore dovrà essere abile nel gestire la dicotomia "garanzia ed efficienza" evitando di fornire alle misure di prevenzione connotati marcatamente punitivi, attraverso un procedimento sguarnito delle tutele previste in ambito procedurale penale.

“Molto rumore per nulla”. Una trasposizione giurisprudenziale della “nuova” legittima difesa.

di Francesca Pia BISCEGLIA*

SOMMARIO: **1.** *Ouverture*: le modifiche in tema di legittima difesa nel domicilio. **2.** Un primo arresto della Corte di Cassazione sull’ambito di operatività della legittima difesa post riforma. La vicenda. **3.** *Segue*. L’iter argomentativo: la perdurante validità delle statuizioni *ante* riforma. **4.** Alcune perplessità su una pronuncia “auto-evidente”. **5.** Una riforma *inutiliter data*? Riflessioni conclusive. **5.1.** Postilla.

ABSTRACT: Through a first judgment, the Supreme Court tries to outline the real scope of the self-defense reform, seeming actually to frustrate the legislative intention of an always proportionate or even always legitimate domiciliary self-defense. Although pointing out critical issues, we we will attempt to put the same sentence and the reform in a wider context.

1. *Ouverture*: le modifiche in tema di legittima difesa nel domicilio.

Per ragioni di chiarezza espositiva, occorre prendere brevemente le mosse dal panorama della legittima difesa domiciliare come ridisegnato dalla l. 36/2019 recante “*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*”¹ che, introducendo presunzioni, ha inteso restringere gli spazi di discrezionalità giudiziale nella valutazione della sussistenza o meno della causa di giustificazione.

Anzitutto, il secondo comma dell’art. 52² prevede ora che sussiste *sempre* il rapporto di proporzione nell’ipotesi in cui una persona legittimamente presente

* Dottoranda di ricerca presso l’Università della Campania “Luigi Vanvitelli”.

¹ Per un’esaustiva panoramica della riforma anche sotto il profilo procedurale e comparativo P. BEVERE, *La legittima difesa*, Torino, Giappichelli, 2019 e A. DI TULLIO, *La nuova legittima difesa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019.

² Nello specifico, l’art. 52 (legittima difesa) si attesta ora nei seguenti termini «1.non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa.2.Nei casi previsti dall’articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a)la propria o la altrui incolumità, b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistente e vi è pericolo di aggressione. Le disposizioni di cui al secondo comma ed al quarto si applicano

in uno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p. utilizzi un'arma legittimamente detenuta per difendere la propria o altrui incolumità nonché i beni propri o altrui dal "pericolo di un'aggressione. Conseguenza di tale presunzione è che dovrebbe essere sempre legittima e dunque non colpevole la reazione sproporzionata.

In secondo luogo viene contemplata una presunzione, *rectius* un'eliminazione del requisito della necessità difensiva: dispone infatti il nuovo quarto comma del medesimo art. 52 che «nei casi in cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa, colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

La riforma ha poi inciso sulla disciplina dell'eccesso colposo prevedendo che «nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, numero 5) [minorata difesa], ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto».

Resta, a questo punto, da vedere se il legislatore sia stato in grado di (ri)affermare³ la propria volontà di presumere la legittima difesa - a beneficio di chi subisca aggressioni nel domicilio - nei confronti dell'interlocutore giudiziale che, sull'argomento, difficilmente arretra rispetto alle proprie posizioni.

2. Un primo arresto della Corte di Cassazione sull'ambito di operatività della legittima difesa post riforma. La vicenda.

Questi i fatti quali emergono dalla breve ricostruzione operata dai Giudici.

L'imputato, al suo rientro a casa, aveva notato che qualcuno vi si era introdotto in sua assenza, asportando altresì degli oggetti. Spaventato perché aveva udito che qualcuno stava tentando di aprire la porta della sua abitazione, appena l'estraneo varcava la soglia, lo colpiva fulmineamente con una mazza da baseball.

Secondo l'imputato, la Corte d'Appello – che aveva confermato la condanna per lesioni personali aggravate – avrebbe in realtà errato nell'escludere l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 52 c.p. nella misura in cui aveva ritenuto che, ai fini

anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

³ A seguito del tentativo in tal senso esperito nel 2006 (v. *infra* par.3).

dell'operatività della stessa, sarebbe stato necessario l'intervento di un'aggressione alla persona, e per contro, insufficiente la sola introduzione dell'aggressore nel domicilio⁴.

3. *Segue. L'iter argomentativo: la perdurante validità delle statuizioni ante riforma.*

La Corte, in sostanza, conferma interamente la lettura dei giudici di secondo grado ribadendo il principio per cui «la causa di giustificazione di cui all'articolo 52 del Codice penale **non consente un'indiscriminata reazione** nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma **presuppone un attacco**, nell'ambiente domestico, alla propria o all'altrui incolumità, o, quanto meno, un pericolo di aggressione».

Nel caso in esame – evidenziano gli Ermellini – vi era stata, per come ricostruito dallo stesso imputato, la mera introduzione nell'appartamento da parte della persona offesa, non accompagnata da altre circostanze rilevanti ai fini della presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa dell'art. 52 c.p. né, ancor prima, idonee a far sorgere la stessa necessità di difesa contro un'offesa ingiusta⁵.

E, per quanto più ci riguarda, si tiene a puntualizzare come a mutare tali conclusioni non possa nemmeno intervenire la recente legge n.36/2019 modificativa degli artt. 52 e 55 del codice penale.

⁴ Cfr. parr. 2.1 e 2.2 del "Ritenuto in fatto". L'imputato lamenta inoltre l'eccessività della pena inflitta, posta la mancata considerazione del comportamento processuale, avendo l'imputato ammesso alcuni dei fatti contestati e quindi mostrato risipiscenza; *tenuto anche conto che il reato al più avrebbe dovuto essere qualificato come lesioni colpose per eccesso colposo ex art. 55, lesioni comunque di scarsa entità.*

⁵ Cfr. par. 1.1 del considerato in diritto in cui si specifica altresì come «la stessa repentinità della condotta, come descritta dal ricorrente, al punto che il medesimo nemmeno riconosceva la vittima, nonostante fosse persona a lui nota, non lascia spazio alla creazione di quella situazione di pericolo attuale richiesto dalla norma, essendosi piuttosto l'azione risolta in un attacco preventivo che in quanto tale non può giammai assumere i connotati della legittima difesa, che presuppone, per sua stessa definizione, l'esigenza di difendersi da una ingiusta aggressione; nè sussistono elementi fattuali, neppure antecedenti all'azione, che possano dar conto di una concreta incidenza sull'insorgenza di erroneo convincimento di dover difendere sé o altri da un'ingiusta aggressione, non potendo certamente desumersi ciò dal solo fatto che l'imputato abbia subito un preventivo furto, avvenuto, in precedenza, in sua assenza. (L'accertamento della legittima difesa, anche putativa, deve essere effettuato valutando, con giudizio "ex ante", le circostanze di fatto, in relazione al momento della reazione e al contesto delle specifiche e peculiari circostanze concrete, al fine di apprezzare solo in quel momento - e non "ex post" - l'esistenza dei canoni della proporzione e della necessità di difesa, costitutivi dell'esimente della legittima difesa *ex multis* Sez. 4, n. 33591 del 03/05/2016 - dep. 01/08/2016, Bravo, Rv. 26747301)».

Prescindendo da quelle che potranno essere «le future evoluzioni interpretative del complessivo statuto normativo afferente la legittima difesa scaturente dall'ultima modifica» - proseguono i Giudici - il novellato art. 52 c.p. continua a fare espresso riferimento alla necessità che l'intrusione nell'altrui abitazione sia avvenuta con "violenza o minaccia".

Inoltre, il rafforzamento della presunzione (quel "sempre" che si pensava dovesse mandare assolto chi reagisce violentemente a un'aggressione nel proprio domicilio) è solo apparente.

In un passaggio invero sibillino (che tenteremo *infra* di decodificare) la Cassazione chiarisce come ciò sia dovuto al fatto che resta in vita l'ipotesi di eccesso colposo di cui all'art. 55 cp, testualmente, «prevedendo il nuovo secondo comma del medesimo articolo unicamente la non punibilità - e per la sola ipotesi della salvaguardia della propria o altrui incolumità - anche in caso di eccesso colposo giustificato da situazioni di minorata difesa ovvero di grave turbamento»⁶. Ne desume quindi che nulla è cambiato rispetto al passato.

In detto contesto, specularmente, la sussistenza dell'eccesso colposo rimane in ogni caso ancorata ai presupposti della legittima difesa⁷.

Ad adiuvandum, la Cassazione riporta gli insegnamenti giurisprudenziali che valorizzano il presupposto su cui si fondano sia la scriminante della legittima difesa che l'eccesso colposo, ovvero l'esigenza di rimuovere il pericolo di un'aggressione attraverso una reazione proporzionata ed adeguata. In particolare, quest'ultimo si caratterizza per un'erronea valutazione del pericolo e dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati⁸.

⁶ «Ed invero, ciò che balza evidente leggendo la nuova norma - ed è di rilievo nella fattispecie in esame - è che nella nuova ipotesi della c.d. legittima difesa domiciliare presunta - quella cioè posta in essere contro l'intromissione nel domicilio - affinché l'azione lesiva del soggetto possa essere presuntivamente ritenuta scriminata - sia pure, come detto, in maniera non assoluta - occorre che l'intrusione nell'abitazione sia avvenuta con violenza o minaccia (così testualmente il nuovo co. 4 dell'art. 52 come modificato dalla l. 36/2019) laddove a nessuna delle due dette circostanze è fatto riferimento nella ricostruzione del caso in esame» (par. 1.1. cit.)

⁷ Per la Cassazione, i giudici di merito hanno fatto corretta applicazione del disposto normativo di cui all'art. 55 c.c. escludendo «la configurabilità dell'eccesso colposo perché, stante l'insussistenza dei requisiti dell'aggressione ingiusta e attuale e della necessità di difendersi, non si tratta di stabilire la proporzionalità della difesa rispetto all'offesa mancando proprio a monte il bisogno di rimuovere un pericolo attuale».

⁸ «Ne deriva che, una volta esclusi gli elementi costitutivi della scriminante, non v'è spazio ovviamente - per l'inesistenza di una offesa dalla quale difendersi - per la configurazione di un eccesso colposo (sicché non vi è neppure obbligo per il giudice di una specifica motivazione sul punto, pur se l'eccesso colposo sia espressamente prospettato dalla parte interessata, cfr. *ex multis* Sez. 5, n. 2505 del 14/11/2008 - dep. 21/01/2009, *Olari e altri*, Rv. 24234; Sez. 1, n. 740 del 04/12/1997 - dep. 21/01/1998, *Mendicino ed altro*, Rv. 20945201)».

In conclusione, si ribadisce come – nel caso di specie - aver escluso gli elementi costitutivi della legittima difesa conduca all'azzeramento dell'ipotesi di eccesso colposo (verificata appunto l'inesistenza di un'offesa dalla quale difendersi) .

4. Alcune perplessità su una pronuncia "auto-evidente".

Il paradosso delle riforme in tema di legittima difesa è che, se l'*intentio legis* è di affrancare la proporzione (ed ora, sembrerebbe, anche gli altri requisiti) dall'interpretazione dei Giudici, nella realtà si assiste esattamente al contrario: per trovare applicazione la normativa non può prescindere dal concreto apporto degli stessi⁹.

È quanto già avvenuto all'indomani della novella del 2006, laddove il Supremo Consesso, prendendo nettamente posizione a favore della natura (soltanto) relativa della presunzione di proporzione, aveva chiarito come - per poter invocare l'esimente anche nell'ipotesi speciale di legittima difesa domiciliare - «deve pur sempre sussistere un'aggressione ovvero il pericolo di un'aggressione in atto»¹⁰.

Ora, ancora una volta, nel modo che abbiamo appena esaminato, la Corte – senza un eccessivo impegno esplicativo - ha inteso dissolvere la paura del *far west*. Per intenderci, quella diffusasi all'indomani dell'ultima riforma in punto di legittima difesa in una parte della dottrina penalistica¹¹ e negli ambienti

⁹ Com'era già stato rilevato all'indomani della riforma del 2006, l'ineffettività degli interventi legislativi volti a sacrificare il ruolo dell'autorità giudiziale nell'accertamento della proporzione è collegata a doppio filo alla considerazione per cui è quasi impossibile preventivare con sicurezza l'esistenza dei requisiti che gli ordinamenti richiedono per consentire alla stessa di liceizzare una condotta altrimenti offensiva. Servirà dunque quasi sempre un processo penale che (ex post) valuti (ex ante) al momento della condotta l'ammissibilità del gesto (tipologia d'azione, circostanze, lesione). Così F. DIAMANTI, *Il diritto incerto, legittima difesa e conflitto di beni giuridici* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1364 ss.

¹⁰ Cass. pen. sez. V, 14 maggio 2008, n.25653. In senso conforme Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 2014 n.691 in accordo alla quale: «la causa di giustificazione prevista dall'art. 52 co. 2 cp, così come modificato dall'art. 1 legge n. 59/2006, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che s'introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione (esclusa, nella specie, l'esimente *de qua* atteso che l'imputato, dopo aver sentito dei rumori provocati dalla presenza di ladri sul solaio di un fabbricato in costruzione, a debita distanza dalla sua abitazione ed in assenza di alcun atteggiamento minaccioso, aveva cagionato la morte di uno di loro, esplodendo colpi di pistola».

¹¹A titolo esemplificativo F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto* in *Quotidiano giuridico.it*, 30 novembre 2018 che rileva le due basi (entrambe costituzionalmente incompatibili) su cui poggiare la nuova disciplina: «o s'intende dare riconoscimento ad un diritto individuale alla autodifesa, nel riconoscimento di una sorta di cieco istinto alla reazione difensiva di fronte a determinate aggressioni quali appunto quelle domiciliari; oppure si concepisce la difesa come una sorta di sanzione privata per chi si è messo dalla parte del torto e, pertanto, si espone al rischio

giudiziari¹², laddove si temeva potesse passare il messaggio di una sorta di indiscriminato diritto di reagire in qualunque modo a qualunque forma di offesa (tanto da portare a temere che si fosse congegnata una sorta di immunità penale per coloro che, colti dal panico o addirittura desiderosi di infliggere un castigo all'intruso, lo passassero per le armi senza troppi complimenti).

In particolare, la valenza meramente simbolica della duplice presunzione (di proporzione e di legittima difesa *tout court*) viene fondata su un argomento di tipo sistematico che valorizza il combinato disposto tra gli artt. 52 e 55 del c.p. Ciò che crediamo voglia dirsi, infatti, in quel lapidario passaggio della sentenza che abbiamo precedentemente segnalato è che la disciplina dell'eccesso colposo non avrebbe ragion d'essere qualora ogni forma di reazione fosse scriminata. Se così fosse, si tratterebbe della lettura offerta da alcuni tra i primi commentatori i quali avevano così sottolineato la «molta retorica e le poche novità della riforma¹³»:

Eppure gli stessi non avevano potuto fare a meno di notare come il legislatore avesse voluto effettivamente introdurre un allargamento – sia pur delimitato

di subirne le conseguenze reattive inferte da parte dell'agredito» e F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.* in *Giurisprudenza penale* per il quale la riforma «lascia al cittadino una sorta di delega (pressoché *in bianco*) al contrasto dell'aggressione subita nel proprio domicilio e a infliggere, se ne è capace, una pena privata qual è quella del rinnovato *eccesso colposo* incolpevole disegnato al secondo comma dell'art. 55». V. anche R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa* in *www.penalecontemporaneo.it* e R. DE VITO, *Legittima difesa: una legge per un Paese più pericoloso* in *Questione giustizia*, 29 marzo 2019.

¹² V. a riguardo la trascrizione dell'audizione svolta il 10 gennaio 2019 dal Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati Francesco Minisci dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati sulla proposta di legge in materia di legittima difesa in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2019.

¹³ Espressione di S. APRILE, *Un'altra riforma della legittima difesa: molta retorica e poche novità* in *Cass. pen.*, 2019, 7, pp. 2414 ss. Sul punto specifico v. D. PULITANO', *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità della ragionevolezza* in *penalecontemporaneo.it*, 21 maggio 2019 : «Inserito in testi di legge, il "sempre induce alla ricerca di significati normativi. Certamente ha inteso lanciare un messaggio. Qualcuno ha parlato di rafforzamento della presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa nel domicilio. Molti (sostenitori o critici) vi hanno letto un superamento dei limiti della necessità: una conclusione insostenibile sul piano dell'interpretazione sistematica e comunque incompatibile con il fondamento costituzionale rilevato dal presidente Mattarella. Secondo il significato usuale della parola, il «sempre» non introduce alcun nuovo elemento di fattispecie: cifra retorica della novella del 2019 il sempre legittima è pura parola, priva di significato normativo [...] il riconoscimento (ovvio della possibilità di un eccesso di difesa prende atto che la difesa non è sempre legittima. Eccesso della necessità e (con le differenziazioni introdotte dalla novella) eccesso della proporzione, si collocano oltre i confini della legittima difesa. A ridosso dei limiti, allargando l'area dell'eccesso scusato».

dagli ulteriori presupposti delineati dalla legge - della giustificazione di reazioni difensive in situazioni particolarmente delicate¹⁴.

È evidente, infatti, che il co. 4 contempla una situazione fortemente caratterizzata, quale intrusione con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica. In tale situazione la reazione "sempre legittima" costituisce la reazione necessitata contro un pericolo (pur sempre attuale¹⁵, secondo tale ricostruzione, ma che deve essere) particolarmente marcato.

Domandandosi fin dove potesse spingersi la reazione per respingere l'intrusione, tale dottrina confidava però in una «saggia ermeneutica della situazione di fatto oltre che dei principi giuridici»¹⁶.

L'esercizio di tale «saggia ermeneutica» non trapela però nella sentenza. Tantomeno, le suddette preoccupazioni sembrano toccare i Giudici i quali – almeno in prima battuta - paiono addirittura assimilare le ipotesi di cui ai commi due e quattro, asserendo semplicemente che nessun cambiamento ha subito lo statuto complessivo della scriminante in questione, salvo escludere l'applicabilità al caso di specie dello stesso co. 4 sul rilievo che «anche lo stesso ricorrente non fa mai riferimento a un'intrusione con violenza o minaccia» testualmente richiesto dalla norma.

Potrebbe essere stata dunque la stessa semplicità di risoluzione della vicenda in esame a far sì che la Corte non si prodigasse in eccessivi sforzi speculativi come, al contrario, ha fatto la dottrina, col dichiarato intento di giungere a interpretazioni costituzionalmente e convenzionalmente conformi¹⁷.

A pensar male, invece, la Corte ha volutamente mostrato di ritenere la soluzione offerta così ovvia sul piano letterale e sistematico (da non necessitare di troppe spiegazioni) allo scopo di fugare – pur senza riuscirci del tutto – i sospetti di illegittimità costituzionale del ritoccato complesso normativo, mettendo con

¹⁴ D. PULITANO', *op. cit.*, pp. 209 ss.

¹⁵ Tale ottica però non è condivisa. V., ad es. M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco* in *Oss. Cost.* 5/2019 pp. 106 ss che rileva come: «il rinvio che il co.4 fa ai precedenti due commi e che consentirebbe di utilizzare l'interpretazione giurisprudenziale costituzionalmente orientata del co. 2 sembra da riferire ai contesti spaziali indicati dai co. 2 e 3 più che al complesso dei requisiti ivi previsti : se così è, diventa difficile recuperare l'interpretazione data dalla giurisprudenza. L'Autore ricavava il requisito dell'attualità dal secondo co. dell'art. 55 il quale nel definire i casi di non punibilità dell'eccesso colposo in relazione ai commi 2,3 e 4 dell'art. 52 fa riferimento allo "stato di grave turbamento derivante dalla situazione di *pericolo in atto*"».

¹⁶ D. PULITANO', *op. cit.*, p. 210.

¹⁷ Come, ad esempio, ha fatto in dottrina G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento in penalecontemporaneo.it*, 1 aprile 2019.

siffatta perentorietà a tacere, senza possibilità di replica, quanti si erano davvero convinti che la difesa fosse "sempre legittima".

Diversamente, ovvero dichiarando la propria soluzione quale la più corretta sul piano dei principi – ma non l'unica concepibile in astratto – sarebbe altresì potuta incorrere nella facile accusa di volersi sostituire al supremo Organo costituzionale¹⁸.

Data l'apoditticità della pronuncia in commento, non si può del tutto escludere, in un futuro prossimo, che un Giudice richieda l'intervento di un bilanciamento "in senso stretto" ad opera della Consulta, invocato da più parti al fine di arginare quello compiuto dal legislatore, che ha inteso ulteriormente ridefinire i rapporti tra i diritti di chi si offende e chi si difende a favore di quest'ultimo. In tal modo tentando, nuovamente con scarsi risultati, di porre un freno al bilanciamento giudiziale ordinario con riguardo alla valutazione dei requisiti della scriminante in questione¹⁹.

E, se è vero che ciò involgerebbe la questione di un sindacato della Consulta in *malam partem*, è altrettanto vero che ormai sono sempre più frequenti i casi in cui il Giudice costituzionale, sollecitato da concrete esigenze dell'ordinamento, si occupa di norme penali manipolandole anche in maniera inedita al fine di ristabilirne la corrispondenza a principi e valori della Carta Fondamentale²⁰.

¹⁸ Così come avvenne con riguardo alla prima pronuncia a seguito del *novum* normativo in tema di colpa medica (Cass. pen. sez. IV 20 aprile 2017 n.28187, *Tarabori*) che, definendo la propria come "l'unica interpretazione possibile", fu accusata da un commentatore (M. CAPUTO, "Promossa con riserva". *La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi* in *Riv. it. dir. med. leg.* 2017, 2, pp. 724 ss.) di praticare un "ultra posse". Infatti, «se si attacca il testo qualificandolo come irragionevole e intollerabilmente contraddittorio non resta che una via: adire la Corte Costituzionale».

¹⁹ Sui tre tipi di bilanciamento (bilanciamento *in senso stretto*, riguardante principi e diritti ma anche interessi, beni o valori, tipico dei giudici costituzionali; bilanciamento *in senso lato*, ovvero valutazione in concreto dell'interesse prevalente, tipico dei giudici ordinari; bilanciamento *in senso latissimo*, ovvero il contemperamento in astratto di interessi o diritti, tipico di legislatori e costituenti) e sulla legittima difesa come emblema della compresenza degli stessi, il rimando è a M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamenti* in Bernardi- Pastore – Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2008, 83 ss.

²⁰ Sul punto si considerino i casi emblematici della sent. n. 236 del 2016, in occasione della quale il giudice costituzionale ha modificato la cornice edittale in tema di delitto di alterazione di stato del neonato nonché della sent. 40/2019 in tema di stupefacenti in cui, preso atto dell'inutilità dell'invito rivolto al legislatore (con sent. 179/2017) di risanare la frattura che separa le pene per i fatti lievi e per i fatti non lievi (previste, rispettivamente, dai commi 5 e 1 dell'articolo 73 del d.P.R. 309 del 1990) ha dichiarato incostituzionale l'art. 73 co. 1 laddove prevede pena minima edittale la reclusione di otto anni invece che di sei. La particolarità risiede nel fatto – come precisato dalla stessa Corte – che la soluzione sanzionatoria adottata non costituisce un'opzione costituzionalmente obbligata e quindi rimane possibile un diverso apprezzamento da parte del legislatore, nel rispetto del principio di proporzionalità. Vd. inoltre l'inedita tecnica decisoria adottata nella duplice pronuncia sul caso Cappato (Corte cost. ord. 207/2018 e sent. 242/2019,

5. Una riforma *inutiliter data*? Riflessioni conclusive.

Alla luce della pronuncia in commento è evidente che – allo stato - resti fuori dall'area di applicazione della scriminante in questione ogni ipotesi di legittima difesa preventiva o anticipata, posta l'ineludibilità dell'attualità del pericolo di un'offesa ingiusta nonché della necessità della reazione difensiva. Ciò significa, ad esempio, che non potranno legittimarsi *offendicula*, sproporzionati negli effetti e capaci di entrare in azione ben prima che si consolidi la situazione di pericolo.²¹

Ancora, non si può tuttora considerare lecita l'uccisione intenzionale di un uomo in ragione della salvaguardia di beni (soltanto) di natura patrimoniale. Ragionare diversamente, infatti, significherebbe porsi in patente contrasto con la gerarchia dei valori sancita dalla Costituzione; nondimeno ci si potrebbe domandare se non possano nemmeno contemplarsi i casi in cui l'agredito nel proprio domicilio si trovi nella condizione – valutabile sulla scorta di circostanze di fatto - di dover agire in via preventiva onde efficacemente tutelare la propria incolumità nei casi in cui attendere una maggiore concretizzazione del pericolo del pericolo significherebbe perdere l'unica occasione efficace di autotutela. A ben vedere, tuttavia, tali casi potrebbero essere recuperati estendendo la nozione di attualità del pericolo fino a ricomprendervi i prodromi del pericolo finale da cui non ci si potrebbe difendere²².

Rebus sic stantibus, dunque, può rilevarsi che - vuoi per il particolare *modus operandi* della scriminante, vuoi per l'interpretazione giurisprudenziale di certi elementi dal significato ambiguo - la fisionomia della legittima difesa, anche di quella (ulteriormente) allargata, non risulta così lontana da quella che l'istituto

sebbene qui l'eccezione potrebbe essere giustificata dalle peculiarità del biodiritto) in cui ad una prima fase di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" rinviando l'udienza di quasi un anno e nel frattempo chiedendo al Legislatore di intervenire in materia di "fine vita" segue una pronuncia volta a dettare una vera e propria normativa "vicaria" in attesa del sempre auspicato intervento legislativo.

²¹M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 119. Sulle problematiche sollevate degli *offendicula* il rimando è a F. VIGANO', *Legittima difesa* in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di) *Codice penale commentato, artt. 1-384 bis*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 596 ss.

²²A. CADOPPI, *Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto: Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di DOLCINI e PALIERO, II, Milano, 2006, pp.1377 ss che però, all'indomani della riforma del 2006, proprio in relazione a queste ipotesi auspicava l'introduzione di una norma ad hoc volta a chiarire «tale portata applicativa della legittima difesa» e ad evitare «oscillazioni giurisprudenziali - espresse o occulte - e disparità di trattamento dei poveri difensori».

aveva prima dei ritocchi normativi. E finanche convenirsi con quanti ritengono che l'art. 52, nella sua formulazione originaria, non necessiti di alcuna riforma²³. Anche perché, a tacer d'altro, non appare realistico – come qualcuno ha sostenuto²⁴ - che un tratto di penna del legislatore possa portare al superamento della logica del bilanciamento di interessi in conflitto che costituisce l' "in sé" delle scriminanti e della legittima difesa nello specifico²⁵. La forza della logica penalistica, dunque, avrà sempre la meglio sulle intenzioni di un legislatore confuso

A questo punto, il reale *novum* normativo non potrebbe che risiedere nell'inedita previsione di cui al co.2 dell'art. 55. Non a caso, questa disposizione venne definita, all'indomani della riforma, la "spia della cattiva coscienza del legislatore" il quale, consapevole che le norme che prevedono le presunzioni di proporzione e della necessità di difendersi sono destinate all'illegittimità costituzionale, avrebbe aggiunto una disposizione che, riferendosi alle stesse ipotesi, dà rilievo ad altri fattori, e sarebbe destinata ad operare proprio nell'eventualità in cui le presunzioni siano dichiarate costituzionalmente illegittime o comunque interpretativamente neutralizzate²⁶, come avvenuto appunto nella pronuncia esaminata.

Nello specifico, l'unico significato che potrebbe darsi alla "nuova" legittima difesa – di per sé non trascurabile – concernerebbe la rilevanza scusabile dell'errore determinato dal turbamento che deriva dalla situazione di pericolo, facendo rientrare nella condotta scriminata proprio quei comportamenti di eccesso colposo che la giurisprudenza intendeva escludere. A patto, ben inteso, che sussistano i presupposti della legittima difesa e se ne eccedano i limiti (val sempre la pena rammentare l'adagio "non c'è eccesso colposo senza legittima difesa"²⁷).

²³ T. PADOVANI, *Ddl Legittima difesa, non resta che sperare nell'oblio legislativo* in *Guida al diritto*, 10 giugno 2017, invitato ad esprimersi sull'opportunità dei recenti progetti di riforma in materia di legittima difesa aveva infatti affermato: «L'attuale vicenda parlamentare è un'impresa che appare priva di senso. Non so quante siano le proposte di modifica. Si rincorrono, cadono, ristagnano...Il problema fondamentale riposa su un grosso equivoco di fondo: l'art 52 c.p. è, in sé, una norma perfetta e non deve essere toccato»

²⁴ M. MICHELOZZI, *Fuori dalla legittima difesa* in *questionegiustizia.it*, 9 gennaio 2019.

²⁵ A titolo esemplificativo T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, UTET, 1989 p.496 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.251 e ss.; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale: Parte generale*, VII edizione, Bologna, Zanichelli, 2014, pp. 294 ss.;

²⁶ R. BARTOLI, *Verso la legittima offesa?*, cit., p. 23.

²⁷ Venuto in rilievo nella pronuncia in questione e, post-riforma, in un arresto di qualche mese precedente (Cass pen sez. I 30 settembre 2019, n.39977) che, analogamente afferma a chiare lettere come «in via generale non può essere configurato l'eccesso colposo previsto dall'art. 55 c.p. in mancanza di una situazione di effettiva sussistenza della singola scriminante, di cui si

A prescindere dai problemi che tali locuzioni pongono²⁸, ancora una volta, sarebbe però incauto dimenticare che sarà un Giudice a dover valutare se c'è "grave turbamento" nel momento in cui viene esploso un colpo di pistola...²⁹

5.1. Postilla.

Potrebbe aprire uno spiraglio di applicabilità della novella (quantomeno) in punto di eccesso colposo un successivo arresto della giurisprudenza di legittimità³⁰, che ha annullato la condanna di omicidio colposo per eccesso di legittima difesa (l'imputato aveva esploso un colpo di pistola contro un albanese disarmato, all'esterno della propria abitazione, nella quale lo straniero aveva cercato di introdursi) rinviando alla Corte d'assise d'appello per la valutazione del "grave turbamento"³¹.

eccedono colposamente i limiti. Ne consegue che l'assenza dei presupposti della scriminante della legittima difesa, con precipuo riguardo al bisogno di rimuovere il pericolo di un'aggressione, mediante una reazione proporzionata e adeguata, impedisce di ravvisare l'eccesso colposo, che si caratterizza per l'erronea valutazione di detto pericolo ed, in relazione ad esso, dell'adeguatezza dei mezzi usati»

²⁸ Per i quali si rimanda, in via esemplificativa a G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit., F. BACCO, *Il grave turbamento nella legittima difesa. Una prima lettura in penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2019. V. anche E. MEZZETTI, *La nuova grammatica del legislatore sulle Straf-Kulturnormen*, in *Arch. pen* 2/2019 pp. 8 ss. che ritiene la nuova disciplina dell'eccesso di difesa «campo d'elezione delle disposizioni dis-nomiche a pura finalità d'orientamento culturale» ovvero «la norma deve servire come strumento rassicurante e preventivo che possa già in astratto garantire una comoda "fuga dal processo" [...] Lo stravolgimento del processo motivazionale della reazione dell'aggregato, infatti, non prescinde solo dal criterio dell'irrelevanza, preventiva, della proporzione, ma addirittura incide, ancor prima, sull'assoluta inconferenza del requisito stesso della necessità».

²⁹ Proprio nella pronuncia richiamata *supra* in nt 28 si fa presto ad escludere lo stato di grave turbamento sulla scorta della considerazione che "l'accertamento del fatto compiuto dai giudici di merito" non autorizza a ritenerlo "in nessun modo".

³⁰ Si tratta di Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019) n. 49883, in *Dejure*

³¹ La Corte mette anzitutto in evidenza (al pari della pronuncia in commento ed a ulteriore conferma delle conclusioni testè rassegnate) come, anche dopo la riforma, non si può considerare esente da responsabilità penale la condotta di chi utilizza un'arma contro la persona "quando questa, pur trovandosi ancora illecitamente all'interno del domicilio, delle appartenenze o dei luoghi equiparati, non stia tenendo una condotta da cui possa ravvisarsi l'attualità del pericolo di offesa alla persona o ai beni che esiga una preventiva reazione difensiva". Quando poi esiste la necessità della difesa contro un pericolo attuale di un'offesa indirizzata solo ai beni, la presunzione di proporzionalità sull'uso dell'arma sarà applicabile quando non c'è desistenza dall'azione criminale (V. par. 3)

In seconda battuta, però, si ammette come la l. 36/2019 abbia inciso in maniera profonda sulla scriminante, stabilendo l'esclusione della punibilità quando chi ha agito lo ha fatto per la protezione della propria altrui incolumità "in stato di grave turbamento derivante da situazione di pericolo in atto. Inoltre, trattandosi di una misura più favorevole, «non è incerta la sua applicazione retroattiva» (par. 4).

La Corte si è così trovata nelle condizioni di dover fare i conti con la difficile ricostruzione di un elemento psicologico come il grave turbamento. Compito che dovrà essere svolto dai giudici d'appello, ai quali però la Suprema Corte detta una serie di indicazioni.

Servono, affermano i Giudici, parametri oggettivi cui agganciare il giudizio e, quindi, sono irrilevanti stati d'animo che hanno ragioni e cause già esistenti o diverse; nello stesso tempo, la valutazione dovrà considerare, alla luce della situazione di fatto, se e in che misura il pericolo in atto ha provocato in chi agisce «un turbamento così grave da rendere inesigibile quella razionale valutazione sull'eccesso di difesa che costituisce oggetto del rimprovero mosso a titolo di colpa». Altri parametri di riferimento potranno essere rappresentati dall'analisi sulla maggior o minore lucidità e freddezza che hanno caratterizzato l'azione difensiva, anche nei frangenti immediatamente precedenti e successivi l'evento.

L'eccezione di tardivo disconoscimento della sottoscrizione.

di Giorgio POTENZA*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** I sistemi di accertamento dell'identità del sottoscrittore. Il riconoscimento e l'autenticazione. **3.** Segue. Il disconoscimento della scrittura privata ed il giudizio di verifica. **4.** Il dibattito sulla rilevanza d'ufficio del tardivo disconoscimento della sottoscrizione e la decisione della Suprema Corte n. 23636 del 24 settembre 2019. **5.** Incompatibilità logica tra l'eccezione della tardività del disconoscimento e l'istanza di verifica.

ABSTRACT: *The paper analyses the question about the nature of the exception of the delay in denying a signature, whether to frame it in the absolute exceptions, which may be raised by the court ex officio, or in the relative exceptions, which may be raised only by the interested party. The second solution, in the light of the recent outcomes of the Supreme Court, has relevant effects in relation to the subsequent request to verify the signature.*

1. Premessa.

Di recente, la Suprema Corte è tornata a pronunciarsi in merito alla questione della rilevanza d'ufficio della tardività del disconoscimento della sottoscrizione, ribadendo la tesi della natura di eccezione in senso stretto, come tale rimessa alla esclusiva deduzione di parte. Con la pronuncia n. 23636 del 24 settembre 2019, infatti, la Terza Sezione ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di Appello di Catanzaro n. 865/2017, che, a sua volta, confermava la decisione del giudice di primo grado con la quale era stata accolta la domanda attorea di risoluzione di un contratto di locazione per inadempimento, a seguito del mancato pagamento integrale dei canoni locativi da parte del convenuto. La controversia si fondava sull'avvenuta pattuizione tra le parti di un accordo successivo al contratto di locazione, avente l'effetto di modificare in aumento l'importo dei canoni originariamente convenuto al termine del primo quadriennio di durata del rapporto obbligatorio. Preso atto dei presupposti per la risoluzione, tra cui la presenza di un nuovo accordo relativo all'importo del corrispettivo per il godimento del bene locato ed il suo inadempimento da parte del conduttore, la corte territoriale confermava la pronuncia emessa nel primo grado di giudizio.

* Dottorando di ricerca in Diritto e Tutela presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Il convenuto aveva ricorso per cassazione sulla base di tre motivi di impugnazione.

In primo luogo, con il primo ed il terzo motivo di impugnazione, il ricorrente lamentava, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la violazione dell'art. 112 c.p.c., rispettivamente "per avere la corte territoriale erroneamente rilevato d'ufficio la tardività del disconoscimento della sottoscrizione apparentemente apposta [dal conduttore] in calce al modello di pagamento F 24 nel quale risultava l'applicazione del canone annuo di Euro 6.240,00 in relazione al contratto dedotto in giudizio, trattandosi della sollevazione di un'eccezione in senso proprio e stretto riservata all'iniziativa processuale della parte" e "per avere la corte territoriale omesso di pronunciarsi sul motivo di appello avanzato [dal ricorrente] avente a oggetto la contestazione del mancato rilievo, da parte del primo giudice, della nullità del patto eventualmente concluso tra le parti diretto a modificare il canone di locazione originariamente convenuto sulla base di un contratto scritto e registrato, alla prima scadenza di questo". Ed invero, la norma da ultimo richiamata impone al giudice innanzitutto di pronunciarsi su tutta la domanda¹, giacché il vizio di omessa pronuncia su esplicithe richieste formulate dalla parte – dall'attore o anche dal convenuto in via riconvenzionale – comporta la nullità della sentenza², e quindi di non andare *nec ultra nec extra petita*,³ non potendo rilevare d'ufficio eccezioni la cui sollevazione sia rimessa ad esclusiva iniziativa di parte, in ossequio a quel principio di corrispondenza tra il

¹ Il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato si declina in differenti precetti, tra cui il dovere del giudice di definire il giudizio decidendo su tutte le domande ed eccezioni proposte in modo da poter formulare un'unica pronuncia sul merito ai sensi degli artt. 277 e 279 del codice di rito. Si tratta di un corollario molto importante nell'economia dell'intero ordinamento giuridico, le cui origini si perdono nel tempo, potendo essere annoverato tra le regole generali cristallizzate all'interno delle prime codificazioni moderne, come quella francese (cfr. art. 4 del *Code civil Napoleon*, e tra le "strutture fondamentali del diritto". J. STONE, *Non liquet and the Function of Law in the International Community*, in *35 Brit. Y. B. Int'l L.* 124, 1959, 124. Il diniego di giustizia da parte del giudice, dunque, concretizzandosi nei provvedimenti di c.d. *non liquet*, sulla base dei quali si dichiarava di non poter dirimere la controversia a favore di una delle due parti per una incertezza nelle norme del diritto o nella ricostruzione dei fatti oggetto di causa, è vietato dalle norme vigenti che consentono, inoltre, di superare le situazioni di *impasse* anzidette, secondo i criteri stabiliti, ad esempio, dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, sull'interpretazione della legge, o dall'art. 2967 c.c., sul riparto dell'onere della prova, secondo cui *actore non probante reus absolvitur*. Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 169 e 204.

² Sul vizio di omissione di pronuncia si v. E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, Torino, 1973, 1274; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, 2009, 99; L.P. COMOGLIO, *Azione e domanda giudiziale*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2007, 233.

³ Sulla distinzione (più che altro sul piano concettuale che su quello effettuale) tra i vizi di ultrapetizione ed extrapetizione si v. in generale G. VERDE, *Domanda (principio della)*, I. *Dir. proc. civ.*, in *EG*, XII, Roma, 1989, par. 11.

chiesto ed il pronunciato che l'ordinamento giuridico riconosce, in riferimento alla disponibilità dell'oggetto del processo, a completamento del principio dispositivo in senso sostanziale o proprio⁴ desumibile dalle previsioni degli artt. 2907 c.c. e 99 del codice di rito⁵.

Con il secondo motivo di impugnazione, invece, si contestava un *error in iudicando* ai sensi dell'art. 360, comma 1, n 3 c.p.c., per violazione della L. n. 431 del 1998, art. 1, ultimo comma⁶, nonché degli artt. 1199 e 2735 c.c.: il giudice della sentenza impugnata sarebbe incorso in un errore di diritto per aver ritenuto che l'esistenza, tra gli atti documentali prodotti in giudizio, di una ricevuta di pagamento sottoscritta dal locatore per un importo del canone di locazione superiore rispetto a quanto pattuito nel contratto originario, rilasciata al conduttore-debitore in ossequio al suo diritto alla quietanza ai sensi dell'art. 1199 c.c.⁷, sarebbe valsa ad integrare il requisito della forma scritta richiesta *ad substantiam* per la conclusione dell'accordo diretto alla rideterminazione in

⁴ È stata affermata anche una seconda accezione del principio dispositivo in senso processuale, la quale si risolve nel principio di disponibilità delle prove. Secondo la regola generale scandita dall'art. 115, comma 1, c.p.c., infatti, sono in prima battuta le parti a dover indicare i mezzi di prova sui fatti allegati in giudizio rilevanti ai fini della decisione della controversia. Sulla distinzione si v. T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, 716 ss.

⁵ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Azione e domanda giudiziale*, cit., 231. Le norme richiamate sono state oggetto di ampia discussione dottrinale per l'elevato rilievo sistematico che assumono nell'intero ordinamento giuridico, sancendo il c.d. principio della domanda che pone in relazione speculare la posizione di titolarità che si può vantare a livello sostanziale in ordine ad una determinata situazione giuridica soggettiva, ed il potere di dedurre o far valere tale situazione nel processo. Cfr. *ex multis* P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1943, 102; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 742; E. T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 11. Questa regola conosce limitate eccezioni previste dalla legge nei casi in cui, alla tutela giurisdizionale dei diritti, provvede l'autorità giudiziaria anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio. In generale, però, è il titolare della posizione soggettiva lesa o posta in pericolo a poter e dover agire in giudizio attraverso la proposizione della domanda, la quale pertanto rappresenta allo stesso tempo l'indispensabile atto d'impulso del meccanismo processuale ed un onere per l'esercizio del diritto di difesa, costituzionalmente garantito ai sensi dell'art. 24 Cost. In ciò si manifesta altresì il principio di imparzialità del giudice. Cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 206.

⁶ Si tratta della legge recante la disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo, come successivamente modificata, la quale all'art. 1, c. 4 elegge la forma scritta a requisito di validità dei contratti di locazione.

⁷ L'art 1199 c.c. dispone che: "Il creditore che riceve il pagamento deve, a richiesta e a spese del debitore, rilasciare quietanza e farne annotazione sul titolo, se questo non è restituito al debitore. Il rilascio di una quietanza per il capitale fa presumere il pagamento degli interessi".

aumento del suddetto canone, in considerazione della sua natura giuridica di dichiarazione di volontà negoziale e non invece di mera dichiarazione di scienza⁸. Tralasciando l'analisi del terzo motivo di impugnazione, la cui rilevanza è stata ritenuta dal giudice di legittimità completamente assorbita per la fondatezza dei primi due motivi, e del secondo motivo sulla violazione di norme di diritto, giudicato fondato per l'erronea qualificazione dell'attestazione del fatto del ricevimento di una somma di denaro, contenuta nella quietanza, alla stregua di una manifestazione di volontà diretta a concludere un nuovo accordo sull'importo del canone di locazione, e non invece di una mera dichiarazione di scienza⁹, sventa la *quaestio iuris* sottesa al primo motivo di gravame, in merito alla rilevabilità d'ufficio della tardività del disconoscimento della sottoscrizione relativa ad un documento prodotto in giudizio¹⁰.

⁸ Una dichiarazione di scienza assimilabile, tutt'al più, alla confessione stragiudiziale di parte ai sensi dell'art. 2735 c.c., recando l'asseverazione di un fatto a sé sfavorevole e favorevole al *solvens*. L'art. 2735 c.c. prevede che: "La confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale. Se è fatta a un terzo o se è contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice. La confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni, se verte su un oggetto per il quale la prova testimoniale non è ammessa dalla legge".

⁹ Sulla natura probatoria e non negoziale della quietanza di pagamento, come atto unilaterale recettizio, assimilabile alla confessione stragiudiziale di cui all'art. 2735 c.c., con il quale il creditore si limita a dichiarare di essere a conoscenza di un fatto giuridico, vale a dire di aver ricevuto una somma di denaro ed eventualmente in modo espresso anche il titolo per il quale il pagamento sia avvenuto, e non a dichiarare la volontà di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, si v. Cass. civ., Sez. Un., 22 settembre 2014, n. 19888; Cass. civ., Sez. II, 19 maggio 2015, n. 10202; Si veda anche la meno recente Cass. civ., Sez. III, 20 gennaio 2003, n. 729 che richiama Cass. civ., Sez. Lav., 4 maggio 1999 n. 4442, secondo la quale "la cosiddetta quietanza liberatoria rilasciata... a saldo di ogni... pretesa costituisce, di regola, una semplice manifestazione del convincimento soggettivo dell'interessato di essere stato soddisfatto di tutti i suoi diritti e pertanto concreta una dichiarazione di scienza priva di alcuna efficacia negoziale... va, infatti, precisato che nella suddetta dichiarazione liberatoria sono ravvisabili gli estremi di un negozio di rinuncia o di transazione in senso stretto soltanto quando, per il concorso di particolari elementi di interpretazione contenuti nella stessa dichiarazione o desumibili 'aliunde', risulti accertato che... [la parte] l'abbia rilasciata con la chiara e piena consapevolezza di specifici diritti, determinati o obiettivamente determinabili, a lui spettanti e con il cosciente intento di abdicare o transigere sui medesimi". È possibile citare, inoltre, l'ord. Cass. civ., Sez. II, 18 aprile 2019, n. 10846, secondo la quale "Nei contratti aventi per oggetto il trasferimento di beni immobili, ad integrare l'atto scritto, richiesto 'ad substantiam', non è sufficiente un qualsiasi documento, ma occorre che questo contenga la manifestazione di volontà di concludere il contratto e sia posto in essere dalle parti allo scopo specifico di esprimere tale volontà. Per cui, non vale ad integrare la necessaria forma scritta una dichiarazione di quietanza, la quale fornisce la prova dell'avvenuto pagamento, ma non pone in essere il contratto, presupponendone, invece, l'esistenza". In dottrina, si v. E. TUCCARI, *Le Sezioni Unite delineano la disciplina applicabile alle diverse figure di quietanza*, in *I Contratti*, 2015, II, 147-159.

¹⁰ La sentenza in esame rimanda, per l'accoglimento del primo motivo di impugnazione, a precedenti arresti in materia di tardivo disconoscimento della scrittura privata, senza soffermarsi

Si registrano, in questa tematica, difformi orientamenti della giurisprudenza di legittimità fondati sulla diversa concezione della natura giuridica dell'eccezione, che va apprezzata non solo con riferimento alla legittima suddivisione dei poteri tra le parti e il giudice, ma anche in funzione dell'applicazione di preclusioni processuali in tema di opposizione alla irrituale disconoscimento della sottoscrizione, nonché sul piano degli effetti, con particolare riguardo all'ipotesi della proposizione di una istanza di verifica. Si pone, infatti, l'ulteriore problema della compatibilità logica tra l'eccezione di tardivo disconoscimento della sottoscrizione e l'istanza di verifica, la quale costituirebbe una sua implicita rinuncia.

La complessità della questione nuovamente posta all'attenzione della Suprema Corte, dunque, richiede preliminarmente un approfondimento dell'impianto normativo dalla stessa intercettato, concernente i sistemi di accertamento dell'identità del sottoscrittore previsti dall'ordinamento giuridico e le modalità di contestazione della paternità di una scrittura privata. Seguirà poi l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali contrapposti sulla natura giuridica dell'eccezione di tardivo disconoscimento della sottoscrizione e, infine, uno sguardo alle connessioni dell'opzione ermeneutica recentemente riaccreditata rispetto alla richiesta di verifica.

– non essendo questo il *thema decidendum* – sulla natura giuridica del modello di pagamento F 24, con il quale è possibile versare somme di denaro a titolo di imposta presso gli sportelli delle banche delegate a tale incasso. In realtà, si nota che sul punto siano emersi nel tempo opinioni dottrinali discordanti e contrasti nella giurisprudenza penale, ove però la nozione di atto pubblico, significativa soprattutto ai fini dell'imputabilità di reati di falso documentale, è ritenuta più ampia rispetto a quella civilistica. Di recente, infatti, i giudici di legittimità, con sentenza Cass. pen., Sez. V, 02 maggio 2018, n. 18803, hanno aderito all'orientamento prevalente che qualifica il modello di pagamento F 24 in termini di atto pubblico, preso atto che il modello F 24, compilato dal privato e completato dagli addetti agli istituti di credito delegati per la riscossione delle imposte, funge, per la normativa di settore (cfr. art. 19 del d. lgs. 09 luglio 1997, n. 241, come successivamente modificato) da attestazione del pagamento delle stesse, avvenuto alla presenza del dipendente della banca delegata, e costituisce la prova documentale dell'adempimento dell'obbligazione tributaria, con efficacia pienamente liberatoria del contribuente (cfr. Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 2013, n. 50569; Cass. pen., Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 15571), invece che in termini di scrittura privata (cfr. Cass. pen., Sez. VI, ord. 15 gennaio 2008, n. 9146) o di attestato su contenuto di atti (in quanto attestazione derivata da atto di versamento della somma dovuta di cui riporta gli estremi essenziali. Cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2008, n. 36687). Ad ogni buon conto, con il solo intento di approfondire la tematica della rilevabilità d'ufficio del tardivo disconoscimento di sottoscrizione e dei suoi effetti nel processo civile, nel presente contributo si farà esclusivamente riferimento alle tradizionali scritture private redatte e sottoscritte su supporto cartaceo.

2. I sistemi di accertamento dell'identità del sottoscrittore. Il riconoscimento e l'autenticazione.

Le tematiche del disconoscimento di sottoscrizione e del giudizio di verifica si inquadrano nell'ambito della disciplina della scrittura privata, quale prova documentale nel processo civile.

Durante la fase processuale di istruzione probatoria, le parti possono chiedere l'assunzione di documenti come mezzi di prova, mediante la loro produzione entro i limiti temporali previsti dall'ordinamento.

Il legislatore non ha specificato la nozione di documento¹¹, ma si è limitato a presupporla in varie disposizioni, ad esempio negli articoli 736, 1262, 1477, 2235, 2961 c.c., e ad elencare tipologie di "prove documentali" nel Capo II del Titolo II del Libro VI del Codice civile, annoverando tra queste la scrittura privata e l'atto pubblico¹².

La prima categoria è stata elaborata dalla dottrina attraverso le indicazioni contenute nelle disposizioni dell'art. 2702 c.c., rubricato "Efficacia della scrittura privata", e *in negativis*, comprendendo qualunque documento che non sia qualificabile come atto pubblico¹³: la scrittura privata è sottoscritta da uno

¹¹ Inevitabile il richiamo alla nozione ampia di documento, di carneluttiana memoria, come "qualsiasi cosa che rappresenti l'esperienza di un fatto", preesistente o contemporaneo, di cui ne consente la conoscenza indiretta. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, 1956, 157; Sul concetto di documento si rinvia a G. BERTOLINO, *Documento in senso forte e documento in senso debole*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 843 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 1936, 356; P. CALAMANDREI, *La prova documentale*, 1995; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181 ss.; Id., voce *Documento (teoria moderna)*, in *Nss. D.I.*, VI, 85 ss.; L. CARRARO, *Il diritto sul documento*, 1941; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 2010, 419 ss.; V. DENTI, *Prova documentale in diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, XVI, 35 ss.; Id., voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 713 ss.; C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, 1940; P. GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, 1950, 46; N. IRTI, *Sul concetto giuridico del documento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 484 ss.; S. PATTI, voce *Documento*, in *Dig. civ.*, VII, 1 ss.; Id., *Prova documentale (artt. 2699-2720)*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, 1996, p. 8 ss.; F. ROTA, *I documenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, 2012, 575 ss. Degna di nota è altresì la nozione di documento inteso come ciò che è stato "formato sulla base di determinate regole legali per conservare la traccia del passato e per consentire nel futuro la ricostruzione", cioè per effetto di un'attività umana detta di "documentazione". G. VERDE, *Prova documentale*, *Enc. giur.*, XXV, 1. Sul rapporto tra "documento" e "documentazione", C. ANGELICI, voce *Documentazione e documento (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XI, 3 ss.; A. CANDIAN, *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, 579.

¹² Oltre a quelli scritti, sono considerati documenti anche le rappresentazioni meccaniche come foto, nastri magnetici registrati, videoregistrati, documenti elettronici.

¹³ V. BARONCINI, *Della scrittura privata*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, 2016, 425. Per scrittura privata si intende ogni cosa corporale che contiene dei segni grafici rappresentanti manifestazioni di volontà o di scienza di due o più soggetti privati, i quali, attraverso la sottoscrizione, si assumono la paternità delle dichiarazioni. Ne deriva che i requisiti fondamentali

soggetto – la parte contro la quale la scrittura è prodotta in giudizio¹⁴ – non esercente una pubblica funzione di carattere certificativo.¹⁵

La distinzione è netta sul piano dell'efficacia probatoria, atteso che la scrittura privata sottoscritta, ai sensi dell'art. 2702 c.c., fa piena prova, fino a querela di falso, della sola provenienza delle dichiarazioni presenti nel documento dal sottoscrittore, a differenza di quanto previsto nella disciplina relativa all'atto pubblico, la cui efficacia di piena prova si estende, fino a querela di falso, alla "provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato", e alle "dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti" (cfr. art. 2700 c.c.).

Ciò significa che chi sottoscrive di proprio pugno una scrittura privata, anche nella circostanza in cui non abbia personalmente redatto il testo che integra il

della scrittura privata sono la provenienza da soggetti privati, la corporalità della cosa in cui le dichiarazioni sono contenute, e la sottoscrizione. Cfr. B. CARPINO, *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 805 ss.; G. LASERRA, *La scrittura privata*, 1959, 213; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 2009, 106. La disciplina generale (artt. 2702- 2708 c.c.) non impone altri requisiti di forma o contenuto, per cui il testo della scrittura può presentarsi a stampa o a macchina (salvo nelle ipotesi eccezionali in cui è richiesta l'olografia) e può difettare del luogo e della data (i quali, se inseriti, sono rilevanti per altre finalità). G. VERDE, *Prova documentale*, cit., 5. Ciò non toglie che tali requisiti siano necessari per altri tipi speciali di scrittura privata, come nel caso del testamento olografo.

¹⁴ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 220. Talvolta, però, la parte processuale potrebbe essere rappresentata dagli eredi o aventi causa del presunto autore della sottoscrizione. Ciò contraddistingue la scrittura privata con l'efficacia probatoria di cui all'art. 2702 c.c. dagli scritti provenienti dai terzi estranei alla lite. Si è ritenuto che questi ultimi non siano prove documentali tipizzate ex art. 2702 c.c., e possono essere liberamente contestati dalle parti, non risultando applicabile la disciplina processuale prevista ai sensi dell'art. 214 c.p.c. Sull'argomento, si veda *amplius* F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, 1956, 71; V. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679; F. DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, 1988, 139 ss.; L. MONTESANO, *Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 235; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, 1999, 413; A. RONCO, *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 553; A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Nss. D.I.*, XVI, 814; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 1992, 385; ID., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, 411 ss. Nel diritto vivente si riconosce ad essi un valore puramente indiziario che, nelle ipotesi di mancata contestazione, oppure nei casi in cui vi sia la presenza di elementi probatori sintomatici della loro attendibilità o credibilità, può essere posto a fondamento del libero convincimento del giudice. Ampia è la casistica giurisprudenziale che considera come meri indizi alcuni esempi di scritture provenienti dai terzi. Si v. Cass. civ., Sez. III, 27 luglio 2004, n. 14122; Cass. civ., Sez. I, 12 settembre 2008, n. 23554; Cass. civ., Sez. Un., 23 giugno 2010, n. 15169; Cass. civ., Sez. III, 31 ottobre 2014, n. 23155; Cass. civ., Sez. III, 07 novembre 2014, n. 23788; Cass. civ., Sez. II, 05 maggio 2015, n. 8938; Cass. civ., Sez. Lav., 19 gennaio 2017, n. 1315. In forza della regola generale ex art. 2697 c.c., l'onere di provare la genuinità della scrittura privata proveniente da terzi estranei alla lite grava su chi la invoca. Cass. civ., Sez. III, 08 gennaio 2010, n. 76; Cass. civ., Sez. Un., 23 giugno 2010, n. 15169, già cit.; Cass. civ., Sez. Lav., 30 novembre 2010, n. 24208.

¹⁵ G. ALPA, V. MARICONDA, *Codice civile commentato*, 2009, 145.

contenuto del documento, rende comunque a sé imputabili le dichiarazioni di scienza e di volontà presenti, la cui valutazione della paternità non è più rimessa al potere discrezionale del giudice in assenza di contestazioni.¹⁶

¹⁶ La sottoscrizione, quindi, consente all'atto di esplicitare efficacia di prova legale in relazione alla provenienza delle dichiarazioni ivi contenute, vale a dire al suo aspetto estrinseco. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 2015, 146. La veridicità delle dichiarazioni contenute nello scritto, invece, rimane oggetto di libera valutazione del giudice congiuntamente alle altre dimostranze probatorie. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 16 dicembre 1986, n. 7553; Cass. civ., Sez. II, 18 marzo 1999, n. 2472; Cass. civ., Sez. II, 30 maggio 2007, n. 12695. Eccezionalmente, però, anche il contenuto intrinseco di una scrittura privata può essere coperto dalla efficacia di prova legale, come nei casi in cui sia espressa una dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli, tale da concretizzarsi in una confessione: *la scrittura privata costituisce prova legale di un'altra prova legale*. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 111. Parte della dottrina ritiene che, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 2702 c.c., come nel caso di una scrittura privata sprovvista di sottoscrizione, il documento, pur non potendo acquisire l'efficacia probatoria indicata dal predetto articolo del codice civile, possa comunque essere sottoposto al libero apprezzamento del giudice per la prova di determinati fatti, ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 473; G. LASERRA, *La scrittura*, cit., 251 ss.; A. SCARDACCIONE, *Scrittura*, cit., 813; F. TOMMASEO, *artt. 2699 – 2720*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, IV, 1991, 150. *Contra* V. BARONCINI, *Della scrittura*, cit., 437. L'efficacia probatoria ai sensi dell'art. 2702 c.c. è altresì preclusa nel caso di una scrittura che, sebbene non sottoscritta, sia stata redatta completamente da un certo soggetto. Cfr. G. VERDE, *Prova documentale*, cit., 8. Di conseguenza, la mancanza della sottoscrizione non rende necessaria l'operazione di disconoscimento ai sensi dell'art. 214 c.p.c. per la parte contro la quale è prodotto il documento. Tuttavia, secondo un orientamento della giurisprudenza, equivale a sottoscrizione, quand'anche la stessa manchi materialmente sul documento, la produzione in giudizio di una scrittura privata, la cui forma scritta sia richiesta a pena di invalidità per un determinato atto giuridico, ad opera della parte che avrebbe dovuto sottoscrivere (cfr., *ex aliis*, Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13548; Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2006, n. 12118; Cass. civ., Sez. II, 16 maggio 2006, n. 11409; Cass. civ., Sez. III, 25 febbraio 2004, n. 3810; Cass. civ., Sez. II, 11 marzo 2000, n. 2826) nei confronti dell'altro contraente o, in caso di atto unilaterale recettizio, nei confronti del relativo destinatario. Il principio *de quo* non trova applicazione qualora la produzione della scrittura in giudizio non sia accompagnata da una volontà di far proprie le dichiarazioni contenute nel documento. Di recente Cass. civ., Sez. Lav., 16 maggio 2017, n. 12106.

L'elemento della sottoscrizione autografa¹⁷, dunque, assume un ruolo centrale al fine di identificare il soggetto per conto del quale si esplicano gli effetti giuridici delle stesse.¹⁸

Tale elemento non solo deve essere materialmente contenuto nel documento, ma deve anche essere riconosciuto o considerato come riconosciuto *ope legis*. L'ordinamento prevede vari sistemi di accertamento dell'identità del sottoscrittore, vale a dire il riconoscimento, l'autenticazione e la verifica della sottoscrizione.¹⁹

In primo luogo, il riconoscimento può avvenire in modo espresso o in modo tacito. Il riconoscimento è espresso se la parte ammette *apertis verbis* la paternità della sottoscrizione del documento prodotto in giudizio.²⁰

Si presume una manifestazione tacita di riconoscimento, invece, ove la scrittura sia prodotta nei confronti di una parte che non si è attivata nel giudizio per disconoscere la sottoscrizione che appare come propria (art. 214 c.p.c.).²¹

¹⁷ La sottoscrizione può essere definita come "la scrittura autografa del proprio nome che una persona appone in fine del testo della scrittura". E. MARMOCCI, *Scrittura privata*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 3. Sulla definizione di sottoscrizione, A. MORELLO, voce *Sottoscrizione*, in *Nss. D.I.*, XVII, 1003 ss. La sottoscrizione deve essere apposta in calce o all'ultimo foglio in caso di documento costituito da più pagine. Secondo Cass. civ., Sez. III, 12 luglio 1991, n. 7764, l'apposizione della sottoscrizione al margine del documento e non in calce permette comunque di presumere la volontà di appropriarsi del contenuto dello stesso, salvo prova contraria. La firma in forma abbreviata o per sigla, cioè non con l'indicazione in forma estesa del prenome e del cognome, non può essere messa in dubbio quando, anche se illeggibile, dal contratto sia possibile comunque desumere con certezza e univocità l'identità di chi ha sottoscritto. Cfr. Cass. civ., Sez. II, 19 novembre 2015, n. 23669. In dottrina, anche con riguardo al problema dell'utilizzo di uno pseudonimo, G. LASERRA, *La scrittura*, cit., 194 ss.

¹⁸ V. DENTI, *Prova documentale*, cit., 715.

¹⁹ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 107. Il valore probatorio della scrittura privata nel processo civile, dunque, è condizionato all'autenticazione, al riconoscimento o all'accertamento giudiziale della sottoscrizione. S. PATTI, *Prova documentale*, cit., 73. Nel senso che il riconoscimento espresso o tacito e l'autenticazione siano "espedienti integrativi" in grado di dare maggiore certezza alla provenienza della scrittura privata, mancando l'attestazione di un notaio o di altro pubblico ufficiale come nell'atto pubblico, si è autorevolmente sostenuto che "quando insieme con la sottoscrizione opera uno di questi espedienti integrativi, il legislatore non esita ad equiparare l'efficacia probatoria della scrittura privata a quella dell'atto pubblico, seppur limitatamente – s'intende – all'estrinseco, ossia alla provenienza". C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 219.

²⁰ V. BARONCINI, *Della scrittura*, cit., 432 – 433. In generale, sul riconoscimento, si v. V. DENTI, *Riconoscimento della scrittura privata*, in *Nss. D. I.*, XV, 1968, 961 ss.

²¹ Secondo il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, sul quale gran parte della dottrina ha speso più volte parole critiche, il riconoscimento può avvenire anche in sede extragiudiziale, manifestandosi in una dichiarazione confessoria stragiudiziale ex art. 2735 c.c., ovvero in un comportamento che è in contraddizione con un successivo disconoscimento. Ne deriva, in tali ipotesi, l'operatività dei limiti di cui all'art. 2732 c.c. per la revoca della confessione. Cfr. Cass. civ., Sez. III, ord., 27 settembre 2017, n. 22460.

L'art. 215 c.p.c., in continuità con la disposizione precedente, specifica che ricorre l'ipotesi di riconoscimento tacito, quale peculiare precipitato logico del principio di non contestazione²², quando la scrittura è prodotta contro una parte comparsa che non la disconosce (o non dichiara di non conoscerla, nel caso di erede o avente causa del preteso autore della sottoscrizione) nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione documentale²³, oppure quando la stessa è prodotta nei confronti di una parte che è rimasta contumace.²⁴

A ciò si aggiunge, però, che la parte contumace può comunque costituirsi in qualsiasi momento nel corso del giudizio e disconoscere, nella prima udienza o nel termine assegnatogli dal giudice istruttore, le scritture precedentemente acquisite agli atti di causa.²⁵

In questa prospettiva, la Corte costituzionale ha dichiarato *"l'illegittimità costituzionale dell'art. 292, comma 1, c.p.c., in relazione all'art. 215, n. 1, dello*

²² V. BARONCINI, *Della scrittura*, cit., 435.

²³ L'espressione "nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione documentale" è intesa nel diritto pretorio in senso strettamente cronologico, per cui la decadenza dalla facoltà di disconoscere la scrittura privata ha effetto anche quando nella suddetta udienza non sia stata effettuata alcuna attività processuale, vale a dire anche nel caso di udienza di mero rinvio. Cass. civ., Sez. III, 15 giugno 2016, n. 12303; Cass. civ., Sez. II, 22 dicembre 2008, n. 29909. Allo stesso modo, attenendosi rigorosamente al senso proprio delle parole dell'art. 215 c.p.c., la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che, nell'ipotesi in cui l'attore, in sede di costituzione in giudizio, abbia prodotto una scrittura privata, il convenuto non sia onerato ad operare il disconoscimento nel termine di venti giorni prima dell'udienza di comparizione, alla stessa stregua delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, essendo sufficiente che l'assolvimento dell'onere di disconoscimento venga effettuato nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione. La Suprema Corte, così, ha avuto modo di evidenziare la differenza strutturale e funzionale fra eccezione e disconoscimento della scrittura privata, e la non applicabilità a quest'ultima della disciplina della prima (artt. 116 e 167 c.p.c.). Cfr. Cass. civ., Sez. III, ord., 10 ottobre 2017, n. 23669. In senso difforme Cass. civ., Sez. I, 22 maggio 2008, n. 13101; Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 1990, n. 8755. Sulla questione si v. G. IANNI, *Disconoscimento scrittura privata: entro quali limiti temporali va formulata la relativa istanza?*, in *www.ilprocessocivile.it*, del 20 dicembre 2017. Ulteriore precisazione di cosa intendere con l'espressione "prima risposta" si rinviene in Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 2009, n. 6187, per cui quest'ultima può essere integrata solo da un atto processualmente rilevante compiuto alla presenza di entrambe le parti, attesa l'esigenza dell'immediatezza della conoscenza del disconoscimento in capo al soggetto che ne è destinatario. Da ciò deriva che non rispettano i requisiti richiesti dall'art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c. il mero deposito di note difensive autorizzate, proprio perché effettuato in assenza della controparte.

²⁴ Lo spazio di operatività del riconoscimento tacito, sulla scorta di quanto previsto ex art. 215 c.p.c., appare circoscritto al processo in cui lo stesso si è concretizzato. Di conseguenza, la parte interessata può ancora disconoscere il medesimo documento ove prodotto in un diverso giudizio, non manifestandosi a tal proposito alcuna preclusione, come nei casi in cui, ai sensi dell'art. 217 c.p.c., si sia proceduto attraverso il riconoscimento espresso della scrittura medesima ovvero mediante il giudizio di verifica dell'autenticità della scrittura che sia stata ritualmente disconosciuta. Su tali aspetti si veda Cass. civ., Sez. III, 17 maggio 2007, n. 11460.

²⁵ È quanto previsto ai sensi dell'art. 293, comma 3, c.p.c., richiamato dall'art. 215 c.p.c.

*stesso codice, nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza*²⁶.

Ne deriva che gli effetti del riconoscimento della scrittura privata, nel caso di una parte contumace, sono condizionati al perfezionamento della notificazione al contumace della copia del verbale di udienza relativo alla produzione in giudizio della scrittura stessa e all'inerzia della parte contumace anche dopo la notifica²⁷. In secondo luogo, la sottoscrizione è considerata come riconosciuta quando è oggetto di autenticazione da parte di un notaio o di un altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, i quali attestano che la firma sia stata apposta in loro presenza dopo aver accertato l'identità del sottoscrittore, se unico, o dei sottoscrittori, in caso di pluralità di soggetti (cfr. art. 2703 c.c.). In virtù della sottoscrizione, la scrittura privata acquisisce *ab origine* la piena efficacia probatoria prevista dall'art. 2702 c.c.²⁸

Al di fuori dei casi in cui non vi sia sottoscrizione autenticata ovvero un riconoscimento espresso, dunque, si pone il problema, per chi intenda contestare la paternità della scrittura privata prodotta in giudizio, di come impedire gli effetti del riconoscimento tacito.²⁹

3. Segue. Il disconoscimento della scrittura privata ed il giudizio di verificaione.

L'art. 214 c.p.c., rubricato "Disconoscimento della scrittura privata", consentendo al presunto autore o ai suoi eredi o aventi causa di negare formalmente la propria

²⁶ Corte cost., 06 giugno 1989, n. 317.

²⁷ In tali casi, il documento può essere acquisito agli atti di causa e può essere posto a fondamento della decisione del giudice, essendo l'eventuale originaria irrivalenza della sua produzione superata ed assorbita dal successivo mancato disconoscimento del contumace a seguito della conoscenza legale della scrittura. Cfr. Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2007, n. 1820. Si veda anche la sentenza Cass. civ., Sez. III, 22 settembre 2017, n. 22064, secondo cui il tacito riconoscimento di una sottoscrizione, a causa della mancata contestazione per effetto della prolungata contumacia del convenuto, è idoneo a fondare l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di una scrittura contenente un atto soggetto a trascrizione, senza necessità di ulteriori accertamenti istruttori, in quanto superflui e contrari al principio di necessaria economia processuale.

²⁸ B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, 2015, 279. Dall'autenticazione, poi, derivano due importanti risvolti applicativi, dal momento che l'operato del pubblico ufficiale da un lato rende certa e opponibile ai terzi la data della scrittura privata, e dall'altro onera chi intende contestare l'autenticità della sottoscrizione a ricorrere allo strumento della querela di falso.

²⁹ Secondo un certo orientamento della giurisprudenza di legittimità, la parte che ritiene la non autenticità della propria sottoscrizione di una scrittura privata può anche agire in via principale, senza dover attendere di essere convenuta in un giudizio in cui il documento è prodotto dalla controparte. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 18 gennaio 2008, n. 974.

scrittura o sottoscrizione³⁰, ovvero di non conoscere quelle del suo autore, disciplina rispettivamente il disconoscimento della scrittura privata in senso stretto³¹ e la dichiarazione di non conoscenza.³²

Il disconoscimento³³ previsto ai sensi dell'art. 214 c.p.c. è inteso come una dichiarazione di volontà con effetti sostanziali, attraverso la quale la parte interessata ambisce ad impedire gli effetti previsti dall'art. 2702 c.c. di un documento prodotto dalla controparte con l'intenzione di imputarne ad essa la paternità. In questo senso, il disconoscimento non è qualificabile come "eccezione", vale a dire come deduzione del convenuto per opporsi a quanto richiesto *ex adverso*, allegando un fatto estintivo, modificativo o impeditivo della pretesa che ha dato avvio al giudizio³⁴.

Il disconoscimento, inoltre, non richiede particolari formule sacramentali, ma deve presentare i caratteri della specificità e della determinatezza³⁵, risolvendosi in una chiara impugnazione dell'autenticità della (sola) scrittura o della sottoscrizione, ove chi disconosce è l'autore apparente del documento prodotto

³⁰ Ove non si preferisca procedere direttamente attraverso la proposizione della querela di falso che, sebbene processualmente più gravosa, è diretta a conseguire un effetto più ampio rispetto all'operatività del disconoscimento: nel primo caso, infatti, la rimozione del valore del documento ha efficacia *erga omnes*, nel secondo caso, invece, ha efficacia limitata nei confronti della controparte. Sul punto, si v. Cass. civ., Sez. II, 23 dicembre 2003, n. 19727; Cass. civ., Sez. II, 29 gennaio 2007, n. 1789. In dottrina, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 222. In modo critico P. FARINA, *La querela civile di falso*, II, 2018, 57. Si ammette l'esercizio di entrambi gli strumenti processuali quando si intenda contestare, con querela di falso, la veridicità del contenuto intrinseco di una scrittura privata già oggetto di disconoscimento e, successivamente, di verifica. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4728, il cui principio di diritto è limpidamente compendiato in M. DI MARZIO, *Disconoscimento di scrittura privata*, in www.ilprocessocivile.it, del 17 settembre 2017.

³¹ Tale disconoscimento può essere legittimamente effettuato dal difensore ancorché privo di procura speciale, essendo un atto di natura processuale e non sostanziale. Cfr. Cass. civ., Sez. II, 01 febbraio 2010, n. 2318; Cass. civ., Sez. II, 06 dicembre 2000, n. 15502; Cass. civ., Sez. II, 27 luglio 2000, n. 9869; Cass. civ., Sez. I, 05 ottobre 1990, n. 9829.

³² Su tema, L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 470 ss.

³³ Anche sul tema del disconoscimento la letteratura è sterminata, potendosi consultare tra i tanti V. COLESANTI, *Una questione in tema di onere di disconoscimento della scrittura*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1384 ss.

³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. III, ord., 10 ottobre 2017, n. 23669, già cit.

³⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 13 febbraio 2008 n. 3474; Si v. più di recente Cass. civ., Sez. II, 27 maggio 2016, n. 11048, con nota di A. PAGANINI, *Il disconoscimento della scrittura privata deve essere specifico e determinato*, in *Diritto e Giustizia*, 2016, XXVI, 2. Secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, la valutazione sul rispetto dei criteri di specificità e determinatezza al fine di realizzare un valido disconoscimento costituisce un giudizio di fatto ed è incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivata. Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 28 agosto 2014, n. 18042; Cass. civ., Sez. III, 17 maggio 2007, n. 11460, già cit.; Cass. civ., Sez. III, 01 luglio 2002, n. 9543. In tema di inidoneità di una contestazione dell'autenticità della scrittura o della sottoscrizione in modo del tutto generico o implicito, cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12448.

in giudizio³⁶. Se la parte interessata è rappresentata dal di lui erede o avente causa³⁷ ricorre, più precisamente, una dichiarazione di non conoscenza della scrittura o della sottoscrizione dell'autore.

L'ordinamento prevede, infatti, la possibilità di disconoscere unicamente la scrittura e non già la sottoscrizione.

Tale previsione normativa sembrerebbe, in prima battuta, del tutto pleonastica, essendo sufficiente la semplice contestazione della autenticità della sottoscrizione per escludere automaticamente l'imputabilità delle dichiarazioni contenute nella scrittura. In realtà, si ritiene che il disconoscimento limitato alla scrittura sia ammissibile per alcuni documenti, come quelli indicati ai sensi degli artt. 2707 e 2708 c.c., i quali rientrano nella categoria di scrittura privata ma, in via eccezionale, si sottraggono alla regola della necessità della sottoscrizione.³⁸

A seguito di disconoscimento della scrittura o della sottoscrizione, la parte che intenda comunque utilizzare il documento in giudizio, ove prodotto in originale³⁹, può proporre istanza di verifica⁴⁰, a norma dell'art. 216 del codice di rito.⁴¹

³⁶ Nel caso in cui vi siano più documenti prodotti, la parte interessata a disconoscere la sottoscrizione deve altresì specificare se fa riferimento a tutti o ad alcuni soltanto di essi. Cfr. Cass. civ., Sez. II, 22 gennaio 2018, n. 1537; Cass. civ., Sez. III, 21 novembre 2011, n. 24456.

³⁷ Per "avente causa" si intende il successore in forza di un atto a titolo particolare, *inter vivos* come il contratto, o *mortis causa* come il legato. Cass. civ., Sez. III, 18 luglio 2008, n. 19925.

³⁸ Da un lato vi sono i casi di cui all'art. 2707 c.c., concernenti le carte e i registri domestici, attestanti espressamente un pagamento ricevuto oppure contenenti la menzione esplicita che l'annotazione sia stata fatta per supplire alla mancanza di titolo in favore di chi è indicato come creditore; dall'altro lato l'art. 2708 c.c. fa riferimento alle ipotesi di annotazioni fatte dal creditore su documenti che, pur non essendo stati sottoscritti personalmente, sono rimasti in suo possesso e tendono ad accertare la liberazione del debitore, oppure sulle quietanze o su esemplari di documento del debito di cui è possessore il debitore.

³⁹ Il giudizio di verifica deve compiersi necessariamente sull'originale della scrittura, la cui produzione è ammissibile per la prima volta in grado di appello solo quando si tratti semplicemente di regolarizzare a livello formale una precedente produzione documentale tempestivamente avvenuta. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 26 gennaio 2016, n. 1366.

⁴⁰ In tema di verifica, *ex multis*, V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, 1957; Id., *Verifica della scrittura privata*, in *Nss. D.I.*, XX, 670 ss.

⁴¹ In ossequio alle disposizioni dell'art. 216 c.p.c., nell'ipotesi di mancata proposizione di istanza di verifica a seguito del disconoscimento del documento prodotto in giudizio, rileva una presunzione legale in termini di rinuncia all'inserimento nel materiale istruttorio del documento in questione. Ne deriva che il giudice non potrà tener conto in alcun modo di questa produzione documentale. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 20 novembre 2017, n. 27506; Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2012, n. 2220; Cass. civ., Sez. Lav., 19 giugno 2009, n. 14475. In forza di tale presunzione legale, la parte interessata al disconoscimento di una scrittura privata non ha l'onere di reiterare quest'ultimo in sede di appello qualora sia stato ritualmente e tempestivamente proposto in primo grado e ad esso non abbia fatto seguito istanza di verifica. Cfr. Cass. civ., Sez. II, ord., 06 luglio 2018, n. 17902.

Si tratta di un procedimento in cui solitamente⁴² si ricorre ad una consulenza tecnica di un grafologo per verificare la genuinità o meno della sottoscrizione, mediante le c.d. scritture di comparazione⁴³ o mediante scrittura sotto dettatura da parte del presunto autore del documento in questione⁴⁴. In queste circostanze, si assiste ad una vera e propria creazione *ex novo* delle scritture di comparazione.

In assenza di accordo tra le parti con riguardo alla selezione delle scritture di comparazione, il giudice individua all'uopo altri documenti che siano stati riconosciuti in modo espresso o tacito, ovvero accertati come autentici con sentenza passata in giudicato o con atto pubblico. Diversa è l'ipotesi in cui manchino del tutto scritture di comparazione, per cui il giudice può ordinare all'apparente sottoscrittore di scrivere sotto dettatura, anche dinanzi ad un consulente tecnico. Se la parte non si presenta o si rifiuta di scrivere senza giustificato motivo, la scrittura può essere considerata come riconosciuta ai sensi dell'art. 219 c.p.c.

L'ordinamento prevede la possibilità di instaurare il giudizio di verificaione o "in via principale e con citazione", oppure in via incidentale all'interno del processo, avente oggetto diverso, in cui è stata prodotta la scrittura per la richiesta di ammissione di una prova documentale.

Il giudizio di verificaione è instaurato in via principale, come mezzo di tutela tipico⁴⁵, quando l'attore dimostri di avere un interesse giuridicamente apprezzabile all'accertamento della autenticità (e non alla sua falsità⁴⁶) della

⁴² In alcuni casi, però, l'istanza di verificaione può essere evasa senza dover dare luogo all'apertura di un procedimento incidentale o all'assunzione di specifiche prove, essendo sufficienti per la decisione i vari elementi già acquisiti o la situazione processuale. Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 04 luglio 2017, n. 16383; Cass. civ., Sez. II, 24 maggio 2012, n. 8272; Cass. civ., Sez. II, 21 giugno 2003, n. 15711.

⁴³ Si tratta di una scrittura privata idonea alla funzione di comparazione, cioè a fungere da «fonte di prova della verità di altro documento», dal momento che la sua provenienza non è mai stata oggetto di contestazione. Cfr. Cass. civ., Sez. VI-2, ord., 23 giugno 2016, n. 13078. Tali scritture devono essere depositate in cancelleria ai fini della loro conservazione. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 227.

⁴⁴ È possibile ricorrere altresì alla prova testimoniale, seppur limitatamente ai fini dell'accertamento dell'autografia della scrittura, non anche ai fini dell'accertamento di autenticità della sottoscrizione. Cfr. P. FARINA, *La querela*, cit., 86.

⁴⁵ Mezzo di tutela tipico in relazione a quanto richiesto ai sensi degli artt. 2657, 2834, 2835 c.c. V. DENTI, *Verificaione*, cit., 671. Nel senso di concepire il giudizio di verificaione in via principale in termini di giudizio di mero accertamento (in cui l'oggetto dell'accertamento è eccezionalmente un fatto e non un rapporto giuridico), A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, 1955, 189 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, II, 2015, 87.

⁴⁶ È controverso, se il giudizio di verificaione, alla stregua della querela di falso, possa essere utilizzato per ottenere una dichiarazione di falsità di una scrittura, oppure se l'oggetto dei due

sottoscrizione pur in assenza di contestazione, come ad esempio accade in materia di trascrizione o iscrizione nei registri immobiliari di un titolo costituito da una scrittura privata la cui sottoscrizione deve essere autenticata o accertata giudizialmente, o per assicurarsi delle prove con efficacia probatoria ex art. 2702 c.c. in favore delle proprie pretese in future controversie⁴⁷.

L'individuazione del giudice segue le comuni regole della competenza per valore e territorio, per cui è competente il giudice del luogo di residenza del convenuto, ritenendosi la domanda di valore indeterminabile.

Se il convenuto riconosce la scrittura, le spese processuali sono poste a carico dell'attore per il principio di causalità, in relazione al soggetto richiedente l'intervento giurisdizionale, mentre, se non la riconosce, le stesse seguono le ordinarie regole sulla soccombenza⁴⁸.

Il giudizio di verificaione è di tipo incidentale, invece, quando lo stesso non si riflette in un procedimento autonomo e distinto ma costituisce una fase processuale interna che non causa alcuna sospensione ed è risolta dal medesimo giudice adito per il giudizio della questione principale⁴⁹.

Sebbene l'art. 216 c.p.c. non preveda alcuna specifica limitazione temporale, la parte che intende avvalersi di una scrittura privata disconosciuta può chiedere, con la relativa istanza⁵⁰, la verificaione entro il termine per l'ammissione dei nuovi mezzi di prova, non potendosi produrre le scritture di comparazione o altro materiale probatorio utile a dimostrare il falso documentale in un momento successivo alla proposizione dell'istanza stessa⁵¹.

giudizi, come anche i profili procedurali, siano radicalmente diversi. Nella prima direzione, A. ATTARDI, *L'interesse*, cit., 192; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, 1953, 156; F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, 1935, 100. Di contrario avviso V. DENTI, *Verificaione*, cit., 675.

⁴⁷ P. FARINA, *La querela*, cit., 82.

⁴⁸ F. P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., 109.

⁴⁹ In questo caso l'interesse a proporre l'istanza è rappresentato dalla esigenza di insistere affinché si possa utilizzare la scrittura come prova nel processo. Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 227.

⁵⁰ L'istanza può essere formulata esclusivamente a seguito di disconoscimento di una scrittura privata prodotta in giudizio e non può pertanto essere proposta in modo preventivo. Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 30 marzo 2018, n. 7993.

⁵¹ Così, secondo il prevalente indirizzo della giurisprudenza della Suprema Corte. Cfr. Cass. civ., Sez. II, 17 ottobre 2014, n. 22078; Cass. civ., Sez. II, 02 agosto 2011, n. 16915; Cass. civ., Sez. III, 07 febbraio 2005, n. 2411. Sull'inammissibilità della verificaione chiesta tardivamente in grado di appello con riferimento ad una scrittura prodotta in primo grado e in quella sede ritualmente e tempestivamente disconosciuta, Cass. civ., Sez. III, 5 settembre 2006, n. 19067. In tema di istanza di verificaione proposta in grado di appello, si veda, tra i tanti, V. BARONCINI, *Della scrittura*, cit., 438; B. CARPINO, *Scrittura privata*, cit., 808 che l'ammettono relativamente alle prove nuove eccezionalmente richieste in appello; in senso persino più estensivo V. DENTI, *La verificaione*, cit., 179.

In compenso, la giurisprudenza di legittimità ammette che l'istanza di verifica non sia a forma vincolata e che la stessa possa risultare idonea anche quando resa in modo implicito, per *facta concludentia*, insistendo per l'accoglimento delle proprie richieste che presuppongono l'autenticità di una determinata scrittura privata prodotta in giudizio⁵².

Occorre, da ultimo, soffermarsi sulla natura del giudizio di verifica in via incidentale, in relazione al quale si annoverano due indirizzi di pensiero, uno diretto a conferirgli i connotati di un accertamento sostanziale della paternità del documento⁵³ e idoneo ad acquisire autorità di cosa giudicata, l'altro che lo descrive in termini di "*episodio o incidente istruttorio*", affinché la scrittura possa ricevere quell'efficacia probatoria necessaria per la sua utilizzazione in giudizio⁵⁴. Di conseguenza, gli effetti della decisione che accoglie l'istanza di verifica dipendono dalle lenti indossate per osservare il problema della natura del giudizio di verifica⁵⁵.

In conformità con la prima prospettazione, il giudizio di verifica culmina in una sentenza⁵⁶ che, non solo rende utilizzabile la scrittura come prova legale ex

⁵² Sul punto si veda Cass. civ., Sez. Lav., 04 luglio 2017, n. 16383; Cass. civ., Sez. III, 24 luglio 2012, n. 12892; Cass. civ., Sez. II, 24 maggio 2012, n. 8272; Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 2006, n. 13258.

⁵³ Si tratta di un'ipotesi in cui si cristallizza un giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c., seppur con alcuni aspetti eccezionali. L. BIANCHI, *Arbitrato e verifica della scrittura privata*, in *Il giusto processo civile*, 2015, III, 847. Questi profili di eccezionalità riguardano l'oggetto di accertamento (rappresentato da un mero fatto, vale a dire la provenienza del documento, e non una situazione giuridica soggettiva), e il tipo di accertamento, previsto per volontà di legge. Cfr. E. LIEBMAN, *L'oggetto del processo civile di falso*, in *I problemi del processo civile*, 1962, 103.

⁵⁴ L'espressione è di E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, 214, richiamata in V. DENTI, *Verifica*, cit., 670. Per la prima opzione ermeneutica si veda A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, 1999, 266; G. LASERRA, *La scrittura*, cit., 128 ss.; E. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1984, 133; G. A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, 1960, 124; A. SCARDACCIONE, *Le prove*, cit., 204; G. VERDE, *Verifica della scrittura privata*, in *Enc. giur.*, XXXII, 3; *contra* L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 478; V. DENTI, *La verifica*, cit., 163; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 225; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 1994, 145 ss.; F. ROTA, *I documenti*, cit., 660 ss.; S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1966, 180; M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., 661. Nel senso di acquisire la natura di accertamento incidentale solo quando vi sia espressa richiesta delle parti, F. CARNELUTTI, *Verifica di scrittura privata in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 670.

⁵⁵ Ad ogni modo, il giudice, nel riconoscere esito positivo all'istanza di verifica, può anche condannare ad una modesta pena pecuniaria la parte che l'aveva contestata (art. 220 c.p.c.).

⁵⁶ L'art. 220 del codice di rito dispone che "Sull'istanza di verifica pronuncia sempre il collegio". Tuttavia, l'art. 50 *bis* dello stesso codice, rubricato "Cause nelle quali il tribunale giudica in composizione monocratica", non riserva al collegio il giudizio di verifica, per cui si ritiene che il richiamo ad esso contenuto nell'art. 220 c.p.c. debba intendersi come sinonimo di "organo giudicante", il quale, dunque, può presentare composizione propriamente collegiale o anche monocratica. Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 227.

art. 2702 c.c., ma dichiara anche l'autenticità della stessa, con un accertamento costitutivo che è coperto dalla forza di cosa giudicata ex art. 2909 c.c.

Mutatis mutandis, la sentenza che rigetta la domanda di verifica accerta la non autenticità della scrittura, per cui è impedita la sua utilizzazione sia nel processo in cui è avvenuta la verifica, sia in altri processi, in forza dell'autorità di cosa giudicata⁵⁷.

Accedendo alla seconda impostazione teorica⁵⁸, si è affermato che la sentenza di accoglimento o quella di rigetto della domanda esplicano rispettivamente solo l'effetto di consentire oppure no l'utilizzabilità della scrittura privata come mezzo di prova in quel giudizio⁵⁹.

La verifica può essere definita come una "*autenticazione giudiziale*"⁶⁰, rimanendo inclusa nel novero dei meccanismi normativi previsti per considerare la sottoscrizione come riconosciuta e per consentire alla scrittura privata di fare piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni contenute nel documento.

Nel caso in cui, invece, la decisione rigetti l'istanza di verifica, ovvero anche nei casi in cui, per una qualunque ragione, non si possa giungere alla fine del giudizio di verifica (ad es. non ci sono scritture di comparazione ed il presunto autore della scrittura è deceduto, oppure nelle ipotesi di inidoneità a fornire la prova dell'autenticità della scrittura o della sottoscrizione disconosciuta), la conseguenza non è la dichiarazione di falsità della scrittura, bensì una mera preclusione, vale a dire che la scrittura privata non acquisisce efficacia probatoria ex art. 2702 c.c. e le dichiarazioni ivi contemplate non possono essere effettivamente imputabili ad un determinato soggetto⁶¹.

4. Il dibattito sulla rilevanza d'ufficio del tardivo disconoscimento della sottoscrizione e la decisione della Suprema Corte n. 23636 del 24 settembre 2019.

Come si è detto, per l'instaurazione di un giudizio di verifica è necessario che la scrittura privata (o la sua sottoscrizione) prodotta in giudizio sia stata disconosciuta dalla controparte, cioè dall'apparente autore.

⁵⁷ L. BIANCHI, *Arbitrato*, cit., 847; E. LIEBMAN, *Manuale*, cit., 135.

⁵⁸ In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 06 aprile 1995, n. 4036, la quale richiama come precedenti Cass. civ., Sez. I, 10 agosto 1979, n. 4651; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 1991, n. 6613.

⁵⁹ V. DENTI, *Verificazione*, cit., 670.

⁶⁰ V. DENTI, *La verifica*, cit., 163.

⁶¹ V. DENTI, *La verifica*, cit., 293 ss.

Nel rispetto dei limiti temporali imposti dall'ordinamento giuridico, in particolar modo dall'art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c., la scrittura privata prodotta in giudizio si ha per riconosciuta "se la parte comparsa non la disconosce o non dichiara di non conoscerla nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione".

Ora, dal mancato rispetto di questo termine, nell'udienza ex art. 183 c.p.c. o nella prima risposta successiva alla produzione del documento, derivano gli effetti del riconoscimento tacito della scrittura privata, la quale pertanto farà piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni di chi l'ha sottoscritta, ai sensi dell'art. 2702 c.c.

In seno alla giurisprudenza e alla dottrina è sorta la questione se i suddetti effetti del riconoscimento tacito si producano automaticamente, allo spirare del termine previsto dall'art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c., oppure solo nel caso in cui la controparte eccepisca la sua tardività.

Il quesito sottende il problema della natura giuridica dell'eccezione della tardività del disconoscimento, che, a sua volta, presuppone la risoluzione della più ampia problematica della distinzione tra le eccezioni opponibili solo su istanza di parte (c.d. eccezioni in senso stretto) e le eccezioni rilevabili dal giudice in via officiosa (c.d. eccezioni in senso lato). A tal proposito, è possibile richiamare il – già citato in esordio – principio dispositivo ex art. 112 del codice di rito⁶².

Per mezzo del suddetto fondamento giuridico si è consolidata nel diritto vivente, a partire da un noto arresto⁶³ delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1998, la regola generale secondo cui le eccezioni sono considerate tutte rilevabili d'ufficio, salvo i casi in cui la natura di eccezione in senso stretto sia stata espressamente indicata da specifiche norme di legge, ovvero la stessa sia comunque desumibile dalla circostanza che la realizzazione della fattispecie richieda implicitamente l'elemento costitutivo della libera autodeterminazione della parte.

Ciò avviene se l'opposizione dell'eccezione possa essere ritenuta equivalente all'esercizio di un'azione costitutiva, ovvero ancora "*quando il fatto integratore dell'eccezione corrisponda all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare*"⁶⁴, per cui la produzione di una nuova situazione sostanziale non si verifica automaticamente, con la mera allegazione di un fatto,

⁶² Sulla rilevanza dell'art. 112 c.p.c. nella distinzione tra le due diverse tipologie di eccezioni, cfr. R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, VII, 270 ss.

⁶³ Si tratta di Cass. civ., Sez. Un., 03 febbraio 1998, n. 1099.

⁶⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 27 luglio 2015, n. 15712.

ma necessita di una espressa manifestazione di volontà del soggetto interessato⁶⁵.

Al di fuori delle ipotesi "eccezionali" ove è richiesto l'impulso di parte, quindi, le eccezioni sono tutte rilevabili dal giudice in via officiosa ed è sufficiente che il fatto su cui si fonda l'eccezione medesima risulti allegato *ex actis*, e ciò perché "il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe svisato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto"⁶⁶.

Ebbene, con specifico riguardo alla eccezione di tardivo disconoscimento della sottoscrizione di una scrittura privata si possono annoverare due orientamenti contrapposti, il primo fondato sulla sua deducibilità *ope exceptionis*, il secondo sulla sua rilevabilità *ex officio*.

Per il primo indirizzo di pensiero, l'eccezione processuale di tardivo disconoscimento della scrittura privata o della sottoscrizione non è rilevabile d'ufficio ma è rimessa alla disponibilità della parte che ha prodotto il documento disconosciuto⁶⁷.

Si argomenta che solo la parte ha interesse a valutare l'utilità di un accertamento positivo della provenienza della scrittura⁶⁸, e dalla normativa vigente non è possibile desumere l'esigenza di tutela di un interesse generale che giustifichi la possibilità per il giudice di operare d'ufficio nel rilevare la tardività del disconoscimento.

In questa direzione, ad esempio, la Suprema Corte ha in passato risolto una controversia concernente, tra le varie questioni derivanti dai motivi di ricorso per cassazione, la non tempestività del disconoscimento di alcune ricevute di pagamento prodotte in giudizio dal convenuto a sostegno della sua tesi

⁶⁵ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. Lav., 27 luglio 2015, n. 15712, già cit.; Cass., Sez. Un., 25 maggio 2001, n. 226; Cass. civ., Sez. II, 5 giugno 2014, n. 12677; Cass. civ., Sez. III, 5 agosto 2013, n. 18602; Cass. civ., Sez. I, 08 aprile 2004, n. 6943; Sull'argomento, M. DI MARZIO, *Eccezioni di rito e di merito: quali non sono rilevabili d'ufficio?*, in www.ilprocessocivile.it, del 23 maggio 2017.

⁶⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 07 maggio 2013, n. 10531; conf. da Cass. civ., Sez. III, 26 febbraio 2014, n. 4548.

⁶⁷ Tra le decisioni risalenti nel tempo che possono essere sussunte all'interno di questo orientamento, Cass. civ., Sez. I, 27 gennaio 1978, n. 388.

⁶⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 2013, n. 7283. Si v. R. GIORDANO, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Milano, 2013, 158; G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Milano, 2015, 405 ss.; A. PENTA, *Le prove precostituite*, in F. AVERSANO, G. SABBATO (a cura di), *La prova nel processo*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 193.

difensiva⁶⁹. In tale occasione, la Corte ha aderito alla tesi della deducibilità dell'eccezione solo su impulso di parte, dal momento che risulta inammissibile, in un sistema processuale improntato sul principio dispositivo, che il giudice si sostituisca alla volontà della parte di impedire o meno gli effetti del disconoscimento effettuato dalla controparte, a causa della sua irritualità.

Ulteriore argomentazione di questo orientamento è ricavabile dalla natura decadenziale del termine previsto dall'art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c., come aveva avuto modo di precisare la Suprema Corte anche in alcuni recenti arresti⁷⁰. Di conseguenza, si potrebbe affermare, trattandosi di decadenza sostanziale⁷¹, che risulti applicabile la relativa disciplina di cui agli artt. 2964 e ss. c.c.: in particolare, ai sensi dell'art. 2969 c.c., il giudice può rilevare d'ufficio la decadenza solo quando la stessa riguardi materia sottratta alla disponibilità delle parti⁷².

Ed invero, a differenza della prescrizione che ha sempre un fondamento d'ordine pubblico, la decadenza è talvolta prevista per considerazioni d'ordine privato⁷³ e non è rilevabile d'ufficio salvo i casi di diritti indisponibili⁷⁴, come i diritti della personalità o gli *status* familiari, ove il mero interesse privato è connesso ad un interesse pubblico. Non vertendo in una materia sottratta alla disponibilità delle parti, ed in mancanza di un interesse generale⁷⁵, l'eccezione di decadenza dalla facoltà di disconoscimento rientrerebbe a pieno titolo nel *genus* delle eccezioni in senso sostanziale.

Accogliendo questa opzione ermeneutica, allora, dal mancato disconoscimento della scrittura privata o della sottoscrizione entro il termine previsto ex art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c. non si determinerebbe in automatico l'effetto della

⁶⁹ Cass. civ., Sez. III, 01 febbraio 2002, n. 1300, con nota di P. VINCENTI, *La non rilevabilità d'ufficio del disconoscimento tardivo, opponibile solo dalla parte che ha prodotto la scrittura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 97 – 104.

⁷⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. VI - 1, Ord., 15 giugno 2018, n. 15780; Cass. civ., Sez. I, 28 marzo 2014, n. 7409.

⁷¹ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6968.

⁷² Riferisce l'art. 2969 c.c. che "La decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione".

⁷³ Così si leggeva nella Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice civile del 4 aprile 1942, (n. 1216).

⁷⁴ Sul difetto di assoluta coincidenza tra l'espressione "materia sottratta alla disponibilità delle parti" e diritti indisponibili, si v. Cass. civ., Sez. I, 26 agosto 1997, n. 8014.

⁷⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6968, già cit. Si v. C. PANDOLFI, *Brevi note in tema di disconoscimento e verifica di scrittura privata*, in *Giur. merito*, 2008, VI, 1789B ss.

decadenza, essendo necessaria la rilevazione *ope exceptionis* della sua tardività⁷⁶.

In forza di una diversa impostazione interpretativa, invece, l'irritualità del disconoscimento di scrittura privata o di sottoscrizione è rilevabile mediante una eccezione in senso lato, ove è immediatamente efficace il fatto estintivo, modificativo o impeditivo di quanto preteso *ex adverso*⁷⁷, senza necessità dell'espressa manifestazione di volontà della parte che vi abbia interesse.

In primo luogo, è possibile invocare il già menzionato criterio discretivo cristallizzato dalla giurisprudenza per distinguere le eccezioni in senso stretto dalle eccezioni in senso lato, in forza del quale le eccezioni si intendono generalmente rilevabili d'ufficio salvo i casi in cui il rilievo su istanza di parte sia richiesto da specifica previsione normativa o sia implicito nella struttura della fattispecie integrativa dell'eccezione. In questa prospettiva, allora, si è rimarcato come la disciplina codicistica nulla disponga a proposito della sua operatività solo su impulso di parte. Si è aggiunto poi che, trattandosi di una "*circostanza processuale che incide direttamente sui poteri del giudice e sulla formazione del suo libero convincimento*", è da escludersi pure che la sua natura di eccezione in senso stretto sia implicita, riguardando soltanto uno degli elementi costitutivi di una prova legale all'interno del processo⁷⁸.

In secondo luogo, questa tesi può essere argomentata qualificando il termine previsto ex art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c. come termine processuale e sulla base della sua presunta intrinseca perentorietà. Sono perentori, in effetti, i termini processuali che sono espressamente individuati in tal modo dalle disposizioni di legge ovvero quando questo carattere è intrinseco nella loro funzione⁷⁹. Il termine perentorio non è prorogabile dal giudice⁸⁰, e ciò in quanto la proroga di termini processuali perentori non è ammissibile ai sensi e per gli effetti dell'art. 153, comma 1, c.p.c., neppure su accordo delle parti. Ammettere l'efficacia di un disconoscimento tardivo, o meglio rimettere alla volontà della parte la scelta

⁷⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 02 marzo 2012, n. 3241; Cass. civ., Sez. II, 09 maggio 2011, n. 10147; Cass. civ., Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6968, già cit.; Cass. civ., Sez. II, 24 giugno 2003, n. 9994. Si v. G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, cit., 405 ss.

⁷⁷ Dal tenore letterale dell'art. 2697 c.c. si evince il contenuto dell'eccezione, per mezzo della quale si oppongono fatti estintivi, modificativi ed impeditivi del diritto dedotto in giudizio, al fine di conseguire il rigetto della domanda.

⁷⁸ Così L. DITTRICH, *La prova documentale*, in Id. (a cura di), *Diritto processuale civile*, II, Utet, Milano, 2019, 1908.

⁷⁹ Cfr. Corte cost., ord. 107 del 2003.

⁸⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 24 giugno 2002, n. 9159; Cass. civ., Sez. I, 01 febbraio 2000, n. 1089; Cass. civ., Sez. Lav., 27 marzo 1998, n. 3275.

se un disconoscimento possa o meno produrre effetti nonostante l'inutile decorso del tempo prescritto per il suo esercizio, significherebbe aggirare la perentorietà di questo termine⁸¹, significherebbe violare la norma del codice di rito relativa alla improrogabilità dei termini perentori. Per questo motivo, la perentorietà del termine indicato dall'art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c. dovrebbe confermare il potere di rilevabilità d'ufficio del giudice⁸².

Del resto, si è ribadito che il mancato assolvimento dell'onere di disconoscimento entro gli ormai noti limiti temporali perentori comporta una decadenza processuale, esplicita *ipso iure* e non *voce hominis* dell'effetto del riconoscimento tacito⁸³. Un siffatto meccanismo riflette sul piano processuale la disciplina civilistica della scrittura privata, la cui sottoscrizione deve essere riconosciuta o deve essere legalmente considerata tale, proprio come nel caso del riconoscimento tacito, affinché il documento possa fare piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni⁸⁴. Affidare esclusivamente alla parte la possibilità di rilevare l'eccezione *de quo* implicherebbe, al contempo, la sconfessione dell'automaticità *ex lege* del meccanismo del riconoscimento tacito e la possibilità di un valido disconoscimento operato in qualsiasi momento se la controparte non si oppone.

Fermo restando il contrasto tra gli orientamenti poc'anzi esposti, dunque, la Suprema Corte, con la recente sentenza n. 23636 del 2019, ha optato per la prima soluzione interpretativa, confermando la tesi della natura di eccezione in senso stretto per la rilevazione della tardività di un disconoscimento di sottoscrizione.

Ha osservato il Collegio giudicante, mediante rinvio al principio di diritto espresso in alcuni precedenti giurisprudenziali⁸⁵, che il potere di eccepire la tardività del disconoscimento di una scrittura privata è attribuito esclusivamente alla parte che ha prodotto il documento, giacché solo l'istante può avere interesse o meno all'accertamento positivo della sua provenienza⁸⁶.

⁸¹ M. DI MARZIO, *Riconoscimento di scrittura privata*, in *www.ilprocessocivile.it*, del 04 settembre 2017.

⁸² Cfr. P. FARINA, *La querela*, cit., 50 ss.

⁸³ All'inutile spirare del termine, il presunto autore della sottoscrizione non potrebbe più validamente esercitare il disconoscimento, salva l'operatività dell'istituto della rimessione dei termini ove la parte dimostri di essere incorsa in decadenza per causa ad essa non imputabile, ex art. 153, comma 2, c.p.c.

⁸⁴ M. DI MARZIO, *Riconoscimento di scrittura privata*, cit.

⁸⁵ Cass. civ., Sez. II, 09 maggio 2011, n. 10147, già cit.; Cass. civ., Sez. II, 24 giugno 2003, n. 9994, già cit.

⁸⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. III, Sent., 24 settembre 2019, n. 23636.

In questa direzione, la Corte, constatando l'irritualità del giudice di merito nel rilevare la tardività del disconoscimento della sottoscrizione in via officiosa, ha cassato la sentenza impugnata, in quanto viziata da un *error in procedendo*, e rimette gli atti al giudice del rinvio per una corretta definizione dell'istruzione probatoria.

Nelle more della conclusione del giudizio di rinvio, in cui il giudice dovrà attenersi al principio di diritto formulato dalla Corte⁸⁷, il dibattito sulla natura giuridica dell'eccezione di tardivo disconoscimento della sottoscrizione di un documento prodotto in giudizio sembra tutt'altro che sopito (in dottrina più che in giurisprudenza). Anzi, occorre notare che il semplice richiamo del principio di diritto che costituisce il pilastro del primo orientamento giurisprudenziale sopra esposto, senza illustrare le ragioni poste a sostegno del suo rinnovato accoglimento, lascia ancora irrisolti i dubbi nutriti per confutare la tesi dell'eccezione in senso stretto.

Una tesi, quest'ultima, che ingenererebbe deduzioni incoerenti con l'ordinamento giuridico. Come è stato affermato, infatti, *"la scrittura privata, nel periodo successivo alla scadenza del termine di cui all'art. 215, comma 1, n. 2, c.p.c., dovrebbe essere collocata in una sorta di limbo, in cui essa non è più scrittura privata ancora da disconoscere, ma non è ancora scrittura privata riconosciuta"*⁸⁸.

Si evidenzia, dunque, la sussistenza di un nesso temporalmente inscindibile tra la scadenza del termine di cui all'art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c. e la realizzazione dell'efficacia probatoria ex art. 2702 c.c.

A ciò si può aggiungere che la giurisprudenza già in passato aveva stabilito l'inidoneità di impedire l'effetto del riconoscimento tacito nel caso di un disconoscimento espresso in maniera preventiva con l'atto introduttivo del giudizio ma non più nuovamente riproposto⁸⁹, a seguito della effettiva produzione in giudizio del documento, nei limiti temporali scanditi dall'art. 215, comma 1, n. 2 del codice di rito.

Sicché a noi sembra, a voler restare sulla stessa lunghezza d'onda, che si possa ragionare anche *a fortiori*: se è stato reputato in ogni caso inidoneo un disconoscimento preventivo, in virtù di un rigoroso apprezzamento del tenore

⁸⁷ Ai sensi dell'art. 384, comma 2 c.p.c., secondo il quale "La Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto".

⁸⁸ M. DI MARZIO, *Riconoscimento di scrittura privata*, cit.

⁸⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 03 aprile 1998, n. 3431.

letterale della norma suddetta, a maggior ragione dovrà essere considerato tale quello tardivo, senza che vi sia discriminazione tra i casi in cui la parte che abbia prodotto in giudizio la scrittura si adoperi per eccepire la tardività e quelli in cui la parte sia rimasta inerte.

Ne deriverebbe che l'unico strumento processuale approntato dalla legge per bloccare, come si dice in gergo calcistico, "in zona Cesarini", l'efficacia del riconoscimento tacito, dovrebbe essere allora quello, così come pure è stato affermato, della querela di falso⁹⁰.

D'altra parte, la soluzione offerta dalla Suprema Corte ha già avuto un seguito nella giurisprudenza di merito. Quest'ultima, ad esempio, è stata richiamata nella parte motiva di una recente decisione⁹¹, del Tribunale civile di Lecce, del 20 marzo 2020.

5. Incompatibilità logica tra l'eccezione della tardività del disconoscimento e l'istanza di verificaione.

La questione della natura giuridica dell'eccezione di tardivo disconoscimento della scrittura privata (o della sua sottoscrizione) è connesso all'ulteriore problema della sua compatibilità con la proposizione dell'istanza di verificaione. In realtà, la Suprema Corte, con la sua recente pronuncia del 2019, non ha avuto necessità di esprimersi su quest'ultimo aspetto, in merito al quale, però, occorre ricordare la soluzione offerta dai precedenti giurisprudenziali richiamati nella motivazione del suo dispositivo: la proposizione dell'istanza di verificaione implica una rinuncia all'eccezione di tardivo disconoscimento della scrittura privata, per cui la parte non potrebbe più sollevare quest'ultima successivamente. Invero, si assume che, a seguito dell'accoglimento dell'eccezione di tardivo disconoscimento, si realizzerebbe l'effetto del riconoscimento tacito, cosicché non potrebbe più ammettersi tale effetto quando, una volta instaurato e poi conclusosi il giudizio di verificaione, si giunga alla prova del falso documentale⁹².

Se ne deduce, quindi, che la proposizione dell'istanza di verificaione della scrittura privata non è compatibile con la volontà di far rilevare la tardività del disconoscimento effettuato dalla controparte.

⁹⁰ P. FARINA, *La querela*, cit., 51.

⁹¹ Si fa riferimento alla sentenza Trib. Lecce, Sez. II, 20 marzo 2020, n. 859.

⁹² Cfr. Cass. civ., Sez. II, 24 giugno 2003, n. 9994, già cit.

Anzi, la formulazione stessa dell'istanza perfeziona una rinuncia tacita a far valere la decadenza⁹³. Una rinuncia, quest'ultima che, come ha avuto modo di ribadire la Suprema Corte, non può più essere revocata dalla parte⁹⁴.

Ed allora, delle due l'una:

1. La parte che ha prodotto in giudizio il documento oggetto di disconoscimento tardivo può scegliere di opporsi alla sua irrivalenza, consentendo l'effetto del riconoscimento tacito nel caso di accoglimento dell'eccezione.
2. La parte può optare per la proposizione del giudizio di verifica con la relativa istanza, al fine di impedire l'efficacia probatoria del documento nel processo. Ma, in questo caso, una volta proposta l'istanza non è consentito ricorrere all'altra soluzione, e ciò perché uno dei possibili risultati del giudizio di verifica, a prescindere da quale impostazione interpretativa della sua natura giuridica si scelga di aderire, è quello della preclusione della utilizzazione della scrittura ai fini probatori. Esito, questo, che si pone in netta incompatibilità logica con l'acquisizione dell'efficacia di piena prova legale del documento, ai sensi dell'art. 2702 c.c., che quest'ultimo acquisisce a seguito del riconoscimento tacito, a sua volta conseguente all'accoglimento dell'eccezione della tardività del disconoscimento operato dalla controparte.

Concludendo, ci sembra che una delle ragioni della connessione tra il problema della natura giuridica dell'eccezione di tardivo disconoscimento ed il problema della sua incompatibilità logica con la proposizione dell'istanza di verifica si ravvisi nella seguente riflessione: posto che la giurisprudenza di legittimità – richiamata nella sentenza in esame – ha affermato che la proposizione dell'istanza di verifica, a causa della sua inconciliabilità, implicherebbe una rinuncia tacita all'eccezione di tardivo disconoscimento della scrittura privata, si potrebbe aggiungere che, in questo modo, si dovrebbe pure presupporre, in capo alle parti, un potere di rinuncia dell'eccezione, e più in generale, quindi, una certa libertà di autodeterminazione per la sua opposizione o meno in giudizio, che, però, mal si adatta alle caratteristiche delle eccezioni in senso lato, rilevabili dal giudice in via officiosa.

⁹³ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 09 maggio 2011, n. 10147, già cit.; Cass. civ., Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6968, già cit.; si v. R. GIORDANO, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, cit., 158; G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, cit., 405 ss. A. PENTA, *Le prove precostituite*, cit., 193.

⁹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 02 marzo 2012, n. 3241, già cit.

In altre parole, il potere di rinunciare all'eccezione di tardivo disconoscimento della scrittura o della sottoscrizione di un documento mediante proposizione di una istanza di verifica non è che un coerente precipitato della sola tesi della natura dell'eccezione in senso stretto.

Quali che siano, allora, i dubbi che comunque si muovono nei confronti di questa teoria, la Suprema Corte, facendola propria, con la sentenza in esame, sembra dare continuità anche al principio di diritto secondo il quale l'istanza di verifica produce l'effetto di una rinuncia tacita all'eccezione di tardivo disconoscimento.

E così, in tali circostanze, sarà rinnovato ancora l'antico brocardo: *electa una via non datur recursus ad alteram*.

Gli animali: da *res* a soggetti senzienti. Sinopia dell'evoluzione bioetica, giuridica, teorico-dottrinale e sociologica, dalla potenzialità della comunicazione empatica sino alla teoria di Regan.

di Edda NAPOLITANO*

SOMMARIO: **1.** La teoria antropocentrica come primigenia della pretesa dominatrice dell'uomo. **2.** Il processo di domesticazione e l'umanizzazione del "non-umano". **3.** La teoria del valore: epistemologia del diritto animale. Focus su Regan. **4.** Animale: proprietà legale o soggetto di diritto? **5.** Capacità e benessere animale. **6.** Diritto alla "buona vita" nel Report Brambell e riferimenti alla tutela dell'essere vivente nell'evoluzione della normativa penalistica.

ABSTRACT: *The discussion of ethical issues relating to nonhuman animals has progressed in the almost fifty years since Animal Rights and Human Obligation. Now the treatment of animals is considered a very important topic. Philosophers and the public as a whole are now much more aware of the ethical significance of what we do to nonhuman animals. The very fact that intention movements so often evolve into communicative signals may reflect a close linkage between thinking and the intentional communication of thoughts from one conscious animal to another. The natural world often presents animals with complex challenges best met by behaviour than can be rapidly adapted to changing circumstances. Indeed, when one thinks only of humans, it can be very liberal, very progressive, to talk of the dignity of all human beings.*

1. La teoria antropocentrica come primigenia della pretesa dominatrice dell'uomo.

Per secoli, pur dinanzi alla impossibilità d'intendere la natura in maniera stazionaria, bensì preda di un incessante dinamismo evolutivo,¹ la concezione dottrinale regina è stata individuata in quella antropocentrica. Essa si basa sull'assunto della priorità degli uomini rispetto a qualsiasi altro essere vivente: da tale superiorità deriva la pretesa dominatrice umana. Identificare il *dies a quo* di tale impostazione è piuttosto complesso e richiede di spingersi sino alla filosofia platonica in cui l'immagine dell'uomo ben ritto e piantato sui piedi, ed ancora, le mani prensili valgono da soli a palesare la superiorità dell'uomo,

* Dottoranda di ricerca in Bioetica, Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ MASSA, *Il secolo della biodiversità*, Milano, Jaka Book, 2005.

"parente del cielo",² sugli animali. Di qui l'uomo razionale capace di apprendere e di insegnare, unico animale retto, pertanto unico proteso al cielo. Il distinguo è tra *loghikoi* e *alagora*, uomini razionali e animali non pensanti. Una distinzione che attraversa i secoli e attribuisce superiorità agli uomini con rare eccezioni, ad esempio Lucrezio che, nel *De rerum natura*, restituisce un'immagine beffarda ed illusoria dell'amore umano, nobilitando l'animale e il suo giocoso rapporto con la natura. A discapito del tentativo filosofico di riconoscimento della sensazione, comune ad animali e uomini, quale primigenia della ragione; la teoria antropocentrica continua ad imporsi non dimentica dell'exasperazione di Pico della Mirandola con l'uomo "*misura di tutte le cose*". Occorrerà attendere la teoria utilitaristica di Bentham e la sua evoluzione nell'elaborazione della teoria neoutilitaristica per ritrovare nuovo equilibrio nei rapporti uomo-animale. In realtà, nel complesso processo dell'evoluzione, intendendo per essa la trasformazione antropologica che tende a restringere i fenomeni di ibridazione e a restituire l'immagine della storia come tentativo di riscatto dal bisogno,³ l'uomo ha provveduto ad inverare modifiche negli ecosistemi e a correggerne, successivamente, le aberrazioni.

2. Il processo di domesticazione e l'umanizzazione del "non-umano".

La genesi stessa della patologia animale, per lauta parte della letteratura scientifica, sarebbe attribuibile ad un abuso umano⁴. La transizione degli eco-tipi alle proto-razze dipende, difatti, dall'intervento attivo dell'uomo, che opera, per vari scopi funzionali, una selezione artificiale⁵. Con l'ausilio fornito dalla <<sistematica>>⁶, è stato possibile identificare le relazioni genealogiche tra le specie esistenti e valutare in quale momento le specie o gruppi di specie cominciarono a differenziarsi. Il processo di domesticazione, subito dagli animali può essere così schematizzato:

² Cfr. Cicerone.

³ Cfr. Professore Alessandro Arienzo, relazione introduttiva al seminario *Innovazione e storia, una critica filosofica*. Tenutosi presso il dipartimento di Studi umanistici dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, il 24 settembre 2018.

⁴ Roberto CAZZOLA GATTI, *Animali non umani. Una nuova coscienza. Saggi scelti e racconti*, edizione KEY.

⁵ Richiard C. Francis, *Addomesticati. L'insolita evoluzione degli animali che vivono accanto all'uomo* Bollati Boringhieri, 2016.

⁶ Sottodisciplina della biologia evolutiva, ha un duplice obiettivo: identificare le relazioni genealogiche tra le specie esistenti e valutare in quale momento le specie o gruppi di specie cominciarono a differenziarsi.

PEDOMORFOSI (tratto giovanile dell'antenato)→PERAMORFOSI (nuovo tratto non presente nell'antenato)
PROGENESI (arresto anticipato dello sviluppo)→IPERMORFOSI (arresto posticipato dello sviluppo)
NEOTENIA (sviluppo rallentato)→ACCELERAZIONE (sviluppo accelerato)
DIVERGENZA POSTICIPATA(inizio posticipato dello sviluppo)→DIVERGENZA ANTICIPATA(inizio anticipato dello sviluppo)

Tale processo ha inverato delle modifiche sostanziali nell'organismo animale, creando così patologie, quali quelle oncologiche, primigenia del complesso meccanismo di "umanizzazione" dell'essere vivente. Una trasformazione che conduce l'animale ad ammalarsi poiché immerso in un contesto non più naturale, ma che non completa il passaggio all'umano, poiché continua a considerare l'animale incapace alla decisione, indi mera *res*. Eppure l'esperienza empirica addottora circa la capacità dell'animale di provare gioia e sofferenza, inaugurando una stagione di eguaglianza, abile a rivoluzionare i rapporti. Le ispirazioni sono molteplici, basti pensare alla ricerca filosofica di Max Scheler, a come lo strumento fenomenologico possa costruire la struttura ontologia della persona e il fondamento stesso dell'etica.⁷

Si badi bene l'eguaglianza non si fonda su di una pretesa di uguaglianza identitaria, bensì su di un'idea morale, prima che giuridica, circa il modo in cui gli esseri viventi devono essere trattati. In tale riflessione si compenetrano le teorie di Singer in merito ai diritti animali, e la concezione solidaristica di Rodotà sulla tutela da accordarsi ai consociati deboli, es inabili, in una visione che rischia di divenire necessaria come utopica.

Non sono tuttavia mancate letture distorsive che, negando all'elemento della razionalità il *discrimen* tra umani e animali, per far valere la primazia umana, hanno ancorato il diverso trattamento al concetto di specie e alla sua deriva, lo specismo. Le teorie di Singer hanno, dunque, portato all'affermazione dell'esistenza di un dovere morale a carico degli esseri umani che sono tenuti a non sottoporre gli animali a sofferenze ingiustificabili; malgrado l'esistenza di un

⁷ Max SCHELER, *Essenze e forme della simpatia*, come commentato nell'elaborato finale in Storia della filosofia tedesca dal titolo *Il concetto di persona nella fenomenologia di Max Scheler: psicologia, etica, antropologia* della dottoressa Daria Scia, tutor professore Salvatore Giammusso.

onere diretto, permane *una sorta di "zona grigia"*, di *arendhiana memoria*,⁸ dove la sofferenza è accettata e giustificata in vista di un interesse che si reputa superiore: la salute umana.

3. La teoria del valore: epistemologia del diritto animale. Focus su Regan.

La vera trasformazione può inverarsi solo se si ci riferisce alla "teoria del valore" sì come trasmigrata dalla dimensione kantiana a quella della nota studiosa Facchi, riconoscendo l'esistenza di diritti che si fondano sul valore intrinseco dell'essere cui si vuole riconoscere tutela e soggettività giuridica. L'animale non è quindi, solo degno di rispetto ma titolare di diritti in se e per sé, secondo la dimensione di Tom Regan. Il valore che si intende riconoscere deve considerarsi scevro di ogni strumentalizzazione, indipendente dalle valutazioni e dai desideri dei consociati. Regan, adotta un'ulteriore distinzione tra "agenti morali" e "pazienti morali", intendendo per i primi gli individui dotati di varie capacità, quali la ragione, il linguaggio, la capacità di autodeterminarsi e per i secondi coloro che, pur essendo dotati di una forma di autocoscienza, non sono in grado di formulare principi morali. Il riconoscimento del valore intrinseco degli animali, secondo la formulazione del filosofo, comporta il necessario riconoscimento anche di un patrimonio di diritti morali fondamentali, tra i quali quelli animali. L'uguaglianza degli individui diviene, così, fondamento del dovere diretto di giustizia verso tutti i soggetti che hanno un valore inerente. Valore da considerare in uguale misura e attinente ai nostri rapporti sia con gli agenti che con i pazienti morali. Si badi bene, il postulato del valore inerente non offre di per sé un'interpretazione del principio formale di giustizia, costituisce, però, una base su cui poter elaborare un'interpretazione della giustizia nei termini di rispetto verso gli individui dotati di potere inerente, negando l'utilitarismo della norma nella posizione assunta da Rawls. Diviene doveroso tentare di chiarire la posizione da riservarsi ai diritti morali. Essi sono per natura universali e non codificati in disposizioni normative, di qui, l'opposizione dicotomica tra diritti giuridici, per genesi legati alle regole di risoluzione antinomica e diritti universali, non conformi a gradazioni. Bentham contro Mill, il dovere naturale di rispetto e tutela della soggettività dell'animale contro la necessaria validazione della

⁸ Cfr Francesca RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, G.Giappichelli editore, Torino, 2005 pp.56 e ss..

pretesa. In realtà, sembra ben condivisibile la teoria di Regan, il virtù della quale il diritto a un trattamento giusto va considerato un diritto non acquisito, cioè un diritto fondamentale. Per quanto concerne gli animali, sarebbe estremamente arbitrario accettare il postulato del valore inerente, il principio del rispetto e negare che i pazienti morali abbiano questo diritto. Quella inaugurata da Regan è un'autentica rivoluzione: trattare gli animali con rispetto non è atto di bontà, ma di giustizia. L' homo sapiens viene spogliato della tensione drammatica della forza dominatrice, cessa la superiorità sulle altre specie. Non senza complicità. I nuovi rapporti tra animale e uomo sono, difatti, da inserirsi nel complesso *check and balance* tra il diritto dei molti (atavicamente considerati qualitativamente superiori=uomini) che beneficiano della sperimentazione sui pochi (animali), e il diritto dei secondi. La teoria dei diritti fondamentali, di poco innanzi illustrata è autentico vessillo sullo scudo della liberazione animale di Singer, grazie alla nozione di danno equiparabile, consente, difatti, di formulare due principi importanti, quello della minimizzazione delle violazioni o *miniride principle* e quello del più svantaggiato o *worse-off principle*. Il primo principio enucleato esige la non contrarietà tra la violazione dei diritti dei pochi a vantaggio di quelli dei molti e il requisito fondamentale dell'egualitarismo in virtù del quale ciascuno deve contare per uno e per non più di uno. Ora, tale teoria potrebbe essere accettata solo a patto di ritenere che la disattesa dei diritti dei pochi (animali) avrebbe conseguenze aggregative più deboli, poggiandosi sul generale senso di appartenenza associativa già cara a Dworkin e perno portante dell'opposizione tra atti *self and other regarding*. Ma è lo stesso Regan a metterci in guardia, suggerendo che il principio di minimizzazione possa essere applicato solo ai casi di prevenzione i cui danni sono, *prima facie*, equiparabili. Qualora i danni che incombono sulle potenziali vittime risultino non equiparabili, il principio del rispetto esige la protezione per i soggetti deboli, e indi per il soggetto più svantaggiato. Ne deriva che l'uso degli animali nella ricerca non possa essere contestato ergendosi sulla colonna vertebrale di rimostranze morali sulla base del principio di utilità, a causa della presenza di un saldo aggregativo ottimale⁹ ma, piuttosto, basandosi sulla necessaria tutela del soggetto debole. *Res ipsa loquitur*, non è accettabile l'inflizione di sofferenze all'animale in vista del progresso scientifico, a causa del mancato bilanciamento tra interessi.

4. Animale: proprietà legale o soggetto di diritto?

⁹ Barbara PETRUCCI, *Diritti umani e animalismo*, una teoria di Tom Regan, Pezzini editore.

La vicenda sembrerebbe risolta in maniera troppo semplicistica e difficilmente trasportabile nel Bel Paese, poiché dimentica del complesso substrato giurisprudenziale e legislativo italiano, se non si citasse un terzo caposaldo della filosofia di Regan: il principio di libertà.

Esso è riconducibile tra i diritti fondamentali, non meno però di quanto avvenga per altro fondamentale principio, quello della proprietà. Se si pensasse di limitare lo *status* giuridico dell'animale a quello di *res*, ne deriverebbe che, considerando gli stessi, a causa anche della presenza di allevamenti intensivi, risorse rinnovabili, si legittimerebbe ogni pratica a loro danno. L'iniziativa economica e la libertà della stessa, costituzionalmente garantita, da sola basterebbe a rilegittimare l'esuberato di potere dell'essere umano. In realtà, considerare gli animali, in quanto proprietà legale, adoperabili a piacimento dai proprietari, è argomento traballante¹⁰. E ciò perché i diritti di proprietà non sono assoluti e il trattamento degli animali risponde ad obblighi morali, oltre che legali.

Su tale teorizzazione già efficacemente identificata come *umanesimo ecologico*, si inserisce lo sforzo verso un pieno tentativo di riscatto dell'animale, codificando comportamenti e ravvisando in essi la potenzialità comunicativa. Il punto di partenza può essere ravvisato nella creazione di nuovi canali comunicativi tra i quali l'empatia. Ad essa si assegnano i nomi più disparati: *fairness*, compassione, simpatia, tra i più adoperati. In generale, può essere pensata come un sentimento morale di partecipazione e di identificazione affettiva con gli altri. L'enfasi posta sul fenomeno porta, però, ad interrogarsi su come essa possa essere al contempo canale conoscitivo e strumento risolutivo.

Nella vicenda che ci riguarda utilizzare l'empatia significa istaurare un nuovo rapporto tra animale e umano e intercettare nella ripetizione costante di alcuni comportamenti il disagio del primo. Trattasi di una piccola rivoluzione socio-culturale, in virtù della quale il modello matematico di Shannon e Weaver:

FONTE DELL'INFORMAZIONE-messaggio-TRASMITTENTE del segnale-CANALE-RICEVENTE-DESTINATARIO,

dovrebbe subire l'inserimento di nuovo encoder (trasmittente) e una facoltà di linguaggio in senso largo; non più solo parole e il loro potenziale semantico, ma versi e comportamenti.

La tradizione analitica, ancorata alla nozione di atto linguistico, richiamante l'idea che parlare è agire, dovrebbe così sopperire a vantaggio di un approccio cognitivo.

Questo approccio rappresenta al contempo:

¹⁰ Barbara PETRUCCI, *Op. cit.*

- una rivoluzione metodologica, perché si è delineato un apparato concettuale per indagare i processi mentali e valutare attraverso modelli descrittivi il loro funzionamento;
- una rivoluzione epistemologica, in quanto si sono stabiliti vincoli e condizioni affinché si possa produrre una conoscenza esplicativa del funzionamento dei processi mentali che risiedono in diverse abilità comportamentali;
- una rivoluzione in parte anche metafisica, perché attraverso alcune tesi si è data una risposta al modo in cui valutare l'annoso rapporto mente/corpo ossia la relazione tra proprietà mentali e materiali che presentano di primo acchito caratteristiche diverse.¹¹

Questo cambiamento di prospettiva fondato su un diverso approccio cognitivo, consentirebbe di rintracciare nuovo valore alla comunicazione animale. Così il cane che si allontana dal branco e/o dall'ambiente reputato familiare, cercando un nascondiglio al termine di una patologia, facilmente potrebbe rimandare all'agognata solitudine del morente di Elias e ad un chiaro rifiuto di terapie considerabili accanimento terapeutico. Testimonianze in questo senso provengono dagli studi di Roger e Deborah Fouts che nel loro Chimpanzee and Human Communication Institute presso la Central Washington University di Ellensburg sono stati i primi ad insegnare ad una femmina adulta di scimpanzè il linguaggio dei segni dell'American Sign Language, annullando la considerazione del linguaggio come scriminante tra uomo e animale. In realtà, già prima del tentativo decodificatore della linguistica e della medicina veterinaria, potenzialità cognitive e comunicative nel non-umano si erano ravvisate nelle teorizzazioni di Bateson¹². Ogni essere è dotato di mente, intendendo per essa quei dispositivi di cui un essere vivente dispone per far fronte alle modificazioni ambientali al fine di aumentare le sue possibilità di sopravvivenza.¹³ Come osservato da Filippi, rigida e quasi inespugnabile pare la divisione tra istinto e intelligenza, attribuendo il potere del pensiero sensiente ai soli umani, con la conseguente genesi di una opposizione costante tra umano e non umano. Eppure a ben guardare sin dall'antichità si è tentata la rottura della separazione tra uomo e animale. Vi hanno tentato Plutarco e Teofrasto, ma occorrerà attendere Regan e Singer per ottenere, in una visione antispecista, il riconoscimento di diritti fondamentali per gli individui non appartenenti alla

¹¹ Cfr Stefano GENSINI e Luca FORGIONE, *Filosofie della comunicazione. Tra semiotica, linguistica e scienze sociali*. Carrocci editore.

¹² BATESON, *Mente e natura. Un'unità necessaria*, trad. It. di G. Longo, Milano, Adelphi, 1984

¹³ Massimo FILIPPI, *Menti animali, cap.IV*, in *La questione animale*, Trattato di biodiritto, Giuffrè editore.

nostra specie. Si cerca di estendere la considerazione morale e conseguentemente la protezione giuridica a mezzo del disconoscimento delle caratteristiche cognitive e psichiche come esclusive del mondo umano. L'evoluzione scientifica ha mitigato l'opposizione dicotomica uomo/animale, trasformandola in opposizione tra mente/corpo. Opposizione destinata a cadere dinanzi a parte della filosofia che ha ravvisato nell'anima il *tertium datur* tra corpo e mente e l'elemento comune tra gli esseri viventi. Tale considerazioni non sarebbero bastevoli se non ci si rivolgesse ad un'etica interspecifica delle capacità. *Per etica delle capacità possiamo intendere una teoria normativa impegnata a definire i criteri morali atti a orientare le scelte pubbliche e a stabilire la giustezza di azioni e attività che abbiano una rilevanza sociale.*¹⁴

5. Capacità e benessere animale.

Capacità è, dunque, il potenziale d'azione che consente all'uomo di vivere una vita riconoscibile come dignitosa. E' la genesi di una teoria bio-antropologica che ha celebrato la diversità fino negli assetti costituzionali, ma che ha parimenti ridotto l'esperienza individuale ad una potenzialità funzionale, con conseguente penalizzazione dei soggetti deboli, inabili all'azione. Se, di contro, si ci riferisse ad una lettura meno specialistica del termine, la capacità potrebbe essere letta non solo come la dimensione del *facere* e non *facere* ma come ciò che, riferendosi al potere interno dell'individuo, lo caratterizza anche se non esercitata. Gli stessi animali dovrebbero essere considerati dotati di capacità innate, indipendentemente dall'attivazione del loro funzionamento. Vieppiù che i processi di domesticazione hanno imposto l'attivazione e lo sviluppo di solo determinati funzionamenti utili agli uomini o, *extrema ratio*, idonei a non arrecare nocimento agli stessi. Occorrerebbe comparare il lemma "capacità" con quello "benessere"¹⁵, superando la teoria antropocentrica nel riconoscere l'animale dotato di capacità e soggetto di bisogni. L'identità animale non è più solo un identificativo di specie, bensì la piena legittimazione della individualità, caratteri, attitudini, potenzialità, qualità che caratterizzano il soggetto in quanto tale. Ne deriva la necessità che il comportamento umano sia ben memore dei principi bioetici di non meleficienza e di beneficalità, restituendo all'animale il pieno diritto ad una vita buona. Un riscatto profondo anche dalla prospettiva utilitaristica, al cui centro vi è il calcolo del piacere e del dolore su cui si fonda l'imperativo etico di minimizzare la sofferenza, spingendosi sino all'esigenza di

¹⁴ Luisella BATTAGLIA, *Approccio delle capacità e bioetica animale*, da *Trattato di biodiritto*.

¹⁵ *Ibidem*.

intendere la salute come equilibrio psico-fisico del soggetto. Indi, non il generale principio del *neminem laedere*, ma la tutela dell'animale come tale. Un riscatto che può dirsi inverato per gli animali domestici, intendendo per essi quegli animali di proprietà, legati all'uomo da un vincolo di dipendenza. Il lemma "domestico" ha, dunque, duplice valenza riferendosi sia ad una molteplicità di animali sia a classificazioni etno-tassonomiche collegati ad altrettanti *status* giuridici¹⁶. Sebbene alcuni studiosi contestino tale definizione poiché inabile a ridurre tutti i fenomeni cui si riferisce, è Sigaut a chiarire gli elementi fondamentali del concetto di domesticazione: l'appropriazione (livello giuridico), la familiarizzazione (livello etologico), l'utilizzazione (livello economico).¹⁷ L'appropriazione è elemento giuridico sostanziale sia nell'espressione utilitaristica, rappresentata dagli animali d'utilità, gli allevamenti intensivi, etc., sia in quella affettiva. La familiarizzazione trova il suo *acmé* nei *pet*, cioè quegli animali di alcune specie domestiche a cui viene attribuita una funzione primariamente affettiva. Tale fenomeno è primigenia di alcuni fenomeni culturali "collaterali", caratterizzati da atteggiamenti genitoriali, il comportamento relazione tra uomo e animale nella cura, annulla, così, la tradizionale immagine dell'uomo dominatore. L'umano e il non-umano si legano in un rapporto parentale, in cui il primo finisce con il riconoscere attenzione a specie diverse da quella di appartenenza. Rapporto che, secondo l'indagine di Eibl-Eibesfeldt, troverebbe la propria spinta causativa nella particolare caratterizzazione della specie umana, specie a "prole immatura", che deve garantire l'esistenza della propria discendenza per lungo tempo, dopo la nascita. Di qui, la generale capacità degli uomini di intercettare comportamenti immaturi, decodificarli, e rispondere alle esigenze di cura per gli animali. E sebbene l'attenzione verso l'animale non costituisca elemento moderno, si pensi a tal proposito a Teofrasto che nei confronti dei sacrifici di sangue degli animali manifesta profondo spirito critico e disprezzo¹⁸, è la moderna antropologia a tracciare le fila della rinnovata necessità di cura e rispetto. Destinata a spingersi sino ad una concezione eulogistica del non-umano. L'animale prova sensazioni, esse sono primigenia della ragione; l'uomo, ne decodifica i segnali. Ma se l'animale domestico prova sensazioni ed è abile alla comunicazione, indi è essere senziente, esso è *tout court* soggetto di diritto? Il riconoscimento non può avvenire attraverso dichiarazioni apodittiche.

¹⁶ MARCHESINI, *Lineamenti di zooantropologia*, Bologna, Calderini Edagricole, 2000.

¹⁷ SIGAUT, *Critique de la notion de domestication in L' Homme*, citato da Sabrina TONUTTI in *Zooantropologia. Gli animali nelle culture umane*.

¹⁸ TEOFRASTO da *Della pietà*.

E se la realtà americana cui è legato Regan riconosce il diritto animale esclusivamente legato alla disposizione normativa, riducendolo però al potere del padrone (si pensi, in proposito all'*Animal Welfare Act*), diversa è la vicenda italiana.

Nell'epoca che, a ragion veduta, Norberto Bobbio ebbe a definire dei diritti, la dilatazione dei confini della tutela (es. inabili) ha portato all'affermazione dei diritti di quarta generazione.

La lettura estensiva dell'articolo 2 della Costituzione, si è spinta sino al riconoscimento della soggettività giuridica degli animali. Contro la teoria antropocentrica classica, si sviluppa una nuova valutazione della qualità della vita e, in particolare, una nuova definizione della "vita buona". Al centro l'animale dotato di bisogni e capacità. Nella bioetica animale, tale capacità deve integrarsi al concetto di benessere.

Ma, se esaminando la possibilità di uno *status* morale e giuridico per gli animali essa risulta in linea di massima plausibile, ben più complesso è parlare in senso prettamente giuridico di diritti di animali. La possibilità di riconoscere diritti agli animali appare decisamente improbabile se si abbraccia l'impostazione giuspositivista che evita il ricorso ad intuizioni razionali di entità extrastoriche e riconosce nei diritti posizioni soggettive attribuite dalle leggi create dagli esseri umani per regolare la propria pacifica convivenza; di contro, se ci si rivolge alla concezione giusnaturalista, in virtù della quale esistono norme di diritto anteriori alle disposizioni normative, anche agli animali possono essere riconosciuti diritti, preesistenti all'intervento umano. Vieppiù che il giusnaturalismo *approda ad una teoria antropomorfa, modellata sui diritti da applicare a tutti i soggetti, indipendentemente dalle differenze che li caratterizzano*.¹⁹

Gli animali sono portatori di interessi e proprio a questi interessi si ci dovrebbe riferire per il riconoscimento di uno status giuridico che vada oltre la previsione di doveri o divieti oneranti gli umani. E' esso il raggiungimento del diritto inerente.

Tuttavia affermare l'esistenza di alcuni diritti in capo agli animali è operazione complessa, poiché richiedente la limitazione di una delle caratteristiche tipiche del mondo del diritto: l'autoreferenzialità²⁰.

¹⁹ Cfr. Luisella BATTAGLIA, *Approccio delle capacità e bioetica animale*, in *La questione animale*, pp. 79 e ss..

²⁰ Francesca RESCIGNO, *Op. cit.*

I principi di eguaglianza e ragionevolezza, consentono di riferirsi al diritto animale, come legato alla sfera della personalità, cioè strettamente connesso agli interessi di cui gli animali sono portatori.

Il primo diritto da considerare è il diritto alla vita, intrinsecamente caratterizzato da valore. L'evoluzione scientifica e culturale se da un lato ha consentito un aumento dei soggetti detentori di tale diritto, dall'altro ha rideterminato la rappresentazione dell'oggetto e vita non sembra più essere il limbo neurovegetativo in cui la scienza medica è capace di relegare l'assistito.

Vantare un diritto all'esistenza significa essere riconosciuti abili alla realizzazione di interessi e poter vedere concretizzati i propri scopi senza ledere quelli altrui, così per gli animali riconosciuti detentori di scopi, desideri e interessi²¹.

Il riconoscimento del diritto alla vita agli animali è un atto di estrema rilevanza, in effetti, applicare tale diritto agli animali comporta una sua relativizzazione. Il diritto degli animali di non essere danneggiati e soprattutto di non essere uccisi si configura come un diritto non assoluto, relativo perché disattendibile dagli uomini o, quantomeno, dispositivo a causa della necessaria collaborazione del terzo.

La relatività appare chiara se si considera la non-obbligatorietà del vegetarianesimo, eppure esiste un minimo obbligo fondamentale di non essere oggetto di sofferenze inutili. Per Nussbaum vi sarebbe da tracciare l'esistenza di uno statuto etico per gli animali, necessariamente liberi non solo dal pericolo di maltrattamenti e crudeltà ma anche dalle lesioni della dignità e dell'integrità. In realtà, vi è una peculiare responsabilità analogica da tracciarsi in capo all'umano che si prende cura dei bisogni dell'animale di affezione. La dignità da riconoscersi all'animale è profondamente legata alle capacità dello stesso: capacità di operare, in maniera differente e non per questo inferiore all'individuo umano.

6. Diritto alla "buona vita" nel Report Brambell e riferimenti alla tutela dell'essere vivente nell'evoluzione della normativa penalistica.

Il diritto alla buona vita diviene allora diritto alla piena realizzazione delle proprie capacità, riduzione del danno e della sofferenza, tutela del welfare e dell'integrità psico-fisica dei soggetti coinvolti. Si arriva a tali tutele riferendosi al notissimo *Report Brambell*²² e alla creazione del catalogo delle libertà fondamentali per la cura dell'animale:

²¹ Barbara Petrucci, *Diritti umani e animalismo*, una teoria di Tom Regan, Pezzini editore.

²² Il rapporto risale al 1979 a cura del Farm Animal Welfare Council.

- libertà dalla fame alla sete, a voler significare il profondo legame tra le necessità fisiologiche e il benessere;
- libertà dal disagio e dal *discomfort*, primo riferimento alla creazione dell'ambiente ideale per la piena esplicazione dell'individualità;
- libertà dal dolore, dalle lesioni e dalle malattie; libertà per privazione raggiungibili anche a mezzo della corretta reazione alla modificate condizioni ambientali;
- libertà di espressione comportamentale;
- libertà dalla paura e dallo stress;

Se è vero che nel rapporto Brambell veniva già riconosciuta la necessità di fare riferimento ai contenuti soggettivi della vita animale, è pur vero che se dal piano morale si ci posta su di un piano squisitamente giuridico, si ci trova dinanzi a due tendenze contrastanti, da un lato una sorta di *principium individuationis*, predominante nella realtà fenomenica, che tende all'assolutizzazione del particolare e alla centralizzazione del singolo individuo, mentre dall'altro un principio di giustizia volto alla limitazione dell'incontrollato espandersi di ogni individualità. L'accettazione dell'esistenza di un diritto alla vita relativo, riconoscibile agli animali senzienti, capaci di provare piacere e dolore, si traduce nella necessità di consentire all'animale una vita serena e più ancora ad una morte dignitosa.

Accertare tale ricostruzione significa liberare l'animale dall'arbitrio decisionale e dalla discrezionalità umana. Eppure la questione animale non sembra essere stata tenuta nella giusta considerazione dalla riflessione giuridica italiana.

L'impianto normativo è radicato su nozioni profondamente antropocentriche, con una considerazione dell'animale ridotto a res: esso si alleva, si caccia, viene utilizzato per lavori faticosi, per la sperimentazione *et similia*, ancora profondamente legato al giogo della volontà umana. Dall'etologia giungono stimoli che inducono una rilettura dei rapporti uomo-animale e l'evoluzione del diritto non più antropocentrico, ma biocentrico. Trasposta sul piano del diritto positivo, l'esigenza di regolare i rapporti tra esseri umani e animali è alla base di numerosi provvedimenti normativi a carattere nazionale, comunitario e internazionale. *Sub specie*, in Italia, si assiste ad una lenta e continua evoluzione. In lettura chiaramente antropocentrica, l'articolo 491 del Codice Zanardelli del 1889, che recitava:

«Chiunque incrudelisce verso animali o, senza necessità li maltratta ovvero li costringe a fatiche manifestamente eccessive, è punito con ammenda. (...) Alla stessa pena soggiace anche colui il quale per solo fine scientifico o didattico,

ma fuori dei luoghi destinati all'insegnamento, sottopone gli animali ad esperimenti tali da destare ribrezzo». La tutela non è verso il benessere degli animali, ma alla sensibilità umana e al timore d'offenderla. L' art. 491 venne ripreso dalla l. 12 giugno 1913 n. 611, introdotto senza variazioni nel Codice Rocco del 1930, titolato tra i reati contro la moralità pubblica e il buon costume. Particolarmente interessante l'art. 638 del medesimo codice concerne ipotesi di uccisione e danneggiamento degli animali altrui.

Ancora una volta il diritto da tutelarsi non è reperibile nell'individualità dell'animale, ma nel suo status di res. Oggetto specifico della tutela è l'interesse pubblico alla inviolabilità della proprietà. L'animale è bene altrui, integra un patrimonio di persona fisica e giuridica, da ciò si deduce la necessità di un intervento correttivo: l'uccisore punito poiché danneggiante altrui proprietà. A seguito della legge 473/1993 è avvenuta una riformulazione dell'articolo 727 c.p. Nell'articolo novellato viene definito il reato di maltrattamento degli animali, prevedendo un collegamento tra i comportamenti che possono essere considerati quali maltrattamenti e le caratteristiche etologiche degli animali. Non vi è più un concetto generale di maltrattamento, esso va riconsiderato in rapporto alla singola fattispecie e al nocimento apportato all'animale. Il comma primo, a riprova del nascente desiderio di tutela della buona vita per il pieno benessere animale, sanziona anche la detenzione non idonea. A discapito dei tentativi modernizzatori della novella, la disciplina penalistica restava ancorata ad un desiderio di giustizia più vicino al sentimento di pietà umana che alla tipizzazione del reato contro l'animale. Le lacune vengono colmate con la l. 20 luglio 2004 n. 189 *Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché l'impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate*, particolarmente rilevante la collocazione tra *I delitti contro i sentimenti per gli animali*.

Rispetto alla problematica dell'uccisione del non-umano, l'art. 544 bis ricalca le previsioni adottate per gli omicidi degli esseri umani, stabilendo che: «*chiunque per crudeltà o senza necessità, cagiona la morte di un animale è punito con la reclusione da tre mesi a diciotto mesi*»; l'animale da mero referente indiretto di diritto altrui diviene il soggetto passivo del reato.

Nel tentativo di giungere alla piena dignità per l'animale, non può essere sottovalutato il riferimento alla obiezione di coscienza²³.

²³ Cfr. Francesca RESCIGNO, *L'inserimento della dignità animale in Costituzione: uno scenario di Fantadiritto?* in Trattato di biodiritto, pp. 273 e ss..

La legge 413/1993 statuisce che il diritto all'obiezione di coscienza è garantito a *tutti i cittadini che, per obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione riconosciute dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e del Patto internazionale relativo a diritti civili e politici, si oppongono alla violenza su tutti gli esseri viventi, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale.*

La previsione dell'obiezione di coscienza rispetto alla sperimentazione consente un'importante riflessione su quale sia il reale oggetto della disposizione *propter quid*. La protezione non più e non solo verso la coscienza del singolo, ma la tutela di un altro bene anch'esso di altissimo rango: la vita dell'animale e l'evizione di ogni inutile sofferenza.

The management of prisoners in France at the time of coronavirus

by Agnès LENGAGNE*

TABLE OF CONTENTS: **1.** Introduction. **2.** The contagion containment measures and their impact on the daily life of prisoners. **3.** The measures taken urgently via Governmental Ordinance. **3.1.** The creation of an exceptional early release for convicted prisoners who have nearly completed their sentences. **3.2.** The automatic extension of the time limit of pre-trial detention. **4.** Conclusive remarks.

ABSTRACT: Due to pre-existing poor detention conditions and overcrowding, avoiding contagion clusters in prisons was a major concern to the French government during the coronavirus crisis. The aim of this paper is, without pretending to be exhaustive, to give a brief overview of the implementation of contagion containment measures in prisons, and to focus on some of the measures taken by the government impacting the detainees, presenting them from a lens of fundamental rights and highlighting the major difference in treatment between convicted and suspected individuals.

1. Introduction.

France, in reference to its history, is often called (and really likes to consider itself as such) “the country of the human rights and fundamental freedoms”. However, a simple visit to any French jail could convince you that the Country does not live up to its reputation. Countless decisions of the European Court of Human Rights have confirmed this. Amongst the most recent, a judgment made on 30 January 2020 stands out in which the ECtHR held that France was in violation of the European Convention of Human Rights, because of poor conditions of detention and overcrowding in several prisons¹.

* Trainee judge at the *École Nationale de la Magistrature*, former lawyer and former legal assistant at Brest Tribunal prosecution office.

¹ ECtHR, J.M.B. and others v. France, Appl. no. 9671/15 and 31 others, Judgment on the 30th January 2020. The ECtHR held, unanimously, that there had been a violation of Article 13 and of Article 3 (prohibiting torture and inhuman or degrading treatment or punishment) of the ECHR. France was asked to put an end to overcrowding and to improve the material conditions of detention and the compliance with maximum occupancy standards, and also to put in place an effective preventive remedy. It is worth mentioning that with an important Decision on 8 July 2020 (see the press release available at www.courdecassation.fr/IMG/Communiqu%C3%A9%20-%20conditions%20de%20d%C3%A9tention%20-%2008.07.20.pdf) the *Chambre criminelle* of the Cour de Cassation (French final court of appeal) drew conclusions to the ECtHR decision, ruling that the judge must verify the allegations of poor conditions of detention raised by a detainee, provided that these allegations are credible, precise, actual and personal. The *Cour de Cassation* also referred one question to the *Conseil Constitutionnel*.

Looking at the numbers, 70 651 persons were detained in France on the 1st of January 2020 (21 075 pre-trial detainees, and 49 576 convicted), for a global official capacity of prison system of 61 080 places. The global occupancy level of French prisons was thus particularly high: 115,7% according to the official statistics, but even higher (124,5%) in reality if we take into account the 4317 unoccupied places. Obviously, the density rate varies a lot from one prison to the next, and from one section to another, but it can be noted that the pre-trial detention sections (called *Maisons d'arrêt*) are more overcrowded, since the global occupation level reached 138% at the beginning of the year².

The high level of occupancy has a huge impact on detention conditions: while individual accommodation has been the rule since 1875³, in fact collective accommodation prevails (in a few prisons there are still dormitories with 8 or more inmates, and mattresses are sometimes added to the floor of cells⁴), hygiene and healthcare are inadequate, there is a lack of working or studying spaces, and the tensions between detainees are increased.

This context explains that avoiding contagion clusters in prisons was a major concern during the coronavirus crisis⁵.

Adeline Hazan, Controller General of Places of Deprivation of Liberty⁶, reminded us of the fact that "the coronavirus doesn't stop at the prison gates". She underlined how the precarity of conditions of detention prior to the arrival of the pandemic combined with the mental and physical weakness of the detainees

² Data available on the website of the Ministry of Justice, at www.justice.gouv.fr/art_pix/Mesure_incarceration_janvier2020.pdf. If we compare with the data available for the other European Countries, it can be seen that France had, in January 2020, one of the highest rate of global population-density in prison, just after Cyprus (141.1%), Turkey (130.6%) and Belgium (120.6%) - Data collected by the International Center for Prison Studies, available at www.prisonstudies.org/map/europe.

³ This principle is laid down in article 716 of the French Code of Criminal Procedure, stating that: "Persons under judicial examination, defendants and accused subjected to pre-trial detention are placed in individual cells. Exceptions to this principle may be made only in the following cases: 1. If those concerned so request; 2. If by reason of their character they should not, in their own interests, be left on their own; 3. If they are authorised to work, or to receive education or professional training and it is necessary in order for this to be arranged.(...)"

⁴ On 1 January 2020, 40,9% of detainees were in individual cells, and 1614 detainees were sleeping on a mattress on the floor; see the data available on the website of the Ministry of Justice, supra note 2.

⁵ B. LAEMLE, *ça risque d'être une hécatombe: la grande crainte d'une épidémie de Covid-19 en prison*, in *Le Monde*, www.lemonde.fr, March 27th 2020.

⁶ *The Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté* (CGLPL) is an independent administrative authority established by Act No 2007-1545 of October 30th 2007 that has to ensure the fundamental rights of each person deprived of its liberty. The Controller and his team can visit, with or without warning, any premise where an individual is deprived of his liberty (prisons as well as administrative detention centres for foreign nationals, or mental health institutions). The visits were suspended during the health emergency period.

could lead to increase in fears of a massive spread of the virus, endangering the lives of prisoners and employees⁷.

In this contribution, we would like to give a brief overview of the management of prisoners in France during the coronavirus pandemic, in the context of fundamental rights: were the measure taken proportionate to the threat of spread of the virus?

We will start by describing the concrete effects of the contagion containment measures, and then we will study some of the governmental measures impacting the detainees.

2. The contagion containment measures and their impact on the daily life of prisoners.

Until the end of the month of February, Covid-19 seemed to be only a distant threat to French citizens. The "*common sense*" advice about the *respect des gestes barrières* more and more frequently transmitted in the media were taken lightly, and most people kept kissing and shaking hands making fun of "all this fuss for a mild flu". This mood changed very fast with the increasing number of infected individuals and the higher number of deaths.

The strict lockdown announced by Emmanuel Macron on Monday March 16th, and effective from the 17th of March to the 11th of May dramatically changed life in society, including that of the detainees⁸.

In a press release on the 19th of March 2020, Nicole Belloubet, the French Minister of Justice, recalled the consequences of the general lockdown measures on the daily life of the prisoners: the external actors (such as teachers, religious figures, work supervisors...) were no longer allowed to enter into the premises, and families were not allowed to visit their detained relatives (with no exceptions, not even in case of compelling reasons, unlike it was for the rest of the population in the context of the lockdown measures)⁹. The slowing down of Post office activity also had an effect on the mail and parcel deliveries.

The only daily activities that could subsist were the *promenades* (spare time in an open-air courtyard), and some open air sport activity. Infected individuals were isolated for 14 days, sometimes without having access to a phone¹⁰, and

⁷ A. HAZAN, *Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire*, in AJ pénal 2020, 29 April 2020, p. 200.

⁸ See Decree N° 2020-293 dated 23 March 2020.

⁹ Press release of March 19th 2020, *Mesures d'accompagnement pénitentiaire Covid-19*, available at www.presse.justice.gouv.fr.

These measures were listed in a note from the Director of the penitentiary administration on March 17th 2020.

¹⁰ A testimony about the poor conditions of isolation for health ground can be heard on the radio programme *L'envolée* of May 8th 2020 *Les prisonniers face au confinement, semaine 8 : retour sur deux mois de mensonges d'état (parloirs, libérations, suspensions de peines...)*. Podcast available at <http://lenvolee.net/>.

the lack of testing and official information generated anxiety amongst the inmates.

To compensate for these changes in the conditions of detention perceived by the detainees and their families as a punishment, the Ministry of Justice took exceptional measures applicable from the 23rd of March: A. Each detainee was awarded a monthly 40 € phone credit¹¹ (we must say that if this measure had the purpose of softening the breach of the right to a family life due to the closing of the visiting facilities, most phones are in the corridors and not in the cells, and could not always be properly disinfected after each use, which was problematic¹²). B. The television would be free at all times and the work, training and leisure activities would be suspended. C. Lastly, 40 € would be given to the poorest detainees monthly.

As for the right to a defence, the visits of the lawyers were not suspended but a long list of requirements made them difficult to organise¹³.

From the 11th of May, the visiting facilities progressively reopened, in unsatisfactory conditions according to the detainees and their relatives¹⁴.

Since it was very difficult, if not impossible, to respect the "social distancing" with shared cells and toilets and collective showers¹⁵, it was absolutely necessary to reduce the number of prisoners.

By the 17th of March, various well-known organisations and judges and lawyers unions called on the Ministry of Justice to quickly act in this regard in a joint statement, underlining that the contagion containment measures increased the tensions and the risk of riots, as had happened in Italy after prison visits where brutally suspended on the 9th of March¹⁶.

3. The measures taken urgently via Governmental Ordinance.

¹¹ This measure corresponds to the 7th principle recommended by the Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty on March 20th 2020 – Statement available at www.coe.int/en/web/cpt/-/covid-19-council-of-europe-anti-torture-committee-issues-statement-of-principles-relating-to-the-treatment-of-persons-deprived-of-their-liberty-.

¹² In French prisons, there is a general prohibition of personal phones and electronic devices.

¹³ Note by the Director of penitentiary administration on April 6th 2020 (Object: *Modalités d'exercice du droit des détenus de communiquer avec leurs avocats ou mandataires durant l'état d'urgence sanitaire*). For instance, the lawyers were asked to write a solemn declaration saying that they did not present any symptom of Covid-19 nor had they been in close contact with an infected person, or one presenting any signs of infection.

¹⁴ J.B. JACQUIN, PRISONS: *la reprise des parloirs, très encadrée, laisse détenus et familles "frustrés"*, in *Le Monde*, www.lemonde.fr, May 26th 2020.

¹⁵ For a description of the conditions in Fresnes prison, see S. MARTEAU-A FRESNES, *la double peine du confinement*, in *Le Monde*, www.lemonde.fr, April 2nd 2020.

¹⁶ PRISONS: *réduire la surpopulation pour éviter la crise sanitaire*. *Communiqué* available at www.oip.org/wp-content/uploads/2020/03/cp_covid-prisons.pdf.

As we have mentioned before, at the time of the virus outbreak in France, the conditions of detention were critical, mainly because of the occupancy level of the prisons. Therefore it was absolutely vital to act swiftly in order to reduce overcrowding in the prison.

After the virus spread out of control, the Ministry of Justice prompted the courts, in a circular on the 14th of March 2020¹⁷, to “defer the execution of short sentences of imprisonment, when possible, in order to limit and reduce the number of individuals detained”, and to enforce some pre-existing rules (such as the possibility for the judge responsible for the execution of sentences to, under certain specified circumstances, suspend sentences for medical, family, professional or social grounds)¹⁸.

A few days later, pursuant to Article 11 I 2° of Law No. 2020-290 dated 23 March 2020 relating to emergency measures to respond to the Covid-19 epidemic, the Government was empowered to take, by ordinance, some measures in criminal proceedings, solely for the purposes of limiting the spread of the epidemic and handling the consequences of the measures taken to limit the spread of the epidemic.¹⁹

We can regret now that this urgency was the pretext to delegate this very sensitive subject. Would it not have been wiser to allow the parliamentary assemblies a few days to discuss what measures should be taken? With a little hindsight, it would probably have helped avoid some of the subsequent “shambles” (see in 3.2).

By Ordinance No. 2020-303 dated 25 March 2020 “adapting the rules of criminal procedure during the health emergency period” the Government took emergency measures in order to “allow the continuity of the activity of the criminal jurisdictions essential to the maintenance of public order”²⁰.

¹⁷ CRIM-2020-10/E1-13.03.2020, *Circulaire relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19*. The same day, the Prime Minister announced the closing of all public places which were not essential to the life of the country, including the schools.

¹⁸ See article 720-1 of the French Code of Criminal Procedure, which provides that when the remaining length of the sentence for imprisonment is two years or less, the judge responsible for the execution of sentences can decide, for medical, family, professional or social grounds, that the sentence will be suspended for up to three years, or that its execution will be fragmented. This possibility is excluded for serious offences.

¹⁹ Law No. 2020-290 on March 23th 2020 – Article 11 lists the various sectors in which the government is empowered to act through ordinances. The 2°d) and e) touch on the prisons situation, the d) providing, among other things, that the length of pre-trial detention can be extended (for no more than 3 or 6 months depending of the seriousness of the criminal offence), and the e) concerns namely the rules for the execution and enforcement of custodial sentences. Article 11 also specifies that the ordinances should be issued within a period of three months following the publication of the law.

²⁰ Ordinance No 2020-303 on March 25th 2020 adapting the rules of criminal procedure adopted in furtherance of the Emergency Law No 2020-290 dated 23 March 2020 to deal with the Covid-

According to article 4 of the aforementioned Law, the health emergency period was a two-month period following the entry into force of the law (i.e. the period between March 24th and May 24th – article 4 indicates that this initial length can be extended by Law or shortened by a ministerial council decree – in fact the Health Emergency Period was extended until July 10th 2020 by Law No 2020-546 on the 11th May 2020). The Ordinance No 2020-303 specifies (art.2) that its dispensations shall apply until one month after the end of the health emergency period. We will focus more specifically on measures that directly concern the prisoners²¹, considering first ones related to convicted individuals and then those related to pre-trial detainees²². It would perhaps have been more logical, in a chronological way, to start with the latter, but our choice is motivated by the fact that the measure related to the convicted inmates aimed to lower the prisons occupation level, while paradoxically, those related to the presumed innocent detainees aimed more to lengthen the legality of their detention.

3.1. The creation of an exceptional early release for convicted prisoners who have nearly completed their sentences.

The Chapter VI of the aforementioned Government Ordinance No 2020-303 on the 25th March 2020 provides rules applicable to the execution of custodial sentences, and a circular explaining these provisions further was distributed on the 27th March 2020 by the Ministry of Justice²³.

The main measure, introduced in order to reduce the number of detainees, was the creation of a new type of early release with house arrest (art 28), that is not pronounced by the judge responsible for the execution of the sentences, but by

19 epidemic. Two application circulars have been issued on the following days by the Minister of Justice in order to explain and detail each statutory provision.

²¹ For a description of the other main measures provided by this Ordinance (art. 3: suspension of statute of limitation from March 12 to one month after the end of the Health Emergency Period; art. 4: doubling/extension of the appeal time limit and adaptation of the formality of rights of appeal: for instance, possibility of appealing by registered mail or even in some cases by a simple email; art. 5: generalisation of the use of videoconferencing in criminal proceedings, even without the need to obtain the agreement of the parties; artt. 7 to 12: modification of the composition of the Courts and of the publicity of hearings; artt. 13 and 14: modification of the police custody regulations: for instance, the confidential interview with the lawyer can take place via electronic communication media), see P.DE COMBLES DE NAYVES, *Présentation de l'ordonnance réformant la procédure pénale face à l'épidémie de Covid-19*, in *Aj Pénal* 2020, p.172, April 29th 2020.

²² Articles 21, 22 and 23 of the Ordinance concern both suspected and convicted individuals: it provides that they all can be allocated in every section or premises by the penitentiary administration (for instance, a convicted individual can be affected in a short-stay section), in order to tackle the pandemic's spread.

²³ *Présentation des dispositions relatives à l'affectation des détenus et à l'exécution des peines privatives de libertés de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.*

the public prosecutor, based on a proposal for the director of the probation and rehabilitation Service²⁴.

This exceptional early release with house arrest could be awarded to any convicted individual whose prison sentence is equal to or less than five years, and which has only two months or less remaining, with the following exclusions: the person must not have been convicted for a crime (very serious offence) nor any from a list of other offences such as domestic violence or infractions linked to terrorism; the person must not have participated in a collective action that was committed with violence or able to jeopardize the security of the premises, nor have adopted threatening behaviour in regard to Covid-19 regulation. It is also necessary that the person has accommodation (for this reason the non-nationals subjected to an obligation to leave the territory are not eligible under this measure). This last requirement appears particularly unfair: once again, the weakest and more vulnerable detainees, the ones who do not have a supportive family, were left behind.

The beneficiary of this measure must respect, as the rest of the population, the prohibition of leaving his accommodation without a compelling family, professional or medical reason²⁵. He/She must also respect the additional obligations that the public prosecutor is entitled to give him, such as bans on driving certain categories of vehicles, prohibition of gambling, etc.²⁶

If the beneficiary of the measure infringes one of the general lockdown obligation or one of the eventual additional obligations, or if he/she commits new offences and is sentenced to a custodial sanction, then the judge

²⁴ Practically, the penitentiary administration makes a weekly list of all the persons eligible to the measure, the Probation and Rehabilitation Service investigates about the possibility of accommodation, and the director of the prison gives its opinion, mentioning any incidents. Then the list is given to the local public prosecutor who studies the cases.

²⁵ In accordance with the prohibition provided by article L3131-23 2° of the French Public Health Code, in the context of the health emergency declared pursuant to article 4 of the aforementioned Law on March 23rd2020.

²⁶ Article 28 of the Ordinance specifies that the person can be subjected to any obligation or prohibition provided by the 7° to 14° of article 132-45 of French Penal Code, that is the obligations that can be given in the context of a post-release monitoring: "(...) 7. To abstain from driving certain vehicles determined by the category of driving licences provided for under the Traffic Code, or from driving a vehicle not equipped, by a certified professional or by construction, of an alcohol ignition interlock certified device; 7bis. Subject to his approval, to enrol and to take the tests for the driving licence, when necessary after following driving lessons; 8. Not to engage in professional activity in the exercise of which or on the occasion of which the offence was committed, or not to carry out an activity involving habitual contact with minors; 9. Not to appear in any specially designated places; 10. Not to engage in betting, especially in betting shops, and not to take part to gambling activities; 11. Not to frequent drinking establishments; 12. Not to keep company with certain convicted persons, especially other offenders or accomplices to the offence; 13. To abstain from contacting certain persons, especially with the victim of the offence, or certain categories of person, in particular minors, except, if needed, those designated by the jurisdiction 14. Not to hold or carry any weapon; (...)"

responsible for the execution of sentences on the request of the public prosecutor, or the Court can order the withdrawal of the measure²⁷.

We share the opinion of Adeline Hazan, according to whom the threshold of the remaining length of imprisonment should have been fixed at six months instead of two months²⁸. Indeed, this limit would have been more coherent with the spirit of the Law No 2019-222 of the 23rd March 2019 on the 2018-2022 programme and justice reform, that incites the judges to order alternative measures to imprisonment for all sentences inferior to six months.

On April 8th 2020, the French Council of State ruling *en référé* (in emergency) has considered that it wasn't competent to extend the range of application of article 28 from two months to six months²⁹.

The result of these measures combined with the slowdown of judicial activity and with a temporary decrease in delinquency rates, has been a considerable reduction of the overall number of detainees: the Minister of Justice congratulated herself, on April 29th, that the global occupancy level was below the 100% of the official capacity (forgetting though to take into account the non-occupied places)³⁰. Then the number of detainees kept slowly decreasing³¹. Yet, it is important to keep this "success" in proportion, since we can speculate that with the resumption of judiciary activity, the density in prison may increase again. Indeed, we must recall that the object of the Government wasn't to comply with the recent condemnations by the ECTHR, but to maintain public order.

Without dwelling on the other measures provided by the Ordinance and related to convicted people³², we must at least mention the additional reduction of sentence of two months (provided by article 27) that can be allowed to convicted individuals that have been detained during the Health Emergency Period. With the aim of encouraging the detainee to stay calm during this challenging time,

²⁷ In the facts, according to the Ministry of Justice, on April 23rd, only four individuals had been once again incarcerated because of the infringement of the obligations of the house arrest: interview given by N. BELLOUBET to Le Monde, in www.lemonde.fr, April 29th 2020.

²⁸ A. HAZAN, *supra* note 7.

²⁹ *Conseil d'État*, Ordonnance on April 8th 2020, n. 439827. The applicants also asked, among other measures, to provide accommodation for the individuals eligible to the early release, and to give to the detainee the material and all the support allowing themselves to make masks.

³⁰ Interview given by N. BELLOUBET, French Minister of Justice to J.B. JACQUIN, NICOLE BELLOUBET, *Le taux d'occupation moyen des prisons est inférieur à 100%*, in Le Monde, www.lemonde.fr, April 29th 2020. She stresses that in 5 weeks the number of detainee dropped to 61 100 on April 23rd, meaning 11 500 persons less than on March 16th. If we look at the official numbers of April 1st, we notice that the global occupation level had already lessened to 106,81%, but stayed to 126,12% in *Maisons d'arrêt*. Data available on the website of the Ministry of Justice.

³¹ We could observe a reduction of 12500 detainees in a few weeks. For a detailed analysis of the evolution of the carceral population between March and May 2020, see A. KENSEY and J.P. JEAN, *Une diminution volontariste de la surpopulation carcérale*, in A.J. Pénal, 30 May 2020, p. 258.

³² Most of these measures aim namely at simplifying the hearings process to pronounce pre-existing measures.

this reduction of sentence is conditional upon their good conduct: the person must not have participated in a collective action that was committed with violence or was able to jeopardize the security of the premises, nor have adopted a threatening behaviour in regard to the Covid-19 regulation³³.

We will now have a look at the very controversial provisions applicable to pre-trial detention measures.

3.2. The automatic extension of the time limit of pre-trial detention.

As we said before, overcrowding is peculiarly high in the *Maisons d'arrêt*. At the same time, according to the subsidiarity and proportionality principles, as well as the presumption of innocence and article 144 of French Criminal Procedure Code³⁴, pre-trial detention can be ordered only if alternative measures (judicial supervision or electronically monitored house arrest) are not sufficient, and should be the exception.

Therefore, in the "trend" of reducing the prison population in order to lower the risks of a wide-scale contagion and to avoid tensions and riots, it could reasonably be expected that numerous pre-trial detainees would be released and subjected to house arrest.

The Government's choice was to do the opposite.

Article 15 and 16 of the Government Ordinance No 2020-303 of the 25th of March 2020 provided new rules related to pre-trial detention, setting that the length of this detention is automatically extended for two, three or six months (depending on the gravity of the offence and on the sentence incurred³⁵). The competent jurisdiction can still order the end of the measure at any time.

³³ Individuals convicted of crimes (very serious offences), for terrorism or for an infraction committed against their partner are not eligible to this measure.

³⁴ Article 144 of French Criminal Procedure Code provides the different grounds for pre-trial detention. It states that <<Pre-trial detention can be ordered or extended only if it has been established, in the light of precise and circumstantial evidence arising from the proceedings, that it is the only way to reach one or more of the following objectives, and that these objectives could not be reached in the case of judicial supervision or house arrest under electronic monitoring: 1. To preserve material evidence or clues that are necessary to the determination of the truth; 2. To prevent witnesses and victims and their family from being pressurized; 3. To prevent fraudulent conspiracy between the person under judicial examination and his co-perpetrators or accomplices; 4. To protect the person under judicial examination; 5. To guarantee that the person under judicial examination remains at the disposal of the law; 6. To put an end to the offence or to prevent its renewal; 7. To put an end to an exceptional and persistent disruption of public order caused by the seriousness of the offence, the circumstances in which it was committed, or the gravity of the harm that it has caused. This disruption cannot result only from the media coverage of the case. However, this ground shall apply [only for crimes, and not for less serious offences]>>.

³⁵ A summary table details the length of the extension based on the various situation in the annex 3 of the following circular: NOR: JUSD2008571C CRIM-2020-12/H2-26.03.2020, *Présentation des dispositions de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*.

Unfortunately, the redaction of article 16 of the governmental ordinance was equivocal, and its interpretation unclear: the article provides that “the maximum time periods of pre-trial detention or electronically monitoring house arrest [...] are automatically extended [...]”. It was not easy to understand if the extension concerned only the pre-trial detentions that reached the maximum time-periods, or all of them.

A circular distributed by the Ministry of Justice on the 26th of March 2020³⁶ outlined that all time periods are extended (not only the maximum), and that these extensions are automatic, that is without need of any individual extension decision. In practical terms, as textually specified by the circular, this means that it was not required that a judge/the competent jurisdiction allows or controls each extension.

The judges deciding in first instance and on appeal adopted conflicting interpretations of the text: some of them followed the interpretation of the circulars while others adopted an interpretation more respectful of fundamental rights and freedoms than the circular: for example, on April 7th, the *Épinal* Court interpreted the Ordinance literally, considering that extension is automatic only when the legal time-limit of the pre-trial detention is reached³⁷.

The automatic extension of the pre-trial detention was in clear contradiction with article 5 of the ECHR and the case law of the ECtHR, and with fundamental principles, as the doctrine³⁸ stressed. This provision was also declared unacceptable by the *Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme* (the French National Advisory Commission on Human Rights), who firmly called for its repeal in its opinion issued on 28th April 2020³⁹.

Surprisingly, in its decision of 3 April 2020⁴⁰, the *Conseil d’État* considered that the extension of the length of the pre-trial detention “doesn’t seriously conflict with the fundamental rights invoked in the application [namely the right to security and the presumption of innocence]”. This statement was all the more surprising since two weeks before, in the same Health Emergency context, the same *Conseil d’État* had stated that these measures, “that can limit the exercise

³⁶ CRIM-2020-12/H2-26.03.2020, supra note 34, p. 7-11.

³⁷ The public prosecutor has appealed against this decision. See J.MUCCHIELLI, *Prolongation automatique de détention provisoire: la circulaire est contraire à une lecture littérale de l’ordonnance, dit un tribunal*, in Dalloz actualité, April 22nd 2020.

³⁸ J.B. PERRIER, *La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit*, in Dalloz actualité, April 9th 2020 ; V. DERVIEUX, *Le syndrome de l’article 16, le club des juristes*, April 14th 2020 available at www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/le-syndrome-de-l'article-16/.

³⁹ This opinion was published in the Journal Officiel on May 3rd 2020 (NOR CDHX2011093V).

See also C. BIGET, *L’état d’urgence sanitaire inquiète la Commission consultative des droits de l’homme*, in Dalloz actualité, May 7th 2020.

⁴⁰ *Conseil d’État*, Ordonnance on April 3rd 2020, req. No 439894. For a critical analysis of this decision, see S. SLAMA, *Privations de liberté en temps de confinement: le Conseil d’État dans le talweg gouvernemental*, in AJ PÉNAL, 30 May 2020, p. 235.

of the fundamental rights and liberties must therefore be necessary, adapted and proportionate to the scope of safeguarding the public health that they follow⁴¹.

This decision has been criticized by various authors and judicial actors⁴², by the *Syndicat de la Magistrature* (a judicial authorities Union) and by the French national advisory commission on human rights...

If the pre-trial detainee could still ask for his release at any moment, this guarantee does not appear to be sufficient, all the more so because, as noted by P. De Combles de Nayves, the Post Office activity was slowed down, the time limit to answer the release requests were extended by the same Ordinance⁴³ and the lack of awareness of their rights by the detainees and more difficult access to lawyers⁴⁴.

It would undoubtedly have been a better solution to establish a possibility for the judge, when the pre-trial detention reached its time-limit, to control the legality and the proportionality of the measure, and then, if necessary, extend the pre-trial detention, without need for taking into account the observation of the suspect. A similar mechanism was set up by article 30 of the Ordinance for the extension of the educational measures for minors.

As for the temporal scope, article 15 states that these rules are applicable to the ongoing pre-trial detention and to the pre-trial detention starting from the date of publication of the Ordinance until the end of the Health Emergency Period. The same article states that the extensions continue to apply even after the end of the Health Emergency Period. This was another very discredited rule, since it appears not completely logical to extend every single measure, even if the time-limit (6 months in some situations) is not reached during (nor immediately after) the health crisis.

In summary, it appears that pre-trial detainees lost out in all respects: they were more affected by the contagion containment measures than the others mostly due to the overcrowding of the *Maisons d'arrêt* (but also due to rules related to the phone contacts being very strict for pre-trial detainees), their situation was not the object of a judicial control for a longer time than usual, and the worsening of the conditions of detention was not compensated for by any measure, since they are not eligible for the additional reduction of sentence briefly mentioned *supra*⁴⁵.

⁴¹ *Conseil d'Etat, Ordonnance* on March 22nd 2020, req. No 439674.

⁴² J.B. PERRIER, *supra*, note 38.

⁴³ Pursuant to article 18 of the Ordinance, the *Juge des libertés et de la détention* has six days instead of three to answer a release request, and the *chambre de l'instruction* has one month and 20 days instead of 20 days to decide on appeal.

⁴⁴ P. DE COMBLES DE NAYVES, *supra* note 21.

⁴⁵ If the number of pre-trial detention decisions also reduced during the crisis, it was mainly due to the decrease of certain types of delinquency during lockdown measures.

The Law n°2020-546 on 11 May 2020 extending the Health Emergency Period finally put an end, in its very first article, to this automatic extension of pre-trial detention, and imposed on the judge an obligation to organise an adversarial debate to validate (or not) the extension of the pre-trial detention.⁴⁶

If we applaud this democratic awakening, and totally agree with the spirit of these provisions, we must say that its practical application ran the risk of burdening the courts⁴⁷.

Furthermore, on the 26th May 2020, the *Cour de Cassation* (French final court of appeal) stated that article 16 of the Ordinance did not comply with the European Convention on Human Rights⁴⁸. The Court decided that the intervention of a judge is necessary to comply with the Convention. If this judicial intervention does not take place within one month or three months (depending on the gravity of the offense) after the end of the initial time-limit that was automatically extended, the person must immediately be freed. It means that some detainees whose detention was automatically extended before April 26th had to be released in the days following the decision⁴⁹. In parallel, the Court estimated that the risk of unconstitutionality of article 11 of the Emergency Powers Law (enabling the government to legislate by Ordinance) was serious, and referred two questions to the Constitutional Council. The latter, on its Decision on 3 July 2020, ruled that the provision of article 11 I 2° of Law No. 2020-290 dated 23 March 2020 empowering the Government to take measures in criminal proceedings were constitutional, but that it did not exempt the Government to respect article 66⁵⁰ of the Constitution concerning the modality of intervention of the judicial authority in case of extension of a pre-trial detention measure⁵¹.

5. Conclusive remarks.

It may be too early to draw conclusions, but when we look at the measures introduced urgently and impacting the prisons, it appears from this overview

⁴⁶ See V.O. DERVIEUX, *Justice pénale sous Covid-19: vers un retour à la normale?*, in Dalloz actualité, May 10th 2020. See also H. MATSOPOULOU, *La fin des "prolongations de plein droit" des détentions provisoires intervenues dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, in *La semaine Juridique Édition Générale* n°25, 22 June 2020, p. 767.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Arrêts* No 971, 973, 974 and 977 of the Criminal Chamber of the *Cour de cassation*. In its decision, the Court validated the interpretation of article 16 contained in the circular. Decisions and explanatory note available at the Court website www.courdecassation.fr.

⁴⁹ Three days after this decision, on May 29th, 171 detainees had been released in this context. See V.O. DERVIEUX, *Détention provisoire prolongée de plein droit: un concept à DLC*, in Dalloz Actualité, 4 June 2020.

⁵⁰ Article 66 of the French Constitution provides that <<No one shall be arbitrarily detained. The Judicial Authority, guardian of the freedom of the individual, shall ensure compliance with this principle in the conditions laid down by statute >>.

⁵¹ *Conseil Constitutionnel*, 3 July 2020, n°2020-851/852 QPC. Press release available at the *Conseil Constitutionnel* website, at www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2020-851852-qpc-du-3-juillet-2020-communique-de-presse.

that the balance between the safeguarding of fundamental rights and the protection of public order was weighted in favour of the latter.

Whilst many convicted detainees were eligible for exceptional measures, we have seen that the pre-trial detainees were the scapegoat and that the principles of proportionality, fair trial and presumption of innocence were being stamped on.

On the positive, we must say that even if this period was challenging for everyone, the control organs (except for the *Conseil d'État*) were quite reactive to contest and criticize the measures that did not respect the fundamental rights of the detainees – for instance the Controller General of Places of Deprivation of Liberty, but also the detainees family, judges, lawyers, the parliamentary assemblies, etc. It resulted in the relative quick repeal of the provisions related to the automatic extension of pre-trial detention.

Likewise, we will not deny that thus far, the catastrophe of a massive spread of the virus in prison was avoided.

Now, is it not the perfect time to rethink prison, to cast doubt on the established certainties, and to reflect on the meaning of imprisonment and of punishment?⁵²

⁵² This is exactly the proposition of A. HAZAN in her letter to the Minister of Justice on May 6th 2020 – Letter available at www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2020/05/20200505-lettre-CGLPL-GDS-r%C3%A9gulation-carc%C3%A9rale.pdf.

Cass. civ. Sez. III, 13.2.2020, n. 3697**Pres. Vivaldi, Est. Tatangelo**

ESECUZIONE FORZATA - OPPOSIZIONI - IN GENERE - OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE - DEDOTTA ESISTENZA DI UN VINCOLO DI IMPIGNORABILITÀ DEL BENE OGGETTO DI ESPROPRIAZIONE - DOMANDA RICONVENZIONALE VOLTA AD OTTENERE LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA EX ART. 2901 C.C. DELL'ATTO NEGOZIALE A BASE DELL'OPPOSIZIONE - AMMISSIBILITÀ – CONSEGUENZE

«Nel giudizio di opposizione all'esecuzione in cui sia dedotta l'esistenza di un vincolo di impignorabilità del bene assoggettato ad espropriazione derivante da un determinato atto negoziale, è ammissibile la domanda riconvenzionale del creditore opposto volta ad ottenere, ai sensi dell'art. 2901 c.c., la dichiarazione di inefficacia dell'atto negoziale posto a base dell'opposizione, sussistendo connessione, in relazione all'oggetto e/o al titolo, tra le due domande, anche se tale dichiarazione di inefficacia, stante la natura dichiarativa della decisione e la necessità del suo passaggio in giudicato, potrà giovare al creditore esclusivamente ai fini dell'instaurazione di un nuovo processo esecutivo».

Precedenti conformi:

Cass. civ. Sez. III, Sent. 29/03/2006 n. 7225

ABSTRACT: *In the judgement under review, the Supreme Court declared the revocatory action - proposed as a counterclaim in the trial of opposition to the execution – admissible.*

Il commento di Flavia Bonelli

La fattispecie esaminata dalla Suprema Corte con la sentenza in commento ha ad oggetto i rapporti tra il giudizio di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. e la domanda riconvenzionale eventualmente proposta dal creditore nel medesimo procedimento avente ad oggetto la revocatoria di un atto compiuto in frode al creditore medesimo.

In particolare, nel caso *de quo*, a fonte dell'opposizione promossa dal debitore e fondata sull'impignorabilità dei beni staggiti alla luce del vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., il creditore opposto ha proposto, in via riconvenzionale, l'azione revocatoria del suddetto atto di destinazione.

Il Tribunale adito in primo grado, da un lato, ha ritenuto valido l'atto di destinazione, accogliendo l'opposizione e, dall'altro lato, ha dichiarato l'inefficacia dello stesso nei confronti del creditore sussistendo tutti i presupposti dell'azione ex art. 2901 c.c.; la Corte d'Appello ha confermato la decisione di primo grado. L'esecutato, quindi, ha impugnato la decisione innanzi alla Corte di

legittimità, denunciando, con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 615 c.p.c. e dell'art. 100 c.p.c., nonché dell'art. 2901 c.c.

La Suprema Corte, sul punto, ha osservato che nel giudizio di opposizione all'esecuzione - promosso per far valere l'impignorabilità del bene assoggettato ad espropriazione - è certamente ammissibile la formulazione di una domanda riconvenzionale, da parte dell'opposto, diretta a far dichiarare inopponibile al creditore precedente l'atto di costituzione del vincolo che impedisce l'espropriazione del bene pignorato. È evidente, infatti, che tra la domanda principale di opposizione all'esecuzione, con cui si faccia valere l'impignorabilità fondata sull'atto di destinazione e la domanda riconvenzionale, diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del medesimo atto, sussiste connessione in relazione all'oggetto e al titolo.

La Corte ha precisato, poi, che, alla luce della natura dichiarativa della pronuncia di inefficacia dell'atto negoziale ai sensi dell'art. 2901 c.c., l'accoglimento dell'azione revocatoria proposta in via riconvenzionale potrà giovare al creditore esclusivamente ai fini dell'instaurazione di un nuovo processo esecutivo, atteso che si rende necessario il passaggio in giudicato della decisione.

Nel sostenere l'approccio richiamato, la Suprema Corte ha citato a supporto altre pronunce di legittimità, nelle quali è stata dichiarata l'ammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dal creditore nel corso del giudizio di opposizione e volta ad ottenere un nuovo titolo esecutivo (da far valere in un nuovo processo esecutivo), nel caso in cui con l'opposizione sia contestata l'esistenza ovvero l'efficacia di quello posto a base del processo oggetto di opposizione (in questo senso, tra le altre, Cass., Sez. III, Sentenza n. 7225 del 29/03/2006).

Gli altri motivi di ricorso hanno dato la stura all'approfondimento degli aspetti sostanziali del vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c.

In proposito, la Corte di Cassazione ha chiarito che l'atto di destinazione di un bene alla soddisfazione di determinate esigenze costituisce, di per sé, un atto naturalmente a titolo gratuito, atteso che esso comporta un sacrificio per la parte che lo pone in essere, che non trova contropartita in un'attribuzione in favore del disponente e ciò allo stesso modo in cui si interpretano altri atti aventi analoga natura e funzione, quali la destinazione di beni ad un fondo patrimoniale o ad un *trust*. In quest'ottica la circostanza che ciascuno dei beneficiari del vincolo abbia a sua volta destinato propri beni in favore delle esigenze di tutti gli altri, non modifica la natura gratuita di ciascuno di tali atti, non venendosi a determinare - in tale ipotesi - l'onerosità dei singoli atti di destinazione, salvo che risulti sussistere, in concreto, effettiva corrispettività tra le reciproche destinazioni di beni operate da ciascun membro della famiglia.

Dal punto di vista strutturale, invece, il vincolo apposto ad un bene preordinato alla soddisfazione di determinate esigenze meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., costituisce, di regola, un negozio unilaterale, e ciò almeno nell'ipotesi in cui sia realizzato nella forma della mera destinazione del bene.

L'atto di "destinazione semplice", infatti, che si ha laddove il disponente si limiti a destinare un bene alla realizzazione di determinate esigenze, senza trasferirne la proprietà o altri diritti reali limitati, non si perfeziona con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, essendo sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente. Tale conclusione resta confermata anche nel caso in cui l'atto di destinazione sia posto in essere contestualmente ad analoghi atti di altri soggetti, eventualmente coincidenti con i beneficiari, risultando in tal caso i diversi negozi di destinazione solo occasionalmente contenuti nel medesimo documento: in quest'ultima ipotesi, quindi, si avranno una pluralità di atti unilaterali e non già un negozio plurilaterale.

La Corte ammette, tuttavia, che l'analisi dell'effettiva volontà delle parti e della causa concreta del complessivo negozio possano condurre ad una diversa interpretazione, e in particolare alla considerazione dell'atto in termini di onerosità e plurilateralità.

Con riguardo all'azione revocatoria proposta avverso l'atto di destinazione ai sensi dell'art. 2645 *terc.c.*, i giudici di legittimità hanno avuto modo di osservare che non risulta corretto operare alcuna forma di comparazione tra le esigenze dei beneficiari dell'atto revocando e quelle dei creditori da esso pregiudicati, atteso che tale aspetto non si iscrive tra i presupposti richiesti dall'art. 2901 c.c., dovendosi – a tali fini - valutare esclusivamente l'oggettiva idoneità dell'atto a rendere più difficile la soddisfazione delle ragioni dei creditori.

Da ultimo, la Corte ha ribadito il costante orientamento secondo cui il valore della causa relativa all'azione revocatoria si determina in base al credito vantato dall'attore, a tutela del quale viene proposta l'azione revocatoria stessa (cfr. tra le altre Cass. Sez. III, ord. 09/05/2014 n. 10089).

Cass. civ. Sez. III, 5.3.2020, n. 6174**Pres. De Stefano – Est. Porreca**

ESECUZIONE FORZATA – TITOLO ESECUTIVO – CONTRATTO PRELIMINARE DI MUTUO – INTERPRETAZIONE INTEGRATA – ATTO DI EROGAZIONE – ATTO DI QUIETANZA – AMMISSIBILITA'.

«Al fine di accertare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso la sua interpretazione integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge».

Precedenti conformi: Cass. civ. Sez. III, 27.8.2015, n. 17194.

ABSTRACT: in order to ascertain whether a preliminary loan contract is enforceable, it is necessary to interpret the contract in the light of what is provided in the deed and receipt, to verify that the legal availability of the loan sum has been transferred; it is also necessary that both the mortgage and disbursement deeds comply with the formal requirements imposed by law.

Il commento di Alessandra Migliorino

In materia di titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, la Suprema Corte ha esteso, per la prima volta, i principi di recente elaborati con riferimento al mutuo condizionato - perfetto, ma inefficace in quanto sottoposto a condizione sospensiva - al diverso caso del contratto preliminare di mutuo, con cui il mutuante si obbliga ad erogare, in futuro, le somme al mutuatario.

In particolare, la Cassazione ha ritenuto che anche il preliminare di mutuo possa rientrare tra i titoli esecutivi di cui all'art. 474, secondo comma, n. 3, c.p.c. e pertanto fondare il diritto del creditore a procedere *in executivis*, purché: a) sia accompagnato da atti di erogazione e quietanza; b) dall'interpretazione integrata con quanto previsto in detti atti, risulti che lo stesso contenga pattuizioni volte a trasmettere al mutuatario, con immediatezza, la disponibilità giuridica della somma; c) che tutti gli atti rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge.

Nel caso di specie, il debitore, cui era stato notificato atto di precetto per il recupero di somme erogate in forza di un finanziamento agevolato, proponeva opposizione *ex art. 615*, primo comma, c.p.c. Il Tribunale accoglieva la domanda, rilevando che il contratto azionato era un preliminare di mutuo privo di efficacia esecutiva; la decisione veniva tuttavia riformata dal giudice di

seconde cure, il quale rilevava, da un lato, che il contratto si era perfezionato con i due atti di erogazione e quietanza, e, dall'altro, che la condizione sospensiva dedotta nella convenzione negoziale poteva ritenersi avverata ai sensi dell'art. 1359 c.c. Avverso la pronuncia proponeva ricorso per cassazione il debitore, lamentando, tra l'altro, violazione e falsa applicazione degli artt. 474 c.p.c., 1813, 1822 e 1353 e ss c.c., nella parte in cui la Corte d'Appello aveva riconosciuto efficacia esecutiva ad un mero contratto preliminare di mutuo.

Nella pronuncia in commento i giudici di legittimità hanno esaminato sia il profilo del perfezionamento del contratto di finanziamento, sia il profilo, correlato, della sua efficacia in presenza di una condizione sospensiva.

In linea generale, occorre ricordare che gli artt. 1813 e ss. c.c. regolano il contratto di mutuo, tipico contratto reale che si perfeziona, alternativamente, con la consegna della *res* dal mutuante al mutuatario (Cass. civ. Sez. I, 3.1.2011, n. 14; Cass. civ. Sez. I, 21.2.2001, n. 2483) ovvero con il conseguimento della "disponibilità giuridica" del bene da parte del mutuatario medesimo (Cass. civ. Sez. I, 27.10.2017, n. 25632; Cass. civ. Sez. III, 27.8.2015, n. 17194; Cass. civ. Sez. I, 3.1.2011, n. 14), ed è da tale momento che il contratto costituisce titolo esecutivo per il creditore.

L'art. 1822 c.c. disciplina invece la "promessa di mutuo", al fine di offrire al creditore uno strumento di tutela preventiva in caso di variazioni patrimoniali dell'altro contraente. Nonostante le perplessità espresse dalla dottrina tradizionale circa l'ammissibilità di un negozio anticipatorio di un contratto reale, la giurisprudenza, sin da epoca risalente, lo ha ricondotto allo schema del contratto preliminare, avente ad oggetto un *pactum de mutuo dando e de mutuo accipiendo* (Cass. civ., sez. III, 18/06/1981, n. 3980). In ordine all'efficacia esecutiva, i giudici di merito hanno però escluso che il preliminare di mutuo abbia, di per sé, natura di titolo esecutivo, dal momento che la pattuizione negoziale non documenta l'esistenza attuale di un'obbligazione restitutoria (Trib. Roma, 28/07/1998).

Venendo all'esame della pronuncia, nella prima parte della motivazione la Suprema Corte, con un *iter* argomentativo che appare, in alcuni passaggi, sintetico, ha ammesso che il contratto preliminare di mutuo sia titolo stragiudiziale idoneo a fondare l'esecuzione forzata, al pari del definitivo, purché presenti i requisiti di forma imposti dalla legge e sia, al contempo, accompagnato da ulteriori atti attestanti il conseguimento della disponibilità giuridica della somma da parte del debitore. Per giungere a tale conclusione, la Cassazione ha osservato che laddove, come nella fattispecie, il precetto sia stato notificato in forza di un contratto (preliminare) di finanziamento, redatto nelle forme dell'atto pubblico, unito agli atti di erogazione e quietanza, anch'essi rogati dal notaio, occorre verificare se dall'interpretazione integrata della complessiva vicenda negoziale emerga la presenza di pattuizioni dirette a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma.

In altri termini, trattandosi di una "promessa" che precede la conclusione di un contratto reale, è dal momento in cui il debitore consegue la disponibilità della somma (e, quindi, dal momento in cui questi emette quietanza) che può ritenersi concluso il contratto di finanziamento, con conseguente nascita, in capo al mutuatario, dell'obbligazione di restituire il *tantundem*. Ne discende, in punto di efficacia esecutiva del contratto, che l'effettiva elargizione della somma - accertata secondo le indicazioni già enunciate dalla Suprema Corte in un proprio precedente del 2015 - si pone quale requisito imprescindibile affinché il creditore possa agire direttamente per il recupero degli importi erogati.

Nella seconda parte della motivazione, la Corte affronta invece il tema dell'efficacia del contratto di finanziamento condizionato, nella fattispecie, all'ottenimento, da parte del debitore, di alcune certificazioni presso la P.A. competente. In proposito, i giudici di legittimità hanno condiviso le affermazioni della Corte d'Appello, secondo cui il mancato avveramento della condizione sospensiva sarebbe dipeso dalla condotta del debitore, con conseguente applicazione della *fictio* di cui all'art. 1359 c.c. e obbligo del mutuatario di restituire quanto percepito.

La decisione si pone in linea di continuità con la tendenza ad ampliare il novero dei titoli esecutivi stragiudiziali, e, segnatamente, con i recenti approdi della Suprema Corte in tema di contratti di finanziamento sottoposti a condizione sospensiva.

La soluzione elaborata, ancorchè condivisibile nelle conclusioni, si presta tuttavia ad alcuni rilievi critici.

In primo luogo, è indubbio che la "promessa di mutuo" sia un contratto tipico (art. 1822 c.c.), ad effetti obbligatori, che produce gli effetti del contratto reale cui afferisce allorché intervenga la dazione del bene. Appare pertanto coerente la scelta di valorizzare l'accertamento avente ad oggetto l'effettiva erogazione della somma di denaro per individuare il momento in cui può ritenersi perfezionato il contratto di mutuo ed il creditore legittimato ad agire esecutivamente per il recupero delle somme. Sembra del pari condivisibile che tale accertamento sia condotto alla luce degli atti che hanno caratterizzato l'intera operazione negoziale, e che questi debbano presentare la stessa forma del mutuo. Ciò che invece desta perplessità è il richiamo, *tout court*, ad un precedente (Cass. civ. Sez. III, 27.8.2015, n. 17194) che, a ben vedere, ha sancito l'equiparazione - in punto di efficacia esecutiva - tra contratto di mutuo condizionato e contratto di mutuo già produttivo di effetti. Trattandosi di fattispecie ontologicamente diverse (promessa di mutuo, nella presente pronuncia, e mutuo condizionato, nella pronuncia richiamata), sarebbe stato auspicabile, da parte della Corte, un chiarimento volto a contestualizzare e circoscrivere la portata del richiamo.

In secondo luogo, potrebbe apparire ultronea l'applicazione dell'art. 1359 c.c. al caso in cui il creditore abbia erogato le somme, nonostante il debitore non si

fosse attivato per conseguire la necessaria documentazione come previsto nella promessa di mutuo.

La dazione delle somme, da parte del creditore, consente infatti di ritenere concluso il contratto di finanziamento, successivo alla promessa di mutuo, e di ritenere pertanto superata, nei fatti, la questione del mancato avveramento della condizione apposta al preliminare. Dalla motivazione della sentenza non si evince inequivocabilmente che la consegna del denaro fosse stata differita ad un momento successivo (con previsione, ad esempio, di un vincolo di indisponibilità per il mutuatario); per tale ragione, sembra potersi affermare che il contratto di mutuo era già perfetto ed efficace con il semplice conseguimento della disponibilità del bene, da parte del mutuatario, e che da tale momento quest'ultimo era tenuto alla restituzione delle somme, senza necessità di ulteriore indagine circa la condotta inadempiente rispetto all'avveramento della condizione.

Cass. civ. Sez. III, 19.11.2019, n. 30110**Pres. Frasca, Est. Tatangelo**

Esecuzione forzata - Estinzione del processo - Rilevabilità d'ufficio della causa di estinzione ex art. 567 c.p.c. - Prima e dopo la riforma della L. n. 69 del 2009 - Conseguenze in materia di preclusioni - Sussistenza del relativo potere fino al momento dell'aggiudicazione dell'immobile pignorato.

«In tema di esecuzione forzata immobiliare, la rilevabilità d'ufficio dell'estinzione del processo esecutivo per il mancato deposito della documentazione di cui all'art. 567, comma 2, c.p.c. (sia nel testo anteriore che successivo all'entrata in vigore del d.l. n. 35 del 2005, conv. con modif. dalla l. n. 80 del 2005), fa sì che ad essa non possano applicarsi le preclusioni relative all'eccezione di estinzione riservata alla parte ex art. 630 c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009), con la conseguenza che il rilievo d'ufficio è consentito sino alla data di aggiudicazione dell'immobile pignorato».

Precedenti conformi: Cass. civ. Sez. III, 11.6.2019, n.15597; Cass. civ. Sez. VI, 3.11.2017, n. 26244, Cass. civ. Sez. VI – 3, 8.5.2014, n. 10009, Cass. civ. Sez. III, 5.4.2012, n. 5539; Cass. civ. Sez. III, 6.12.2011, n. 26202.

ABSTRACT: *This work deals with the issue of the office's detectability of the termination of the executive process due to the failure to deposit the documentation referrend to in art. 567, paragraph 2 c.p.c..*

Il commento di **Angela Fucci**

La fattispecie sottoposta all'attenzione della Suprema Corte origina dall'istanza con cui, nel corso di un procedimento esecutivo per espropriazione immobiliare, il debitore chiedeva al giudice dell'esecuzione dichiararsi l'estinzione della procedura stessa, lamentando il mancato deposito della documentazione richiesta dall'art. 567 c.p.c. (per maggiore chiarezza e completezza espositiva, si ricorda a tal riguardo che il d.l. n.35/2005 e la l. n.263/2005, con decorrenza dal 1/3/2006, hanno stabilito che all'istanza di vendita debba essere allegata, a cura del creditore munito del titolo esecutivo e che l'ha formulata, "l'estratto del catasto, nonché i certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile pignorato effettuate nei venti anni anteriori alla trascrizione del pignoramento"). Avverso il rigetto dell'istanza di estinzione, il controricorrente proponeva, ai sensi dell'art. 630 c.p.c. reclamo al collegio, che veniva rigettato dal Tribunale di Biella; la Corte di Appello di Torino, in riforma della decisione di primo grado, dichiarava la estinzione del procedimento. Il ricorrente impugnava questa decisione, presentando ricorso per Cassazione formulando quattro motivi, resistendo a sua volta, con controricorso, la controparte.

Così ricostruita la vicenda processuale, va premesso che, con il presente contributo, si farà principalmente riferimento al significato e all'ambito applicativo dell'art. 567 c.p.c. ("*Istanza di vendite*") e dell'art. 630 c.p.c. ("*Inattività delle parti*"), ponendo attenzione sia all'assetto normativo passato che a quello presente, cercando di mettere in evidenza le questioni aperte che - a tutt'oggi - non hanno ancora trovato una puntuale risoluzione. Giova, infatti, chiarire fin da ora che la disciplina relativa alla documentazione ipotecaria e catastale di cui all'art. 567 c.p.c. è stata oggetto di numerosi interventi legislativi di spiccato interesse pratico, in tema sia di termini per il deposito, sia dell'individuazione della tipologia di documenti da depositare, la cui produzione il giudice dell'esecuzione può, in forza dell'attuale testo normativo, richiedere nel termine (non più di centoventi giorni ma) di sessanta giorni, trascorso il quale, anche d'ufficio, dichiara la cessazione dell'efficacia del pignoramento. In relazione a tale documentazione, il GE deve, pertanto, accertare che la stessa sia stata tempestivamente allegata, sia completa sia sotto il profilo oggettivo che sotto il profilo temporale e, infine, che dalla stessa non emergano situazioni patologiche che possano compromettere il risultato finale del processo esecutivo.

Orbene, prima di procedere all'esame dei citati motivi di ricorso, giova altresì premettere, sia pur brevemente, che la Cassazione ha più volte precisato che la cessazione dell'efficacia del pignoramento rientra nella nozione di "estinzione per inattività delle parti" ed è assoggettabile alla disciplina dell'art. 630 c.p.c., con esclusione dell'applicabilità dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. (tesi, quest'ultima, a cui pronunce anche abbastanza recenti della S.C. - *cfr. Cass. 15.11.2000 n. 1482; Cass. 12.4.2017 n. 9362* - hanno preferito aderire, con conseguente esclusione anche dell'impugnabilità con ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., *cfr. Cass. n. 24775/14*).

Nello specifico, il ricorrente contestava la istanza di estinzione di controparte adducendo come motivazione la regola generale di cui all'art. 630 c.p.c., comma 2, cioè l'impossibilità del rilievo dell'estinzione del processo esecutivo, ai sensi dell'art. 567 c.p.c. per il mancato deposito della documentazione, in mancanza di eccezione di parte articolata nella prima difesa utile e neanche di ufficio, decorsa la prima udienza successiva al verificarsi del fatto estintivo.

A tal uopo, si precisa che l'eccezione *de qua* era riservata all'iniziativa della parte interessata nel testo originario dell'art. 630 c.p.c. («*L'estinzione opera di diritto, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa, salvo il disposto dell'articolo successivo. L'estinzione è dichiarata con ordinanza del giudice dell'esecuzione, la quale è comunicata a cura del cancelliere, se è pronunciata fuori dall'udienza*») poi sostituita con il rilievo officioso soltanto a far data dal 4 luglio 2009, in ragione della modifica apportata dalla L. n. 69 del 2009 art. 49, comma 4 («*l'estinzione opera di diritto ed è dichiarata, anche d'ufficio, con ordinanza del giudice dell'esecuzione, non oltre la prima udienza successiva al verificarsi della stessa. L'ordinanza è comunicata a cura del cancelliere, se è*

pronunciata fuori dall'udienza», cfr. Cass. n. 1826/93, n. 18536/07, n. 12762/00).

Ebbene, con riferimento al rilievo svolto dal ricorrente, merita menzione un precedente indirizzo giurisprudenziale della S.C., secondo cui la rilevanza d'ufficio dell'estinzione del processo esecutivo (sia nel testo anteriore che in quello successivo alle modificazioni apportate dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80) fa sì che ad essa non possano applicarsi le preclusioni relative all'eccezione di estinzione riservata alla parte (prima della citata modifica apportata all'art. 630 c.p.c. dalla L. 18 giugno 2009, n. 169, art. 49, *cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5539 del 05/04/2012*).

Ne consegue che le argomentazioni a fondamento delle censure del ricorrente sono risultate prive di rilievo, anche in relazione ad una eventuale omissione di pronuncia, in ordine alla pretesa applicabilità, alla speciale ipotesi di estinzione prevista dall'art. 567 c.p.c., dei limiti al rilievo di ufficio dell'estinzione del processo esecutivo da parte del giudice, secondo la formulazione dell'art. 630 c.p.c., comma 2, vigente a decorrere dal 4 luglio 2009, atteso che la modifica di tale disposizione normativa è applicabile alle sole procedure esecutive instaurate dopo la predetta data (4 luglio 2009), ai sensi dell'art. 58 della richiamata legge, mentre nel caso di specie il processo esecutivo risultava avere avuto inizio anteriormente.

Tale applicabilità, oltretutto, risulterebbe contrastare con la stessa *ratio* dell'art. 567 c.p.c., ovverosia quella di accertare se l'esecutato risulti titolare del diritto oggetto di pignoramento e intestatario dell'immobile pignorato, nonché il rispetto del principio di continuità delle trascrizioni, e quella di esaminare gli atti trascritti o iscritti a suo carico per verificare sia l'esistenza di creditori iscritti, cui dovrà essere notificato l'avviso ex art. 498 c.p.c., sia di eventuali vincoli opponibili all'aggiudicatario, con la conseguenza che il rilievo di ufficio della speciale causa di estinzione del processo di cui all'art. 567 c.p.c. da parte del giudice dell'esecuzione continua ad essere possibile quanto meno fino alla data dell'aggiudicazione dell'immobile pignorato (*cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 26202 del 06/12/2011*).

Cass. civ. Sez. III, 28.1.2020, n. 1928**Pres. De Stefano, Est. Rossetti**

ESECUZIONE FORZATA – NOTIFICA DEL TITOLO ESECUTIVO – NEL CASO DI D.I. GIÀ NOTIFICATO – CONSEGUENZE DELL'OMESSA INDICAZIONE, NELL'ATTO DI PRECETTO, DELLA DATA DI NOTIFICA DEL D.I.

«Il precetto fondato su decreto ingiuntivo divenuto esecutivo per mancata opposizione non deve essere preceduto da un'ulteriore notifica del provvedimento monitorio, ma deve fare menzione del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e dell'apposizione della formula esecutiva (ex art. 654, comma 2, c.p.c.), nonché della data di notifica dell'ingiunzione (ex art. 480, comma 2, c.p.c.). I suddetti elementi formali sono prescritti, a pena di nullità dell'atto di precetto, allo scopo di consentire all'intimato l'individuazione inequivoca dell'obbligazione da adempiere e del titolo esecutivo azionato, sicché la loro omissione (nella specie, l'indicazione della data di notificazione del decreto ingiuntivo) non comporta l'invalidità dell'intimazione qualora sia stato comunque raggiunto lo scopo dell'atto e, cioè, il debitore sia stato messo in condizione di conoscere con esattezza chi sia il creditore, quale sia il credito di cui si chiede conto e quale il titolo che lo sorregge».

Precedenti conformi: Cass. civ. Sez. III, 28.7.1987, n.6536; Cass. civ. Sez. VI, 20.6.2017, n. 15316

ABSTRACT: *the lack of one of the formal elements provided for by article 480 does not determine the nullity of the act of precept if the same is in any case able to achieve its purpose*

Il commento di **Fabio Iappelli**

In tema di validità della notifica dell'atto di precetto relativo ad un decreto ingiuntivo privo di uno degli elementi formali richiesti dall'articolo 480 c.p.c. , la Suprema Corte affronta non soltanto il tema dei rapporti tra gli artt. 480 e 654 c.p.c., ma anche quello dei limiti di applicabilità dell'articolo 156 c.p.c.

Nel caso di specie la vicenda processuale trae la sua origine da una sentenza del Tribunale di Gorizia, che a fronte della notifica di una opposizione agli atti esecutivi promossa sul presupposto della nullità del precetto ai sensi ai sensi dell'articolo 480 comma 2 c.p.c. in ragione della mancata indicazione della data di notifica del titolo esecutivo, dichiara il rigetto dell'opposizione per effetto dell'adempimento spontaneo del debitore esecutato, ma contestualmente, individuando una virtuale soccombenza nel merito per il creditore procedente, lo condanna al pagamento delle spese di lite.

Avverso tale condanna il creditore procedente promuove ricorso per cassazione la cui decisione ha originato la sentenza oggetto del presente commento.

Nell'esame della questione la S.C. preliminarmente alla ricostruzione dell'iter logico seguito dal Tribunale di prime cure e ne evidenzia la relativa incompletezza per difetto di valutazione circa l'applicabilità al caso di specie dell'articolo 156 c.p.c..

La condanna del creditore procedente si fonda, infatti, sulla considerazione che nell'ipotesi di trattazione della causa, l'opposizione del debitore esecutato sarebbe stata meritevole di accoglimento poiché, costituendo circostanza pacifica la mancata indicazione della data di notifica del titolo esecutivo, la declaratoria di nullità dell'atto di precetto sarebbe stata una conseguenza ineluttabile.

Tale ragionamento, oggetto di una pressoché totale condivisione metodologica da parte della Corte, viene, però, stigmatizzato nella misura in cui difetta, da parte del giudice di prime cure, qualsiasi indagine circa l'applicabilità dell'articolo 156 c.p.c.. Nella ricostruzione della Cassazione, invero, la declaratoria di nullità di un qualsivoglia atto processuale deve seguire un percorso logico articolato in tre fasi.

Preliminarmente dovrebbe procedersi alla verifica dei requisiti richiesti dalla legge per la validità formale dell'atto, ossia alla c.d. ricognizione della fattispecie astratta.

Successivamente l'interprete dovrebbe accertare se nel caso concreto vi sia una difformità tra le caratteristiche del singolo atto compiuto e quelle del modello ideale e soltanto all'esito positivo di tale verifica, accertata quindi l'esistenza di uno iato tra lo schema legale dell'atto e la sua realizzazione stabilire se il predetto iato sia stato comunque concretamente idoneo ad impedire all'atto di raggiungere il proprio scopo con una analisi che sembra riecheggiare quella della c.d. prova di resistenza.

A giudizio della Suprema Corte proprio l'assenza di questa indagine da parte del Tribunale di Gorizia giustifica l'accoglimento del ricorso del creditore procedente, poiché, pur non sussistendo dubbi né circa il fatto che nel caso di specie il precetto avrebbe dovuto contenere l'indicazione della data di notifica del titolo esecutivo né circa la sua concreta assenza, la declaratoria di nullità del precetto doveva necessariamente passare attraverso la verifica del rispetto della ratio della norma che impone un determinato requisito formale.

All'uopo, la Cassazione, ritiene che i requisiti formali dell'articolo 480 c.p.c. siano finalizzati a consentire al debitore una individuazione inequivoca del rapporto debitorio per il quale s'intende promuovere l'azione esecutiva ed è proprio l'esegesi della ratio di tale norma, unitamente all'applicazione dell'articolo 156 c.p.c. che valorizza il principio del raggiungimento dello scopo, a consentire agli ermellini di affermare che la mancanza di uno dei requisiti formali previsti dall'articolo 480 non è in grado di paralizzare l'efficacia dell'azione esecutiva

laddove non sussistano dubbi circa l'esatta identificazione del titolo esecutivo in virtù del quale agisce il creditore procedente.

Tali conclusioni della Corte si collocano, peraltro, in linea con un filone giurisprudenziale (cfr ex multis Cass. Civ., n. 12230 del 2007 o Cass. Civ., n. 25433 del 2014) contrassegnato dall'esigenza di "stemperare" il formalismo dell'articolo 480 c.p.c. garantendo un migliore equilibrio tra l'esigenza di tutelare la posizione del debitore esecutato mediante l'individuazione di alcuni presidi formali fondamentali e quella, riconducibile direttamente agli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione e 6 della Cedu, di non frustrare l'effettività della tutela giurisdizionale del creditore procedente valorizzando il principio di economia processuale ed i suoi corollari in tema di conservazione degli atti e raggiungimento dello scopo.