



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67355-28-0



WWW.DEIUSTITIA.IT
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 4 / Ottobre 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 - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore

Comitato di referaggio: Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Rippa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

Comitato di redazione: Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliana Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozzi - Avv. Ferdinando Migliozzi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

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 mancata valorizzazione del ruolo degli enti locali nell'attuale processo di differenziazione regionale.
di Gennaro Dezio **Pag. 4**

Pubblicità e trasparenza nell'azione amministrativa: indagine esegetica tra elementi di analogia, profili di differenziazione e questioni applicative.
di Maria Altavilla **Pag. 23**

Nuove (e vecchie) questioni in materia di giurisdizione domestica.
di Marina Sfarzo **Pag. 45**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

Dai modelli legali al comodato «di terzo genere»
di Davide Gasparini **Pag. 60**

Il valore dell'informazione nella "contrattazione tra ineguali" in materia di investimenti. Riflessioni sulla (presunzione del) nesso di causalità a margine della sentenza Cass. civ. n. 7905/2020.
di Gianpiero Gaudiosi **Pag. 76**

Profili generali e recenti evoluzioni della responsabilità medica.
di Gianluca Cascella e Giovanni Barile **Pag. 105**

PARTE III – DIRITTO PENALE

Art. 2638 c.c.: Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza.
di Carolina Smith **Pag. 130**

Breve osservazione sui delitti contro la personalità dello stato. Spunti critici e giurisprudenziali.
di Pierluigi Zarra **Pag. 157**

Commercio di sostanze dopanti tra la c.d. riserva di codice ed eccesso di delega. Nota a Cass., Sez. III, ord. 21 luglio 2020 (dep. 21 settembre 2020), n. 26326, Pres. Di Nicola, Est. Corbetta, Imp. Bufano.
di Carlo Giordano **Pag. 188**

PARTE IV – FOCUS DIRITTO DELLO SPORT

Il caso Juventus-Napoli: quando la forza è maggiore...ma non troppo!
di Ernesto Caggiano

Pag. 199

PARTE V – COMPARATIVE, EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW

Coordinato dal dott. Simone Petralia

Comment about the judgement of Kosovo Specialist Chambers 22 May 2020.
di Vittoria Pellerito

Pag. 212

PARTE VI – FOCUS ESECUZIONI

Coordinato dal dott. Alessandro Auletta

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 18.09.2020, n. 19597"
di Flavia Bonelli

Pag. 221

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 12.06.2020, n. 11291"
di Angela Fucci

Pag. 226

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 09.07.2020, n. 14601"
di Fabio Iapelli

Pag. 230

Commento a "Cass. civ. Sez. III, 07.07.2020, n. 14597"
di Alessandra Migliorino

Pag. 233

La mancata valorizzazione del ruolo degli enti locali nell'attuale processo di differenziazione regionale.

di Gennaro DEZIO*

SOMMARIO: **1.** Il fondamento costituzionale del c.d. regionalismo differenziato; **2.** I limiti costituzionali al regionalismo differenziato; **3.** Il ruolo degli enti locali nel processo di differenziazione in atto; **4.** Il necessario ripensamento della funzione degli enti locali nella attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

ABSTRACT: *This work, starting from a brief analysis on the issue of differentiated regionalism, intends to investigate on the failure to valorise local authorities in the whole differentiation process.*

1. Il fondamento costituzionale del c.d. regionalismo differenziato.

Il c.d. regionalismo differenziato può, senza dubbio, essere annoverato tra i temi che focalizzano il dibattito in materia attuale e lo contraddistinguono anche i prossimi anni.

L'introduzione da parte del legislatore costituzionale del 2001 della clausola di asimmetria come possibilità generalizzata per tutte le Regioni di caratterizzarsi per forme e condizioni particolari di autonomia non deve considerarsi una semplice "aggiunta" di un elemento accidentale rispetto al tradizionale sistema regionale, quanto, piuttosto uno strumento idoneo a "qualificare" appieno il sistema delle autonomie nell'ottica della loro massima valorizzazione anche attraverso interventi diversificati a seconda delle regioni.

Si tratta, come è noto, di un'ipotesi pienamente coerente e di stretta consequenzialità con i principi supremi del riconoscimento e della promozione delle autonomie, rappresentando attuazione diretta e specificazione di quanto previsto dall'articolo 5 della Costituzione.

La disposizione in esame, elaborata quale "forma di apertura speciale alle forze che reclamavano maggiore federalismo"¹ è stata fino ad oggi inattuata non solo per una

* Abilitato all'esercizio della professione forense e cultore della materia in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Cfr. S. MANGIAMELI, L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017, in www.issirfa.cnr.it.

mancata riflessione di natura sistematica sugli effetti della c.d. clausola di asimmetria nell'ambito delle Regioni a Statuto ordinario, ma anche e soprattutto per il ruolo "autoritario" esercitato dallo Stato, motivato ad esercitare il proprio controllo in materie di legislazione concorrente e residuali delle Regioni anche in conseguenza di interpretazione, fortemente restrittiva, della giurisprudenza costituzionale sul punto.

L'articolo 116 comma 3 nel disciplinare il procedimento necessario per l'approvazione della legge ad autonomia negoziata deve essere senza dubbio considerata una norma sulla produzione normativa e, quindi, atto fonte dell'ordinamento costituzionale capace di derogare, seppur limitatamente agli ambiti materiali previsti dalla Costituzione in merito alla ripartizione delle competenze².

Tale considerazione ha imposto una riflessione sulla compatibilità della stessa disposizione con i principi costituzionali in quanto la (possibile) deroga a norme costituzionali potrebbe essere disposta utilizzando un "atto fonte" subordinato alla Costituzione violando, per questo motivo, il principio di rigidità³.

Sul punto, attenta dottrina, analizzando ipotesi simili⁴, ha sottolineato come, più che violazioni della rigidità costituzionale, tale possibilità rientri nei casi disciplinati dalla stessa Carta Costituzionale di deroghe a previsioni di rango costituzionale, derivandone, da ciò, che quanto previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost. debba considerarsi "prescrizione cedevole" per espressa previsione costituzionale⁵.

Tale norma può quindi essere ricondotta al fenomeno della c.d. "decostituzionalizzazione formale" caratterizzato da casi in cui una fonte subordinata risulti legittimata, dalla stessa fonte costituzionale, a derogare al quadro previsto dalla Costituzione o da leggi costituzionali e la cui ratio deve rinvenirsi nel

² Cfr. M. CECCHETTI, Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune, in www.federalismi.it.

³ Cfr. tra i tanti L. ELIA, Audizione, in Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della parte II della Costituzione della I Commissione-permanente del Senato, in T. GROPPI- M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, 7 ss.; L. ANTONINI, *Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?* in *Problemi del federalismo*, Milano, 2001. Sul punto l'Autore ha evidenziato come la "prospettiva dell'asimmetria appare quindi votata a presentarsi come un'ipotesi di revisione costituzionale, potenzialmente idonea a ricondurre in nuovi e più giustificati equilibri l'una e l'altra delle forme originarie del regionalismo italiano".

⁴ E' il caso, ad esempio, dell'articolo 73 ultimo comma della Costituzione, con il quale si autorizza la legge ordinaria a derogare il termine di *vacatio legis* stabilito in quindici giorni o dell'articolo 122 ultimo comma della Costituzione che consente agli statuti delle regioni a statuto ordinario di derogare alla regola dell'elezione del Presidente della Giunta regionale a suffragio universale e diretto. Cfr. sul punto G. SALERNO, *Gli statuti speciali nel sistema delle fonti*, in A. FERRARA- G.M. SALERNO (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, 2003, 18.

⁵ Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3 della Costituzione*, in *Fed. Fisc.*, 2007, 1, 148.

rafforzamento e nella maggiore realizzazione dei valori costituzionali in materia di autonomia regionale⁶.

La nuova previsione, inoltre, secondo quanto evidenziato dalla dottrina, avrebbe introdotto una "speciale specialità di singole Regioni ordinarie"⁷, prevedendo, di fatto, una chiara distinzione tra diversità regionali (le regioni a statuto speciale e quelle ad autonomia "differenziata") accomunate dalla condivisione di un'autonomia "particolare" che legittima qualità e quantità dei poteri assegnati, diversi tra loro⁸.

Da ciò ne deriverebbe, quindi, che il meccanismo di differenziazione dovrebbe avere come "esclusivi" destinatari le regioni a statuto ordinario non essendo per questo motivo applicabile alle autonomie speciali disciplinate dai primi due commi della disposizione⁹.

Secondo una differente interpretazione il principio di differenziazione dovrebbe essere considerato di "ordinaria specialità" o di "geometrie variabili" capace di caratterizzare, quindi, in maniera "flessibile" il riparto di competenze tra Stato e Regioni che assumerebbe, per questo motivo, connotati intrinseci di differenziazione e mobilità, a tal punto da far ritenere che la specialità delle autonomie regionali debba essere considerato elemento caratterizzante dell'intero sistema¹⁰.

Sulla base di tale tesi e sulla clausola di immediata applicazione alle Regioni e Province speciali delle condizioni di maggior favore previste dall'articolo 10 della legge n°3/01, l'articolo 116 comma 3 dovrebbe essere ritenuto applicabile ad entrambe le categorie di regioni realizzando, in questo modo, "un diretto rapporto di integrazione od osmosi fra statuti speciali e nuovo sistema autonomistico, senza con ciò pregiudicare le condizioni di specialità e le garanzie costituzionali proprie di ciascuna Regione e Provincia autonoma"¹¹.

⁶ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 171; Cfr. M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2002, 135.

⁷ Cfr. G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 11.

⁸ Cfr. L. ANTONINI, *Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?*, in *AA.VV. Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 180. Secondo l'Autore "la nuova asimmetria risulterebbe fondata sulla differenziazione- evocativa di un principio di *adaequatio rei et iuris* potenzialmente aperto al diffondersi di una successiva e più diffusa situazione autonomistica, piuttosto che sulla specialità, evocativa, invece non solo di una dimensione prettamente politica, ma caratterizzata anche da una più decisa vocazione alla stabilità della situazione di asimmetria".

⁹ Cfr. A. RUGGIERI, *Forma e sostanza dell'adeguamento degli Statuti speciali alla riforma costituzionale del Titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo)*, in *Le Regioni*, 2, 2003, 103.; S. PANUNZIO, *Audizione del Presidente dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 130.

¹⁰ Cfr. G. PASTORI, *La nuova specialità*, in *Regioni*, 2001, 493.

¹¹ Cfr. G. PASTORI, *La nuova specialità*, in *Regioni*, 2001, 493. Cfr. inoltre P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino, 2003. L'Autore, propendendo per l'estensione della clausola anche alle autonomie speciali, ha evidenziato come "l'ipotesi opposta porterebbe ad un esito

Da un'attenta analisi letterale della disposizione, che fa riferimento ad "altre Regioni", deve evidenziarsi come risulti essere chiaro ed espresso il riferimento ad una volontà di predisporre uno strumento chiaramente destinato alla specializzazione delle autonomie ordinarie¹².

2. I limiti costituzionali al regionalismo differenziato.

L'articolo 116 comma 3 Cost prevede, come primo limite espresso alla concreta attuazione del principio di differenziazione il "rispetto dei principi di cui all'articolo 119".

Sul punto, parte della dottrina ha ricordato come il procedimento legislativo in materia di regionalismo differenziato debba rispettare, come limite "ontologico", la Costituzione, i diritti fondamentali riferiti alle competenze che non possono essere devolute, ed, infine, i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"¹³.

Nello specifico, infatti, l' "autorizzata decostituzionalizzazione dell'articolo 117" non legittima la trasformazione di una legge ad autonomia negoziata in una fonte di rango costituzionale, in quanto, a differenza degli statuti speciali, la stessa gode di una capacità normativa rinforzata inidonea a disporre deroghe a previsioni costituzionali, diverse da quelle previste dallo stesso articolo 116 comma 3 Cost.¹⁴.

In riferimento alla tutela dei livelli essenziali dei diritti si è evidenziato come, dopo la riforma del Titolo V, sulla base di una coincidenza semantica tra diritti e tutela degli stessi, il godimento dei diritti fondamentali non possa subire in alcun modo discriminazioni attraverso politiche territoriali, siano esse regionali o locali¹⁵.

paradossale: le Regioni ordinarie potrebbero accrescere le loro funzioni normative con un procedimento più agevole e soprattutto che valorizza molto di più la volontà regionale rispetto alla procedura di revisione degli Statuti speciali".

¹² Cfr. A. RUGGERI, Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali in www.giurcost.org, 3, 2002.

¹³ A. RUGGERI, Neoregionalismo diritti fondamentali cit. Cfr. inoltre sul punto M. CECCHETTI, Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune, cit.; F. MORO, Federalismo differenziato e devolution, in Riv. Giur. Mezzogiorno, 2002, 741, secondo cui, in presenza di materie aventi ad oggetto diritti fondamentali, deve ritenersi necessaria una funzione in posizione sovraordinata. Cfr. infine E. DE MARCO, Qualche interrogativo ad un "regionalismo a più velocità", in Quad. cost., 2003, 353.

¹⁴ Cfr. A. MORRONE, Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3 della Costituzione, in Fed. Fisc., 2007, 1, 148.

¹⁵ Cfr. sul punto M. LUCIANI, I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 comma 2, lett. m della Costituzione, in Pol. Dir., 2002, 345; E. BALBONI, Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali, in Le istituzioni del federalismo, 2001, 1103; C. PINELLI, Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117 co 2, lett. m Cost) , in Dir. Pubbl., 2002, 881; A. D' ALOIA, Diritti e stato autonomistico. I modelli dei livelli essenziali delle prestazioni, in Le Regioni, 2003, 1063.

Di contrario avviso parte della dottrina, riprendendo quanto evidenziato anche dalla Corte Costituzionale¹⁶, ha sottolineato come i livelli essenziali non possano in alcun modo essere "confusi" con i diritti fondamentali in quanto idonei ad indicare il nucleo di prestazioni, relative a diritti, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale grazie ad una normativa statale¹⁷.

Per questo motivo, quindi, gli standard essenziali delle prestazioni non possono essere considerati una "clausola di riserva" in favore del legislatore nazionale, che può agire senza limiti precostituiti, quanto, piuttosto, devono individuare gli obiettivi dell'azione pubblica in materia di diritti fondamentali, fissati dallo Stato, che le autonomie regionali sono chiamate a realizzare con propri mezzi e risorse finanziarie¹⁸.

Sulla base di tali considerazioni deve evidenziarsi come tali materie, considerate espressione di interessi, valori o contenuti di carattere trasversale, tra i quali rientrano senza dubbio gli elementi caratterizzanti le prestazioni riconducibili a diritti civili e sociali, impongono una seria limitazione all'esercizio del potere legislativo vista la naturale eccedenza del loro contenuto prescrittivo rispetto ai confini predefiniti.

Al riguardo ci si è interrogati sulla possibilità, da parte delle c.d. materie trasversali statali, di limitare le leggi ad autonomia negoziata, ricordando come il carattere rinforzato di queste ultime esclude che normative statali, volte ad attuare materie di competenze esclusive trasversali, possano essere considerate uno strumento di limitazione.

In caso contrario, infatti, potrebbe riconoscersi a fonti non adottate secondo il procedimento previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost, la capacità di deroga nei confronti di leggi di autonomia negoziata¹⁹.

Dall'analisi della disposizione costituzionale può senza dubbio evidenziarsi come il legislatore costituzionale del 2001, fortemente condizionato dalla prudenza e dalla preoccupazione di una "lesione" del principio di unità della Repubblica, abbia

¹⁶ Cfr. Corte Costituzionale 26 giugno 2002, n° 282, in *Regioni*, 2002, 1444; Corte Costituzionale, 27 marzo 2003, n°88, in *Regioni*, 2003, 1177. Nello specifico, i giudici hanno evidenziato come "la lettera m dell'articolo 117 cost ha individuato una competenza del legislatore idonea ad investire tutte le materie rispetto alle quali lo Stato deve porre le norme per assicurare a tutti il godimento di prestazioni garantite come contenuto essenziale di tali diritti".

¹⁷ Per un'analisi esaustiva Cfr. A. LUCARELLI, *Percorsi sul regionalismo italiano*, Milano, 2004.

¹⁸ Cfr. sul punto S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002.

¹⁹ Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3 della Costituzione*, in *Fed. Fisc.*, 181. L'Autore sul punto ha altresì evidenziato come, nei casi di rapporti tra legge statale che disciplina una materia trasversale e legge regionale adottata sulla base ed in attuazione di quanto previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost, la trasversalità della funzione legislativa potrebbe limitare l'esercizio della potestà legislativa della Regione, salvo che la medesima legge di autonomia negoziata non preveda una diversa soluzione.

legittimato il procedimento di differenziazione solo per le materie affidate alla potestà legislativa concorrente e a sole tre materie rientranti nella competenza esclusiva da parte dello Stato²⁰.

Tali limitazioni non inciderebbero, in maniera determinante, sulla qualità della differenziazione in considerazione della capacità di orientare le modalità di attuazione del principio attraverso uno strumento idoneo a privilegiare l'attivazione di un meccanismo capace di individuare i confini della "materia", con i quali disciplinare le forme e le condizioni di maggiore autonomia²¹.

La definizione di una limitazione implicita ai contenuti della legge di differenziazione può inoltre essere considerato "ontologico" in quanto strettamente collegato alla funzione affidata, trattandosi di un vincolo previsto da norme costituzionali estranee alla definizione di rapporti tra poteri centrali e autonomia regionale in quanto non regolanti il riparto di competenze tra Stato e Regioni²².

Da ciò ne deriverebbe, quindi, una (possibile) incidenza sulla sfera dei poteri degli enti locali avente natura "integrativa" o "specificativa" rispetto al modello nazionale,

²⁰ Il riferimento è alla: "organizzazione dei giudici di pace; (alle) norme generali sull'istruzione; (alla) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali". In merito al riferimento alla "giustizia di pace" si è evidenziato come, non potendo assegnare alle regioni competenze in materia di ordine e sicurezza pubblica o di ordinamento civile e penale, si sono attribuite alle stesse competenze con riferimento ai profili organizzativi e non anche funzionali degli uffici del giudice di pace. Per quanto riguarda invece le "norme generali sull'istruzione", attenta dottrina ha sottolineato "evidente discrasia" tra l'articolo 116 comma 3 Cost. e l'articolo 33 comma 2 della Cost. Tale previsione riduce l'ambito oggettivo essendo in contrasto con la definizione di norme stabilite attraverso una disciplina comune per quel che riguardano gli aspetti fondamentali, su tutto il territorio nazionale. Da ciò, quindi, può sottolinearsi come verrebbe, di fatto, impedito un completo trasferimento delle competenza anche attraverso la legge ad autonomia negoziata. Infine, per quanto riguarda la "tutela dell'ambiente", si è ritenuta difficilmente superabile la dimensione costituzionale dei beni sottesi alla "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" che legittimerebbe, per questo motivo, una differenziazione in tale ambito. Cfr. sul punto A. MORRONE, Appunti sulle "norme generali" (dopo il progetto di "riforma della riforma", in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 145; A. MORRONE, Una spada di Damocle sulla potestà legislativa esclusiva delle regioni, in *Giur. Cost.*, 6, 2002, 4430; S. MANGIAMELI, Le regioni e l'organizzazione della giustizia di pace, in www.forumcostituzionale.it, 25 maggio 2004.

²¹ Cfr. sul punto A. RUGGIERI, Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali, cit., 20; M. CECCHETTI, Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle Regioni di diritto comune. cit., 14; A. ANZON, I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto, Torino, 2002, 208; G D'IGNAZIO, Asimmetrie e differenziazioni regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in S.GAMBINO (a cura di) *Il nuovo ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, 2003, 269 ss..

²² Cfr. F. PIZZETTI, Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso, in *Le regioni*, 2001, 24. Sul punto l'Autore sembrerebbe sostenere la derogabilità alla disciplina costituzionale solo in riferimento alla ripartizione delle competenze fra legislatore statale e legislatore regionale.

giustificata dalle particolari esigenze di configurazione dell'ordine delle competenze alle peculiarità della singola Regione²³.

L'articolo 116 comma 3 Cost. limita le maggiori forme e condizioni di autonomia al rispetto dei principi fissati dall'articolo 119 Cost, considerato perno fondamentale della c.d. Costituzione finanziaria intesa quale insieme delle relazioni fiscali e finanziarie degli enti che costituiscono la Repubblica²⁴.

Sul punto si è evidenziato come il richiamo espresso a tale disposizione debba essere interpretato come mero limite alla valutazione della sostenibilità finanziaria della Regione, da intendersi non solo come "copertura" finanziaria delle nuove funzioni ma anche quale rispetto degli equilibri del sistema finanziario regionale e del sistema finanziario complessivo, ritenuti elementi imprescindibili per iniziare l'iter idoneo ad attribuire maggiori forme e condizioni di autonomia regionale²⁵.

Di contrario avviso è chi sottolinea come l'articolo 116 comma 3 Cost. imporrebbe allo Stato non solo di "concedere ma anche di finanziarie la differenziazione", ricordando come, poiché il testo della disposizione richiami i soli "principi"

²³ Cfr. sul punto M. CECCHETTI, La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti, in P. CARETTI (a cura di), Osservatorio sulle fonti, Torino, 2002, 135.

²⁴ Si tratta, come noto, di una disposizione che attribuisce alle Regioni ed agli enti locali autonomia costituzionalmente garantita in riferimento alle politiche di bilancio, prevedendo oltremodo interventi speciali, e risorse, straordinarie e selettive, aggiuntive da parte dello Stato al fine di assicurare, in chiave redistributiva, esigenze di carattere nazionale. Allo stesso modo l'articolo 119 Cost., imponendo la congruità tra risorse finanziarie e competenza attribuite ha, secondo parte della dottrina, positivizzato il principio di responsabilità che impone la coincidenza, in capo allo stesso ente, di competenze, legislative e amministrative, e delle conseguenti decisioni fiscali e finanziarie, correlando, di fatto, l'autonomia regionale alla responsabilità dei titolari degli enti di governo. Da ciò deriva, un netto allontanamento delle fonti di finanziamento delle politiche territoriali dalla c.d. finanza derivata ed il conseguente avvicinamento verso modelli di finanza autonoma. Per un'analisi più approfondita si rinvia a A. MORRONE, Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali, Bologna, 2004.

²⁵ Cfr. F. PALERMO, Il regionalismo differenziato in T. GROPPPI – M. OLIVETTI (a cura di), La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V, Torino, 2003, 52; G. D'IGNAZIO, Asimmetrie e differenziazioni regionali, in S. GAMBINO (a cura di), Milano, 2003,4; B. CARAVITA DI TORITTO, La Costituzione dopo la riforma del Titolo V, Torino, 2002, 144, il quale, seppur in forma dubitativa, evidenzia come, a prescindere dall'attuazione dell'articolo 119 Cost., la legge di autonomia negoziata debba prevedere una chiara forma di raccordo tra nuove competenze e risorse finanziarie. Cfr. inoltre C. BURATTI, Federalismo differenziato. Il punto di vista di un economista, in Fed. Fisc., 2007, 6 secondo cui "l'essenza dell'art. 116 comma 3 Cost. non è l'attribuzione di maggiori risorse alle regioni che facciano richiesta di più ampie forme di autonomia, quanto la possibilità di organizzare in modo diverso e più efficiente certe funzioni pubbliche utilizzando sostanzialmente le medesime risorse impiegate in precedenza dallo Stato, salva la possibilità di prelevare ulteriori risorse dai cittadini della Regione".

dell'articolo 119 Cost.²⁶, potrebbe legittimarsi, di fatto una differenziazione regionale anche sul piano dell'autonomia finanziaria²⁷.

A prescindere dal valore da attribuire alla "condizione" prevista dalla norma costituzionale, deve altresì ricordarsi l'orientamento fortemente restrittivo della Corte Costituzionale, che ha imposto dei "paletti" al federalismo fiscale ed alle politiche di entrata²⁸.

Come è noto, pur riconoscendo potestà impositiva alle autonomie territoriali, i giudici di legittimità costituzionale hanno limitato in maniera risoluta la concreta attuazione della stessa in assenza di principi di coordinamento del sistema fiscale nazionale, prevedendo, di fatto, l'intangibilità del sistema tributario nazionale come ordinamento statale²⁹.

²⁶ In merito alla concreta individuazione dei principi, si è sottolineato come la loro definizione risulti "operazione tutt'altro che agevole", essendo per loro natura strutturalmente autonomi e parordinati, con la conseguente impossibilità di poter utilizzarli quali parametro di costituzionalità sufficientemente definito. Da ciò deriva, quindi, come l'intesa tra Stato e Regione debba definire in maniera certa un determinato "assetto organico" dei principi previsti dall'articolo 119 Cost., prevedendo un "sistema" di reciproche relazioni su cui basare l'accordo, che deve altresì basato sulla "mobilità del confine imposto alla differenziazione dall'art. 119" e dalla conseguente definizione di clausole di salvaguardia e meccanismi di compensazione idonei a garantire il modello scelto. Cfr. M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., 132.. Cfr. inoltre A. D'ATENA, *Prime impressioni sul progetto di riforma del Titolo V*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, 2001, 238; A. D'ATENA, *L'Italia verso il federalismo*. Taccuini di viaggio, Milano, 2001, 226; P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 1483. Secondo l'Autore "il finanziamento dell'autonomia differenziata è trattato in modo non adeguato, in quanto l'art. 119 non offre alcuna indicazione al legislatore ordinario sui criteri che dovrà utilizzare quando singole Regioni otterranno più ampie competenze legislative".

²⁷ Cfr. M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., 149. Sul punto l'Autore ha inoltre evidenziato come "proprio uno dei "principi" dell'art. 119 cost. stabilisca che le risorse garantite alle Regioni dai primi tre commi debbono consentire loro di finanziare integralmente le funzioni attribuite, senza alcuna distinzione in ordine al titolo di tale attribuzione; di talché, se ed in quanto la legge di attuazione dell'art. 116 comma 3 preveda il riconoscimento alle Regione di ulteriori funzioni che importino costi aggiuntivi, sarebbe lo stesso principio dell'art. 119 comma 4, ad imporre anche la previsione delle corrispondenti fonti di finanziamento in deroga al regime finanziario ordinario". Sul punto si veda anche B. CARAVITA DI TORITTO, *Audizione del Presidente dell'A.I.C. al Senato sulla revisione del Titolo V, Parte II della Costituzione*. Risposta dei soci dell'A.I.C. ai quesiti, in *Costituzione, Regioni e Autonomie locali*, in *Costituzione, Regioni e Autonomie locali*, 33.

²⁸ Per un maggior approfondimento Cfr. A. MORRONE, *Corte Costituzionale e "Costituzione finanziaria"*, in A. PACE (a cura di), *Corte Costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 624.

²⁹ Cfr. tra le tante Corte costituzionale 26 settembre 2003, n° 296, in *Giust civ*, 2004, I, 26; Corte costituzionale 26 settembre 2003, n° 297, in *Giur. It.*, 2004, 1339; Corte costituzionale 26 gennaio 2004, n° 37, in *Foro it.*, 2005, I, 1666; Corte costituzionale 13 gennaio 2006, n° 2, in *Giur.it.*, 2007, 2,

Dopo un breve periodo in cui , "avvalorando" l'ipotesi autonomista, la Corte aveva attribuito alla legge statale il compito di " stabilire solo un limite complessivo, che lascia agli stessi enti ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa"³⁰, deve registrarsi come di recente sia stato affermato come la finanza delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali è " parte della finanza allargata e che, pertanto, il legislatore statale può, con una disciplina di principio, legittimamente imporre alle Regioni e agli enti locali, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia dispesa degli enti territoriali"³¹. Il rispetto dell'articolo 119 Cost. impone, quindi che forme e condizioni particolari di autonomia richieste in ambito finanziario debbano essere considerate in armonia con " i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" e che, inoltre, la finanza regionale abbia un " bilancio in equilibrio" attraverso la predisposizione di coperture adeguate³².

3. Il ruolo degli enti locali nel processo di differenziazione in atto.

L'articolo 116 comma 3 Cost., nel definire il procedimento necessario all'approvazione della legge ad autonomia negoziata, specifica che lo stesso debba realizzarsi sulla base dell'iniziativa della regione interessata, rispettando la partecipazione degli enti locali³³ ed attraverso la stipulazione dell'intesa Stato e Regione il cui contenuto dovrà essere "ratificato" dal Parlamento tramite una legge approvata a maggioranza assoluta.

³⁰ Cfr. Corte costituzionale 14 novembre 2005 ° 417, in Giur.cost., 2005, 6.

³¹ Cfr. Corte Costituzionale, 24 marzo 2016 n° 64, in Foro it., 2017, I, 110. Per una più attenta e dettagliata analisi sul punto Cfr. F. GALLO, Attualità e prospettive del coordinamento della finanza pubblica alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, in Rivistaaic., 2, 2017.

³² Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come tale ipotesi possa ritenersi legittima nei casi in cui "la Regione abbia un debito pubblico più che sostenibile; una capacità fiscale adeguata; un sistema tributario che non abbia esercitato tutta la pressione fiscale; una finanza locale equilibrata; e, ovviamente, l'assenza di piani di rientro o di forme di commissariamento statale. Inoltre, a fronte di queste condizioni, si apre l'altra questione della fiscalizzazione, o meno delle ulteriori risorse che lo Stato deve trasferire, a fronte delle competenze asimmetriche". Cfr. S. MANGIAMELI, L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017, in www.issirfa.cnr.it.

³³ Per quanto riguarda gli enti locali legittimati ad intervenire il riferimento è, esclusivamente, a quelli individuati dall'articolo 114 Cost. e richiamati in altre disposizioni costituzionali. Sul punto Cfr. Corte Costituzionale 6 luglio 2001 n° 229, in Giurcost.. 2001, 4.; Corte Costituzionale 24 giugno 2005 n° 244, in Giur.cost., 2005, 3, 2108; Corte Costituzionale 1 dicembre 2006 n° 397, in Foro it., 2007, 5, I, 1346.

Nonostante la diversa interpretazione del riferimento all' "iniziativa della regione interessata"³⁴ deve sottolinearsi come la disposizione costituzionale non chiarisca le modalità ed i (possibili) effetti derivanti dalla stessa.

In merito agli "effetti" della consultazione degli enti locali, nonostante la disposizione costituzionale attribuisca al tempo stesso, natura obbligatoria e meramente consultiva alla stessa, non essendo vincolante, è stata evidenziata la "poca opportunità" in termini politici, di avviare trattative per una maggiore autonomia nelle ipotesi in cui vi fosse una volontà contraria da parte degli enti locali (e dei cittadini) stessi³⁵.

Interrogatasi sulle "forme" della consultazione, la dottrina sembrerebbe aver legittimato l'acquisizione del parere attraverso una deliberazione del Consiglio delle autonomie locali o tramite il ricorso ad un referendum regionale consultivo, ritenuto ammissibile nelle ipotesi di questioni di interesse regionale, nonostante si sia ricordato come la norma costituzionale parrebbe far riferimento agli enti locali intesi quali organi esponenti delle collettività locali e per non indicare maniera diretta i cittadini³⁶.

Al tempo stesso si ritiene che, sulla base dell'impostazione secondo la quale le Regioni sono considerate comunità territoriali unitarie, il parere delle autonomie

³⁴ Cfr. sul punto Cfr. N. ZANON, Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V, cit; 57; M. CECCHETTI, Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune, cit. Secondo gli Autori il termine "iniziativa" regionale deve essere equiparato a quello di "proposta di legge". Di contrario avviso S. AGOSTA, L'infanzia "difficile" (...ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116 comma 3, tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze, cit. 7; Cfr. A. MORRONE, Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3 della Costituzione, cit., 136. Secondo l'Autore la disposizione costituzionale risulta espressione della volontà di basare l'attuazione della maggiore autonomia alla mera volontà della Regione interessata ad agire in tal senso.

³⁵ Cfr. A. NAPOLITANO Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata, in *federalismi.it*, 21, 2018

³⁶ Cfr. F. SALMONI, Forme e condizioni particolari di autonomia per le regioni ordinarie e nuove forme di specialità, in A. FERRARA, G.M. SALERNO (a cura di), Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale, Milano, 2003, 327. Di contrario avviso è parte della dottrina che sembrerebbe pacificamente escludere la necessità di ricorrere a una consultazione referendaria, ritenuto strumento legittimo, ad esempio, per la modifica delle circoscrizioni comunali, l'istituzione di nuovi comuni o la modifica della loro denominazione. Partendo da questa considerazione si è riscontrata la differenza testuale tra l'articolo 116 comma 3 Cost. e l'articolo 133 comma 2 Cost., per cui il primo fa riferimento "agli enti locali", mentre il secondo alle "popolazioni interessate". Da ciò ne deriva, quindi, che il coinvolgimento di rappresentanti degli enti locali e del Consiglio delle autonomie locali debba avvenire attraverso le procedure già disciplinate dalle disposizioni statutarie e dai regolamenti consiliari. Cfr. G. PICCIRILLI, Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116 terzo comma Cost., cit., 23.

locali debba manifestarsi in una fase precedente alla stipulazione dell'intesa tra Presidenza della Giunta regionale e Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Nella fase precedente alla stipulazione delle intese, il cui contenuto verrà ratificato da una legge dello Stato nel rispetto delle modalità e dei vincoli prescritti dalla Costituzione, si collocano gli Accordi preliminari, risultato di un "primo confronto, ispirato al principio di leale collaborazione"³⁷.

Per la parte che qui interessa, si evidenzia come le tre Regioni che hanno dato avvio a questa nuova importante stagione del regionalismo differenziato che porterà (forse) ad una definitiva e concreta attuazione dell'articolo 116 comma 3 Cost., hanno, come è noto, scelto percorsi differenti per arrivare alla sottoscrizione dell'accordo con il Governo, propedeutico alla stipulazione dell'intesa tra Stato e Regione.

Infatti, a differenza della Lombardia e del Veneto, l'Emilia Romagna non è ricorso all'istituto referendario, avendo avviato il lungo iter, conclusosi (per ora) nella stipulazione dell'accordo preliminare tra Governo e Regioni, con l'approvazione di un Documento di indirizzo da parte della Giunta regionale, arricchito dai contributi dei firmatari del c.d. Patto per il lavoro stipulato tra sindacato, imprese, enti locali, università ed associazioni³⁸.

La giunta regionale, nel rispetto del principio costituzionale di indivisibilità, ha ritenuto "perno essenziale del mandato politico della legislatura" iniziare l'iter per il potenziamento dell'autonomia regionale focalizzando l'attenzione su aree di intervento strategico³⁹.

A seguito dell'esame svolto dalle commissioni assembleari, il testo è stato illustrato, dal Presidente della Giunta, al Consiglio regionale che ha approvato una risoluzione con la quale si impegnava lo stesso Presidente ad avviare un confronto con il Governo in merito alle aree strategiche scelte ed all'organizzazione della giustizia di pace prevista dall'articolo 117 comma 2 lettera I Cost.⁴⁰.

³⁷ Cfr. Accordo preliminare in merito all'Intesa prevista dall'articolo 116, terzo comma, della Costituzione tra il Governo della Repubblica Italiana e la Regione Emilia-Romagna, sottoscritto a Roma il 28 febbraio 2018 dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con delega agli Affari regionali e le Autonomie Gianclaudio Bressa e il Presidente della Regione Emilia-Romagna Stefano Bonaccini. Per una analisi più approfondita del principio di leale collaborazione si veda, tra i tanti, C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007, 89.

³⁸ Documento di indirizzo della Giunta Regionale per l'avvio del percorso finalizzato all'acquisizione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'articolo 116 comma terzo della Costituzione, 28 agosto 2017.

³⁹ Il riferimento è alla tutela ed alla sicurezza del lavoro; all'istruzione tecnica e professionale; all'internazionalizzazione delle imprese, alla ricerca scientifica e tecnologica; al sostegno dell'innovazione; al territorio ed alla rigenerazione urbana; all'ambiente ed alle infrastrutture ed, infine, alla tutela dell'ambiente.

⁴⁰ Risoluzione Consiglio regionale dell'Emilia Romagna, 3 ottobre 2017 n° 5321.

Sulla base di tale mandato il Presidente della Giunta ha sottoscritto, insieme al Presidente del Consiglio dei Ministri, la Dichiarazione di intenti per l'avvio dei negoziati, formalizzando, di fatto, la reciproca volontà di avviare il negoziato che ha portato all'insediamento, presso il Dipartimento per gli affari regionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Tavolo a composizione tecnico politica, al fine di definire il negoziato tra singoli ministeri e delegazioni regionali.

Per quanto riguarda, invece, la Regione Lombardia, che aveva già in precedenza iniziato il percorso per l'assegnazione di maggiori forme e condizioni di autonomia⁴¹, si evidenzia come la stessa abbia dato inizio all'iter istituzionale attraverso una delibera del Consiglio regionale con la quale si è legittimata l'indizione, avvenuta con decreto del Presidente della Giunta⁴², del referendum consultivo tenutosi il 22 ottobre 2017⁴³.

L'obiettivo di ottenere una più ampia autonomia, ritenuta la migliore tra le soluzioni, essendo ampiamente condivisa anche dalla società civile e dalle forze politiche, è stato inteso quale strumento idoneo a contrastare la crisi economica (facendo leva sulla virtuosità della regione) e a ristabilire corretti meccanismi di responsabilizzazione, trasparenza e partecipazione dei cittadini e dei loro rappresentanti a beneficio dell'intera collettività.

Con lo stesso documento, si è attribuito allo stesso Presidente il compito di negoziare, all'indomani dell'esito positivo del referendum, contestualmente alle nuove competenze e alle risorse relative, anche l'autonomia fiscale così come riconosciuta alle Regioni a Statuto speciale⁴⁴.

A seguito dell'importante risultato elettorale (prima consultazione avvenuta con sistema elettronico) è stato quindi formalmente avviato il negoziato con il Governo con una risoluzione, votata dal consiglio regionale che fornisce indicazioni in

⁴¹ La prima iniziativa, orientata a verificare capacità e potenzialità di ampliamento degli ambiti di azione regionale e di applicazione di forme di federalismo fiscale, si era bruscamente interrotta alle criticità incontrate in ambito nazionale.

⁴² Decreto Presidente Regione Lombardia, 24 luglio 2017, n° 745, Indizione del referendum consultivo regionale per l'autonomia sul quesito "Volete voi che la Regione Lombardia, in considerazione della sua specialità, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari d'autonomia con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116 terzo comma della Costituzione e con riferimento a ogni materia legislativa per cui tale procedimento sia ammesso in base all'articolo richiamato?"

⁴³ Deliberazione Consiglio regionale della Lombardia 17 febbraio 2015 n° 638, "Indizione del referendum consultivo concernente l'iniziativa per l'attribuzione a Regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116 terzo comma della Costituzione.

⁴⁴ Deliberazione consiglio regionale della Lombardia, 13 giugno 2017 n° 1531, Mozione concernente il referendum per l'autonomia della Lombardia: competenze e risorse.

riferimento alle 23 competenze specificate dall'articolo 117 Cost., accorpate in sei aree tematiche⁴⁵.

Nello specifico il documento attribuisce un mandato al Presidente della Regione ad avviare, con il coinvolgimento del Consiglio regionale, il confronto con il Governo per la definizione dei contenuti dell'intesa di cui all'articolo 116, terzo comma della Costituzione, chiarendo il complessivo assetto delle potestà normative ed i rapporti tra legislazione, del potere regolamentare e delle relative funzioni amministrative riconducibili, soprattutto in riferimento alle risorse finanziarie correlate al fine di non vanificare l'obiettivo di mantenere nel tempo l'autonomia conseguita.

Infine, per quanto riguarda il Veneto si ricorda come l'iter finalizzato all'acquisizione di ulteriori forme e condizioni di autonomia ai sensi dell'articolo 116 comma 3 Cost., abbia avuto origine già nel 2012 con l'approvazione, da parte del Consiglio regionale del Veneto, di una risoluzione con cui si sono impegnati i Presidenti del Consiglio e della Giunta Regionale ad "avviare urgentemente con tutte le Istituzioni dell'Unione Europea e delle Nazioni Unite le relazioni istituzionali", al fine di indire una consultazione referendaria capace "di accertare la volontà del Popolo Veneto in ordine alla propria autodeterminazione sino anche alla dichiarazione di indipendenza"⁴⁶.

Nel dare seguito a tale richiesta il Consiglio regionale del Veneto ha approvato due leggi, la n. 15 e la n. 16 del 2014 con le quali si è previsto, rispettivamente, l'indizione di un referendum consultivo al fine di conoscere la volontà degli elettori della Regione circa il conseguimento di maggiori forme e condizioni particolari di autonomia ed una consultazione referendaria avente ad oggetto la possibilità per il Veneto di divenire una Repubblica indipendente e sovrana⁴⁷.

⁴⁵ Deliberazione consiglio regionale della Lombardia, 7 novembre 2017 n° 1645, Risoluzione concernente l'iniziativa per l'attribuzione alla Regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116 terzo comma della Costituzione. Il riferimento è: all'Area Istituzionale, che comprende rapporti internazionali e con l'Unione Europea, ordinamento della comunicazione e organizzazione della giustizia di pace; Area finanziaria, che contempla il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, previdenza complementare e integrativa, casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale; Area Ambiente, territorio ed infrastrutture, che racchiude tutela e valorizzazione dell'ambiente e dell'ecosistema, Protezione civile; governo del territorio; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; grandi reti di trasporto e navigazione: porti e aeroporti civili; Area economica e del lavoro, che include tutela e sicurezza del lavoro, ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi, commercio con l'estero, professioni; Area cultura, istruzione e ricerca scientifica, che annovera norme generali sull'istruzione, tutela e valorizzazione dei beni culturali, ordinamento sportivo, ed, fine l'Area sociale e sanitaria, che conta la tutela della salute e dell'alimentazione.

⁴⁶ Consiglio Regionale del Veneto, Risoluzione n° 44 del 28 novembre 2012, approvata con deliberazione n° 145/2012

⁴⁷ Legge Regionale 19 giugno 2014 n° 15, Legge Regionale 19 giugno 2014 n° 16 recanti disposizione "Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto"

Come è noto le stesse leggi sono state oggetto di declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale che, con la sentenza n° 118/15 ha ribadito, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge n° 16/14, una sua costante giurisprudenza, considerando le "prospettive di secessione in vista della istituzione di un nuovo soggetto sovrano" del tutto incompatibili con i principi supremi dell'unità ed indivisibilità della Repubblica secondo quanto previsto dall'articolo 5 Cost⁴⁸.

In riferimento all'altra legge regionale (15/14) i giudici hanno ritenuto parzialmente infondata la questione di costituzionalità dell'indizione di referendum consultivo sull'autonomia della Regione Veneto, almeno per la parte relativa all'applicazione nei confronti da parte della stessa Regione di quanto disciplinato dall'articolo dell'art. 116 comma 3 Cost.

Pur legittimando lo strumento si è, comunque, dichiarata l'illegittimità delle disposizioni che disciplinavano la parte dei quesiti relativi al coordinamento ed all'assetto della finanza regionale in rapporto con quella statale, ritenuta in radicale contrasto con i principi fondamentali di livello costituzionale, al pari della pretesa di interpellare l'elettorato sulla trasformazione del Veneto in Regione ad autonomia speciale⁴⁹.

Nello specifico, la legge regionale del Veneto 19 giugno 2014, n. 15 prevede all'art. 2, comma 1, che, una volta non andato a buon fine il negoziato che il Presidente della Giunta regionale fosse autorizzato ad avviare con il Governo per la definizione dei contenuti di un referendum consultivo per le finalità sopra indicate, impegnando lo stesso Presidente ad indire una consultazione per conoscere il punto di vista degli elettori veneti in merito a: ottenimento per la Regione del Veneto di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia; trattenuta nel territorio regionale di una percentuale non inferiore all'80% dei tributi attualmente pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale; trattenuta dell'80% dei tributi riscossi nel territorio regionale; il gettito derivante da fonti di finanziamento della Regione non deve essere soggetto a vincoli di destinazione; trasformazione della Regione del Veneto in ordinamento regionale ad autonomia differenziata". Viceversa, la legge regionale 19 giugno 2014, n. 16, in esecuzione della già ricordata Risoluzione del Consiglio regionale n. 44/2012, stabilisce all'art. 1, comma 1, che il Presidente della Giunta regionale del Veneto indica "un referendum consultivo per conoscere la volontà degli elettori del Veneto sul seguente quesito: "Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o No?" e si attivi, come disposto dall'art. 3, comma 1, insieme al Presidente del Consiglio regionale "per avviare urgentemente con tutte le istituzioni dell'Unione europea e delle Nazioni Unite le relazioni istituzionali che garantiscano l'indizione della consultazione referendaria innanzi richiamata ed il monitoraggio delle procedure di voto al fine di accertare l'effettiva volontà del popolo veneto e convalidare l'esito del risultato finale".

⁴⁸ Corte Costituzionale 25 giugno 2015 n° 118, in Foro it., 2015, 10, 3024.

⁴⁹ Sul punto, parte della dottrina ha evidenziato come la Corte, in questa occasione, sembrerebbe definitivamente aver superato quell'interpretazione che ravvisava, nell'indizione di referendum regionali consultivi in materia di autonomia regionale, "il rischio di influire negativamente sull'ordine costituzionale e politico dello Stato" Cfr. sul punto Corte Costituzionale 18 maggio 1989 n° 256, in Foro it., 1990, 1, 385; Corte Costituzionale 24 novembre 1992 n° 470, in Regioni, 1993, 1305. Già in altre decisioni la Corte Costituzionale si era discostata da tale impostazione circoscrivendo la portata dell'argomento formalistico della tipicità del procedimento legislativo, ribadendo, al tempo stesso, il divieto che "il corpo elettorale regionale potesse farsi portatore di

Secondo la Corte, infatti, "non vi è alcuna contrapposizione tra la consultazione popolare regionale e il procedimento di cui all'art. 116 commi terzo e quarto Cost., che pertanto potrà svolgersi inalterato, nel caso in cui fosse effettivamente attivato. Il referendum consultivo previsto dalla disposizione regionale impugnata si colloca in una fase anteriore ed esterna rispetto al procedimento prestabilito dall'art. 116 Cost. [...] rimanendo giuridicamente autonomo e distinto dal referendum pur potendo essere politicamente condizionato dal suo esito".

In seguito, con proprio decreto⁵⁰, il Presidente della Giunta regionale ha indetto, per la data del 22 ottobre 2017, il referendum consultivo in attuazione della parte della legge n° 15/14 "sopravvissuta" al sindacato di legittimità costituzionale.

Come è noto, in seguito all'esito positivo del referendum consultivo, che ha superato ampiamente il quorum previsto dall'articolo 27 comma 2 dello Statuto regionale⁵¹, la Giunta Regionale ha assunto le prime determinazioni necessarie ad organizzare il percorso per l'avvio e lo svolgimento del negoziato con lo Stato, istituendo, ad esempio, con propria delibera, la "Consulta del Veneto per l'autonomia", organismo permanente composto dalle rappresentanze regionali delle Autonomie locali, delle categorie economiche e produttive del territorio, delle forze sindacali e del Terzo Settore, del mondo dell'Università e della Ricerca, nonché da altri organismi

modificazioni costituzionali". Secondo i Giudici, infatti, il compito di revisione della Costituzione, secondo quanto previsto dall'articolo 138 Cost., deve essere assegnato "primariamente alla rappresentanza politico-parlamentare", mentre il coinvolgimento al corpo elettorale deve essere considerato meramente eventuale e riferito all'intero popolo. Cfr. Corte Costituzionale 14 novembre 2000 n° 496, in Foro it., 2001, I, 395. Cfr. S. BARTOLE, Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenza e divergenza fra Corte Costituzionale italiana e Tribunale Costituzionale spagnolo, anche con ripensamento della giurisprudenza della prima, in *Giurcost.*, 3, 2015, 939; L. A. MAZZAROLLI, Annotazioni e riflessioni sul referendum in materia di "autonomia" che si terrà in Veneto il 22 ottobre 2017, in www.federalismi.it, 13 settembre 2017.

⁵⁰ Decreto Presidente della Giunta regionale del Veneto, 24 aprile 2017, Indizione del referendum consultivo di cui alla legge regionale 19 giugno 2014 n° 15, "Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto".

⁵¹ In merito alla compatibilità del referendum previsto dalla Legge n° 15/14 Cfr. F. CONTE, I referendum del Veneto per l'autonomia (e l'indipendenza). Non c'è due senza tre. Anche se.., in *Quadernicostituzionali.it*, 3 luglio 2015. Criticando la conclusione raggiunta dalla Corte Costituzionale, l'Autore evidenzia come "a prescindere dalla legittimità dei singoli quesiti, il referendum previsto dalla Legge Veneto n. 15 del 2014 si discosta, negli effetti (in parte vincolanti), dal modello di referendum disciplinato dall'art. 27 dello Statuto della Regione (meramente consultivo). Orbene, se è vero, come pure afferma la Corte, che le leggi regionali "ordinarie" non possono derogare alle specifiche previsioni dello Statuto nelle materie di competenza statutaria (cfr. anche sentt. 81/15; 188/11; 188/07), tra le quali rientra il referendum (sent. 372/04) a maggior ragione dovrebbe essere illegittima l'istituzione, per via legislativa, di un referendum diverso, nelle caratteristiche fondamentali, da quelli statutariamente previsti. Tuttavia, nessuna questione è stata formulata in tal senso dalla difesa erariale e, conseguentemente, il vizio non è stato rilevato dalla Corte. Una piccola (e involontaria?) concessione alle istanze degli autonomisti".

espressione di interessi diffusi a livello regionale, in modo da garantirne la più ampia rappresentatività⁵².

Allo stesso modo, il Consiglio regionale ha inoltre, con propria delibera, approvato una proposta di legge statale da trasmettere al Parlamento nazionale, conferendo, inoltre, al Presidente della Giunta ampio mandato "per l'avvio e la conduzione del negoziato e la informativa al Consiglio regionale nell'interesse della Regione Veneto"⁵³.

Come è noto le Regioni interessate anche stipulato un accordo preliminare in sottoscritto in data 28 febbraio 2018, che ha avuto come oggetti ad oggetto i principi generali, la metodologia e le materie per l'attribuzione di maggiore autonomia nel rispetto dei principi costituzionali⁵⁴.

In seguito, il 25 febbraio 2019, sono state firmate le prime intese di cui sono circolati soltanto testi concordati sulle disposizioni generali, ed, in seguito, quelle stipulate il 15 maggio 2019 che si sono caratterizzate per la definizione, in due colonne, delle disposizioni accettate dai Ministeri competenti e di quelle proposte delle Regioni non accettate, ed, inoltre, per il numero di materie rivendicate dalle regioni coinvolte, aumentate per Veneto ed Emilia Romagna, e per la loro articolazione in sotto materie, competenze e funzioni, dall'analisi delle quali è possibile evidenziare come emergano differenze meno evidenti rispetto a quelle che potrebbero ipotizzarsi⁵⁵.

Come è noto, infine, è stata prevista la definizione di una bozza di legge quadro, la c.d. bozza Boccia, volta a definire i principi per l'attribuzione alle Regioni di forme e condizioni particolari di autonomia è inoltre previsto che lo Stato e la regione sottopongano a verifica l'intesa al termine del decimo anno dall'entrata in vigore

⁵² Delibera Giunta Regionale, 23 ottobre 2017 n° 1680. Con i Decreti del Presidente della Giunta Regionale 26 ottobre 2017 n° 175 e 15 novembre 2017 n° 186 è stata data attuazione all'istituzione della Consulta del Veneto per l'Autonomia, procedendo, al tempo stesso, alla costituzione della "Delegazione trattante" composta da dirigenti regionali di vertice e da esperti di chiara fama e comprovata esperienza in materia.

⁵³ Deliberazione Consiglio Regionale del Veneto, 15 novembre 2017 n° 155 che ha approvato la proposta di legge statale n°43, già varata dalla Giunta regionale del Veneto il 23 ottobre 2017 con la delibera n° 35 e recante "Proposta di legge statale da trasmettere al Parlamento nazionale, ai sensi dell'articolo 121 della Costituzione dal titolo "Iniziativa regionale contenente, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge regionale 19 giugno 2014 n° 15, percorsi e contenuti per il riconoscimento di ulteriori e specifiche forme di autonomia per la Regione del Veneto, in attuazione dell'articolo 116, terzo comma della Costituzione".

⁵⁴ Accordo preliminare in merito all'Intesa prevista dall'articolo 116, terzo comma, della Costituzione tra il Governo della Repubblica Italiana e la Regione Emilia-Romagna, sottoscritto a Roma il 28 febbraio 2018 dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con delega agli Affari regionali e le Autonomie Gianclaudio Bressa e il Presidente della Regione Emilia-Romagna Stefano Bonaccini.

⁵⁵ Per un'analisi più approfondita si rinvia a PALLANTE, Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna, in www.federalismi.it, 20, 2019

della legge di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia o nel più breve termine fissato dall'intesa stessa, stabilendo, altresì come gli stessi organi possano comunque assumere in qualsiasi momento l'iniziativa per la revisione dell'intesa sulla base di quanto previsto dalla stessa legge.

Tale aspetto potrebbe essere considerato un importante strumento volto a contrastare l'irreversibilità che caratterizzerebbe le leggi di autonomia differenziata⁵⁶.

4. Il necessario ripensamento della funzione degli enti locali nella attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia.

Alla luce delle suddette considerazioni possibile compiere delle, seppur brevi, conclusioni in merito alle effettive opportunità offerte dalla definitiva ed effettiva attuazione dell'articolo 116 comma 3 Cost ed, in modo particolare, sul necessario ripensamento del ruolo degli enti locali nell'attuale fase di differenziazione regionale. Partendo dalla considerazione che la c.d. clausola di asimmetria presente nella disposizione costituzionale non rappresenta "l'anticamera" di una possibile secessione, il regionalismo differenziato potrebbe introdurre, all'interno di un regionalismo tutt'altro che omogeneo, elementi di forte valorizzazione delle forti identità regionali, attraverso la realizzazione delle specifiche vocazioni ed, al tempo stesso condizioni di maggiore efficienza del sistema istituzionale nel suo complesso, aprendo, quindi, la strada ad un regionalismo più consapevole e responsabile.

Nello specifico, l'attribuzione di forme e condizioni di autonomia a Regioni in grado di esercitare al meglio funzioni e attività, in precedenza svolte dallo Stato, a parità di risorse, potrebbe infatti concretizzarsi in una maggiore efficienza finanziaria dell'intero sistema nazionale.

Una più ampia "regionalizzazione" delle competenze potrebbe inoltre favorire, in considerazione delle enormi differenze sociali, economiche e demografiche fra i vari territori, una più funzionale allocazione delle risorse attraverso l'erogazione di beni e servizi pubblici da ritenersi più conformi alle esigenze della collettività locale.

Si tratta di un'impostazione che richiede, necessariamente, un intervento concreto in ambito nazionale capace di raccordare le diverse realtà territoriali e che tenga conto dell'attuale stato dell'Italia, caratterizzato da un sistema di internazionalizzazione dell'economia e dal processo di integrazione europea.

L'aspetto senza dubbio più rilevante è, infatti, quello rinvenibile nella necessità, da parte dello Stato di trovare l'equilibrio territoriale avvalendosi della collaborazione

⁵⁶ Per una corretta analisi della questione riconducibile alla natura giuridica della legge autonomia negoziata Cfr. A. NAPOLITANO Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata, cit.

tra Stato e Regioni, migliorando ed intensificando interventi di perequazione territoriale stimolando, al tempo stesso, la (possibile) crescita delle Regioni.

La possibile prosecuzione, ed il conseguente allargamento in termini soggettivi e oggettivi di tale percorso, improntata sui principi di ragionevolezza, proporzionalità e garanzia di unitarietà del sistema, può inoltre offrire, un importante contributo al superamento di impostazioni centralistiche ed uniformanti in favore di un rilancio di un effettivo regionalismo ed autonomismo⁵⁷.

La necessità di adeguare le politiche alle esigenze territoriali, considerata un eccezionale strumento di crescita e di garanzia della coesione sociale, deve essere strettamente collegata all'esigenza di equilibrare le ragioni autonomistiche con quelle di unità e di uguaglianza dei cittadini, immaginabile solo attraverso un effettivo adeguamento dell'impianto statale al processo di differenziazione in atto⁵⁸. Da ciò ne deriva, quindi, come, nonostante una sostanziale condivisione tra le forze politiche, a livello nazionale e regionale, sull'utilità dello strumento, sarà fondamentale considerare l'operato del nuovo esecutivo che ha, da subito, assegnato al tema del regionalismo differenziato una straordinaria rilevanza all'interno del programma di governo, attribuendogli particolare attenzione anche in considerazione del radicamento di tali istanze su istituti di democrazia diretta.

La diretta applicabilità delle disposizioni costituzionali, resa possibile anche dall'assenza di una disciplina legislativa di attuazione, legittima, quindi, un adattamento dei procedimenti devolutivi sulla base non solo delle richieste delle singole Regioni ma, soprattutto, dei diversi quadri politici che si avvicendano nel corso del tempo.

L'attivazione del procedimento previsto dall'articolo 116 comma 3 Cost. rafforzerebbe, inoltre, quel progetto mai del tutto abbandonato di una seconda Camera rappresentativa delle istanze differenti dei territori capace di convertirle in una dimensione unitaria nel rispetto del principio di solidarietà disciplinato dall'articolo 2 della Costituzione

In conclusione, infine, risulta necessario sottolineare come, anche dalla lettura delle ultime bozze di intesa e della bozza di legge quadro non venga assegnata la giusta

⁵⁷ Cfr. sul punto C. TUBERTINI, La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116 comma 3 della Costituzione, cit, 20.

⁵⁸ Cfr. F. BASSANINI, Riforma della riforma, o ritorno al passato?, in L. VANDELLI, F. BASSANINI, (a cura di), Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni, Bologna, 2012, 519. Cfr. inoltre S. MANGIAMELI, Appunti a margine dell'art. 116 comma 3 della Costituzione, in *Le Regioni*, 2017, 662. Sul punto l'Autore ha evidenziato come un'autonomia consolidata possa rivelarsi efficace e produrre risultati solo in un contesto in cui si rafforzano anche i compiti riconosciuti al centro, soprattutto verso l'esterno, nei confronti dell'Europa e delle sedi di negoziazione internazionale, ma anche verso l'interno. Cfr. infine C. TUBERTINI, La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116 comma 3 della Costituzione, cit, 22.

rilevanza al ruolo degli enti locali ed alle città metropolitane del cui protagonismo istituzionale non è possibile prescindere.

Si ritiene quindi necessario un cambiamento complessivo all'approccio al tema delle autonomie che risulta essere molto più complesso rispetto al mero rapporto Stato-Regioni. Sussidiarietà e differenziazione

La mancata valorizzazione del ruolo degli enti locali pone inoltre, un problema procedurale e sostanziale in considerazione del fatto che, nella fase preliminare si potrebbe decidere di convocare direttamente gli enti locali per possibili audizioni e non fermarsi all'acquisizione di un parere, obbligatorio, ma non vincolante.

Dall'analisi dell'iter di differenziazione in atto è inoltre possibile evidenziare come non vi sia registrato nelle regioni interessate un vero e proprio dibattito a livello regionale, non essendoci traccia, nelle intese, di qualche idea proposta da parte di enti territoriali

Sulla base di tali considerazioni si ritiene quindi indispensabile e fondamentale una riconsiderazione e rivalutazione degli enti locali nel processo di differenziazione, considerati veri e propri centri e fautori di sviluppo che, nel corso di questi anni, sono partiti proprio dal basso, dalla città e dalle città metropolitane, veri e propri protagonisti del futuro che si inseriscono in riferimento al rapporto con il territorio e le comunità locali.

Pubblicità e trasparenza nell'azione amministrativa: indagine esegetica tra elementi di analogia, profili di differenziazione e questioni applicative

di Maria ALTAVILLA*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** I principi di pubblicità e trasparenza **2.1.** Aspetti comuni **2.2.** Profili differenziali **3.** L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa: profili teorici e questioni applicative **4.** Recenti sviluppi ermeneutici: trasparenza e accesso in materia di contratti pubblici **5.** Garanzie di trasparenza nel Sistema Sanitario Nazionale come modello di partecipazione democratica alle scelte di politica sanitaria: spunti di riflessione e considerazioni conclusive.

ABSTRACT:

The principles of publicity and transparency allow the visibility of the administrative action and the democratic participation of the citizen in the administrative activity. The right of access is a transparency tool because it allows the interested party to acquire information on administrative documents and procedures. Transparency is identified in particular as a parameter for assessing the performance and results achieved by public administrations and for pursuing the efficiency of administrative action and the related needs for legality and impartiality in the exercise of public powers. In the evolutionary steps of the recent years, the principle of transparency takes on the new meaning of total accessibility which is guaranteed by the provision of new laws that introduce different types of access with the aim of limiting the phenomenon of corruption, in general, in public activity and in particular in some phases of competition procedures or the adjudication of public contracts and in the National Health System where the need for transparency is most felt.

1. Introduzione.

* Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo "La programmazione negoziale per lo sviluppo e la tutela del territorio", presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Nel periodo antecedente all'entrata in vigore della Legge 7 agosto 1990, n. 241, il sistema giuridico amministrativo si fondava sulla segretezza e la riservatezza dell'operato della Pubblica Amministrazione rispetto ai destinatari dell'agire amministrativo. Ed invero, nonostante già nel Rapporto Giannini¹ si invocasse la necessità di avvicinare amministratori e amministrati mediante il dispiegarsi di forme di partecipazione, la segretezza veniva considerata la regola evocata, a livello normativo, benché in via limitata e settoriale, dal T.U. sugli impiegati civili dello Stato² che delineava, quale regola di condotta per l'impiegato pubblico, il mantenimento del segreto di ufficio. Pertanto, l'ostensione dei documenti concernenti l'agere pubblico veniva ammessa, in via eccezionale, nei soli casi non espressamente vietati dall'ordinamento giuridico. Le argomentazioni, sulle quali si fondava la negazione dei principi di pubblicità e trasparenza e la prevalenza del principio di segretezza, andavano ricercate in risalenti ideologie, plasmate sugli schemi francesi, che ritenevano addirittura doverosa la mancata ostensione dell'operato pubblico, da parte degli amministratori collocati in posizione egemone rispetto ai destinatari in soggezione, congeniale ad una concezione secondo la quale "l'autorità si afferma nella misura della distanza a cui è tenuto l'interessato"³. Ciò avrebbe consentito altresì una migliore tutela dell'interesse pubblico nell'ottica di una maggiore efficienza della P.A., posta al riparo da eventuali ingerenze dei cittadini rispetto al potere pubblico, in linea con una visione del segreto amministrativo che da garanzia della funzione assurge a criterio primario dell'organizzazione⁴. Tuttavia, la mancata affermazione dei principi di pubblicità e trasparenza si traduceva inevitabilmente nella violazione dei principi di cui agli articoli 24 e 97 della Costituzione. In particolare, sarebbe stato palesemente vulnerato l'art. 24 della Costituzione per l'impossibilità di conoscere in anticipo la portata lesiva di un provvedimento di cui si è destinatari, a detrimento del diritto di difesa. Altresì pregiudicato sarebbe risultato il principio di buon andamento della P.A., ai sensi dell'art. 97 della

¹ "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato" trasmesso alle Camere, in data 16 novembre 1979, dal Ministro per la funzione pubblica Massimo Severo Giannini.

² D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 che all'art. 15 recitava "L'Impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio. Non può trasmettere a chi non ne abbia diritto informazioni riguardanti provvedimenti od operazioni amministrative, in corso o concluse, ovvero notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni, al di fuori delle ipotesi e delle modalità previste dalle norme sul diritto di accesso. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento".

³ M.J.C. BOULARD, *Rapporto nazionale sulla Francia*, in *Le secret Administratif dans les Pays développés*, Parigi, 1977, p. 170.

⁴ R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, pp.538-593.

Costituzione, poiché la mancata garanzia di trasparenza avrebbe ostacolato l'esercizio efficiente dell'azione amministrativa⁵. Tuttavia, già a partire dalla metà degli anni '80 con la bozza di legge della Commissione Nigro⁶, inizia a manifestarsi una ideologia volta a creare forme di maggiore interazione tra Amministrazione e amministrati e vengono poste le basi per l'affermazione del principio di democraticità dell'azione amministrativa. Ci si orienta verso il superamento del dogma incentrato sull'imposizione di scelte tecniche poste dall'Amministrazione ai cittadini e si assiste progressivamente all'avvicinarsi dello Stato-comunità allo Stato-apparato. L'Amministrazione viene interessata, pertanto, da un processo evolutivo che da un modello tradizionale si evolve verso una nuova immagine incentrata sulla dialettica tra sfera di autorità e sfera di libertà, assestata su una visione paritaria dei rapporti tra Amministrazione e cittadino⁷.

Alla democraticità si collega altresì il concetto di partecipazione che avvicina i cittadini all'Amministrazione e opera come forma di legittimazione del potere amministrativo, che non risulta più calato dall'alto, bensì le decisioni iniziano a scaturire dalla concorde manifestazione di volontà tra cittadino e Pubblica Amministrazione. Codeste ideologie aprono la strada ad una nuova concezione dei rapporti tra l'Amministrazione detentrici del potere e i soggetti destinatari dello stesso, ispirando il legislatore statale al concepimento di una disciplina sistematica dell'azione amministrativa che confluirà nell'emanazione della legge sul procedimento amministrativo. Tale rinnovata concezione esplica tutta la sua pregnanza nella disciplina che verrà prevista relativamente all'istituto dell'accesso⁸, quale forma di partecipazione del cittadino all'attività

⁵ A. L. MAGLIULO, *Trasparenza e pubblicità nell'azione della pubblica amministrazione*, in www.neldiritto.it.

⁶ Si veda, R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3, pp. 667 ss.

⁷ Sulla posizione disparità tra chi esercita l'autorità e chi vede limitata la sua autorità per ragioni di interesse pubblico, si veda N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984; 2005.

⁸ Si vedano gli artt. 22 e ss. L. 7 agosto 1990, n. 241. In particolare, l'art. 22. rubricato "Definizioni e principi in materia di accesso", così recita: "1. Ai fini del presente capo si intende: a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi [...] 2. L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza. 3. Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6. 4. Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono. 5. L'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari

amministrativa e strumento procedurale per la conoscenza delle informazioni necessarie alla piena esplicazione del diritto di difesa⁹, altresì mediante la possibilità di manifestare le proprie opinioni a mezzo di memorie scritte, dopo aver esercitato il diritto.

Soltanto con l'avvento della legge 7 agosto 1990, n. 241 il principio di pubblicità viene consacrato tra i criteri generali dell'azione amministrativa, operando il radicale ed effettivo capovolgimento dei rapporti tra amministratori ed amministrati, cosicché l'accesso ai documenti amministrativi diviene la regola a discapito del segreto che regredisce ad eccezione.

È poi ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15 che al principio di pubblicità viene espressamente affiancato quello di trasparenza, inserito tra i criteri generali dell'azione amministrativa contemplati dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990. Tuttavia, benché sino a quel momento il principio di trasparenza non fosse stato espressamente previsto sembrava aver ugualmente ispirato alcuni istituti fondamentali contemplati dalla legge sul procedimento amministrativo. Il riferimento, in particolare, è agli istituti del responsabile del procedimento, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi nonché evidentemente al diritto di accesso agli atti della P.A., tutti manifestamente pervasi dal criterio della trasparenza amministrativa. Ed invero, in una prima accezione, il principio di trasparenza venne declinato come mero strumento di difesa dei cittadini nei confronti dell'Amministrazione poi elevato, ad opera della legge n. 15 del 2005, a principio generale dell'attività amministrativa, quale livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione. Ebbene, nella rinnovata accezione, la trasparenza non si limita ad ispirare istituti fondanti del procedimento amministrativo ma viene più correttamente percepita come valore immanente nel sistema giuridico amministrativo, verso il quale l'attività delle P.A. appare in concreto teleologicamente orientata. La trasparenza diviene un principio trasversale del nostro ordinamento giuridico che rinviene il suo precipitato logico-giuridico nella norma di cui all'art. 2 della Carta costituzionale nonché principio generale dell'organizzazione pubblica nella misura in cui consente la partecipazione democratica del cittadino all'azione amministrativa mediante il riconoscimento della conoscibilità delle modalità operative dell'agire

in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale. 6. Il diritto di accesso e' esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere".

⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia 27 agosto, n. 2024.

pubblico. Sul piano esegetico, autorevole dottrina¹⁰ ha evidenziato come il principio di trasparenza, lungi dal costituire un preciso istituto giuridico, rappresenterebbe invero il punto di convergenza di regole costituzionalmente garantite poste a presidio dell'azione amministrativa, quali buon andamento, imparzialità, legalità e partecipazione democratica, al cui raggiungimento cooperano differenti strumenti¹¹. Da quanto esposto discende un'idea di azione amministrativa, consacrata nella legge n. 241 del 1990, che non si arresta alla semplice pubblicità ma che, in seguito alla novella del 2005, vede l'affermarsi di un ulteriore principio, quello della trasparenza che, seppure etimologicamente affine al primo, in concreto, invero, si esplica in tutta la sua pervasività ed autonomia.

2. I principi di pubblicità e trasparenza.

2.1 Aspetti comuni.

L'elemento comune sotteso indistintamente ai principi di pubblicità e trasparenza andrebbe individuato nella capacità di soddisfare l'esigenza di rendere visibile e comprensibile l'operato della Pubblica Amministrazione affinché risulti conforme agli interessi sociali e ai principi costituzionali¹². Trasparenza e pubblicità esprimerebbero la comune esigenza che l'attività amministrativa diventi chiaramente visibile all'esterno al punto tale da far assumere all'Amministrazione i contorni dell'ambita casa di vetro evocata dal Turati¹³. Viene in tal modo garantita *in primis* la visibilità dell'*agere* pubblico che diviene, pertanto, elemento di osservazione da parte dell'interlocutore dell'attore pubblico nonché viene assicurata al cittadino la possibilità di esercitare un controllo democratico sull'operato della P.A. e ciò impone che la sua attività sia sottoposta a pubblicità, con conseguente obbligo di pubblicazione, comunicazione nonché accessibilità ad atti e procedure¹⁴. Di tal guisa, viene garantita la partecipazione democratica del cittadino all'agire pubblico¹⁵. Per dirla con Bobbio, la finalità sottesa ai principi in parola involgerebbe la realizzazione concreta dell'aspirazione volta al

¹⁰ S. PARAINO, *La trasparenza dell'azione amministrativa: diafanità di un concetto*, in *Nuova Rass.*, 1981, pp. 263 ss.

¹¹ I. F. CARAMAZZA, *Trasparenza e riservatezza. Segreti pubblici in materia di tutela del cittadino nei principi costituzionali e nella legge*, in *Per Aspera Ad Veritatem*, n. 11.

¹² Così, R. GAROFOLI, *Principio di trasparenza*, in *Principi e tracce*, Roma, Nel diritto editore, 2019, p. 88.

¹³ Così, F. TURATI in occasione di un discorso tenuto nel 1908 presso la Camera dei Deputati.

¹⁴ F. CARINGELLA *I principi del diritto amministrativo*, III edizione, Roma, Dike Giuridica, 2018, p. 100.

¹⁵ Così R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2019, pp. 562 ss.

raggiungimento di una democrazia intesa come "regime del potere visibile"¹⁶. In tale rinnovata concezione del modello di Amministrazione, la trasparenza si pone come strumento fondamentale per il riavvicinamento del cittadino alla Pubblica Amministrazione, garantendone la partecipazione democratica. In linea con tale impostazione, il principio di pubblicità sarebbe funzionalmente collegato al principio di trasparenza dell'azione amministrativa, inteso come conoscibilità esterna dell'operato della Pubblica Amministrazione attraverso gli strumenti a disposizione del privato per operare il controllo sugli atti e le procedure amministrative. La ridefinizione in chiave democratica del rapporto tra governanti e governati rende progressivamente questi ultimi, da meri spettatori, a protagonisti della scena amministrativa, in linea con una rinnovata visione orizzontale dei rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione, di matrice europea, basata sul dialogo consapevole tra gli stessi ed orientata verso una risoluzione più efficiente delle problematiche inerenti al vivere comune¹⁷. La complementarietà dei principi di pubblicità e trasparenza emerge chiaramente, *in primis*, dal compendio normativo contenuto nella legge sul procedimento amministrativo che contempla una serie di istituti di diretta applicazione dei canoni di pubblicità e trasparenza. Il riferimento è, in particolare, all'accesso ai documenti amministrativi, all'obbligo di motivazione, all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento e alla partecipazione procedimentale. In materia di procedimento amministrativo si vuole garantire la piena visibilità dell'azione amministrativa durante l'esercizio del potere, nonché assicurare la partecipazione del destinatario all'istruttoria preordinata all'emanazione dell'atto, anche grazie all'operatività dell'istituto del contraddittorio¹⁸. Inoltre, l'ispirazione dei principi in parola pervade l'intero settore dei contratti pubblici e delle procedure concorsuali. In particolare, nel primo caso, la procedura ad evidenza pubblica volta a garantire condizioni eque di accesso al mercato e di regolamentazione del regime concorrenziale, postula l'assoluta conoscibilità della procedura. Per quanto concerne le procedure concorsuali, poi, i principi di pubblicità e trasparenza sono posti a presidio dell'attività delle commissioni esaminatrici che devono rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio¹⁹.

¹⁶ Così N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984; 2005.

¹⁷ R. GAROFOLI, *Principio di trasparenza*, in *Principi e tracce*, Roma, Nel diritto editore, 2019, pp. 88-89.

¹⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2016, n. 3163.

¹⁹ Si veda, R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2019, pp. 563.

Per chi considera, invero, non perfettamente sovrapponibili i principi di trasparenza e pubblicità, configura quest'ultimo, insieme al diritto di accesso come strumenti della trasparenza orientati alla verifica dell'effettivo perseguimento di quel complesso di valori che il principio di trasparenza è volto a soddisfare²⁰.

2.2. Profili differenziali.

L'apparente affinità percepibile *prima facie* tra i principi di pubblicità e trasparenza va indagata più attentamente in concreto affinché, come scriveva autorevolmente Marrama, la trasparenza non sia svuotata di contenuto e confusa con pubblicità e diritto di accesso²¹.

L'aver affiancato il principio di trasparenza a quello di pubblicità, già contemplato *ante* novella del 2005, sarebbe indicativo della volontà del legislatore di non voler considerare come sinonimi i due principi, bensì come concetti tra loro ontologicamente distinti e, pertanto, non perfettamente equiparabili. Più correttamente, i due principi pubblicità e trasparenza, risulterebbero solo in parte sovrapponibili. Il *discrimen* andrebbe innanzitutto individuato nel binomio trasparenza, quale dimensione statica dell'Amministrazione e, pubblicità, quale dimensione dinamica della stessa. Ed invero, la trasparenza rappresenterebbe una condizione, o meglio, l'essenza stessa dell'Amministrazione, un suo modo di essere²², mentre la pubblicità presupporrebbe un'attività volta all'ostensione di determinate informazioni, connotandosi, pertanto, quale dimensione dinamica della stessa²³. Secondo altro autorevole orientamento, la pubblicità rappresenterebbe un mero stato dell'atto, dell'organizzazione e del procedimento amministrativo ed in questa sua valenza neutrale costituirebbe un elemento, tanto necessario quanto talvolta insufficiente, per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa²⁴. In tal senso, è stato rilevato, come la trasparenza rappresenti, invero, l'aspetto

²⁰ Sulla strumentalità del principio di pubblicità e del diritto di accesso al principio di trasparenza, si veda F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *www.astrid-online.it*, p. 2.

²¹ R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, pp. 416 ss.

²² Così R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, p. 1989 ss.

²³ A. L. MAGLIULO, *Trasparenza e pubblicità nell'azione della pubblica amministrazione*, in *www.neldiritto.it*, 2016.

²⁴ P. TANDA, *La trasparenza nel moderno sistema amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2007, p. 169.

sostanziale della pubblicità²⁵. La trasparenza affiancandosi alla pubblicità ne amplierebbe la portata, trascendendo la mera osservanza formale delle regole procedurali, come valore immanente e finalistico, alla cui realizzazione sono teleologicamente orientati gli istituti giuridici previsti dalla legge sul procedimento amministrativo.

La trasparenza, in quanto *quid pluris* rispetto alla pubblicità, andrebbe qualificata come valore-chiave dell'ordinamento democratico, in grado di coniugare l'efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa con le garanzie di tutela delle posizioni giuridiche dei destinatari della stessa²⁶. Più sinteticamente, andrebbe identificata come chiarezza, comprensibilità e non equivocità dell'azione amministrativa²⁷, quale strumento di contrasto al perseguimento di interessi personali e di gruppo²⁸. Il criterio di pubblicità rappresenterebbe un corollario del principio di trasparenza ovvero uno dei possibili elementi della stessa, da intendersi quale mero stato di fatto dell'atto finalizzato in concreto alla realizzazione della trasparenza amministrativa. Quest'ultima assumerebbe un significato più pregnante, estrinsecandosi nel dovere della P.A. di dover dar conto ai cittadini relativamente all'esercizio del potere pubblico, contribuendo a garantire l'onestà delle modalità operative sottese alle logiche pubbliche. Pubblicità, pertanto, non sarebbe sinonimo di trasparenza in quanto la pubblicazione di un atto non reca con sé obbligatoriamente altresì la trasparente ostensione dello stesso che potrebbe, in qualche misura, essere pubblicato ma tuttavia occultato e pertanto non trasparente. O ancora, la pubblicità di un atto non implica necessariamente la sua comprensibilità, potendo lo stesso risultare equivoco e oscuro²⁹.

3. L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa: profili teorici e questioni applicative.

L'affermazione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento giuridico amministrativo va ricondotta formalmente alla legge 11 febbraio 2005, n. 15

²⁵ Cfr. C. BIONDI, M. MOSCARA, A. RICCIARDI, *La riforma del procedimento amministrativo*, Rimini, Maggioli Editore, 2005, p. 10.

²⁶ Cons. Stato, Sez. atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

²⁷ F. MANGANARO, "L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa", in *www.astridonline.it*, 2009.

²⁸ Così, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Diz. Dir. Pubb.*, (a cura di) S. CASSESE, 2006, pp. 5945 ss.

²⁹ Si veda, R. GAROFOLI, *Principio di trasparenza*, in *Principi e tracce*, Roma, Nel diritto editore, 2019, p. 88.

che, inserendo il criterio di trasparenza all'art. 1 della legge 241 del 1990, va ad affiancarlo al contiguo principio di pubblicità. La normativa in parola segna il passaggio da un modello di Amministrazione segreta, difficilmente decifrabile, impenetrabile ad un'Amministrazione permeabile e conoscibile che vede progressivamente allinearsi le posizioni di P.A. e cittadino. L'*excursus* storico, che ha interessato il principio in parola, prosegue con l'emanazione del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150³⁰, il quale conferisce una diversa e più ampia dimensione al principio di trasparenza, che supera la già prevista conoscibilità dei documenti amministrativi, per ampliarsi verso una accessibilità totale alle informazioni riguardanti l'attività e l'organizzazione della P.A. che va ad estendersi alle correlate esigenze di legalità e buon andamento sottese all'esercizio dei poteri pubblici³¹. La trasparenza viene identificata segnatamente come parametro di valutazione delle *performances* e dei risultati conseguiti dalle Pubbliche Amministrazioni a garanzia e nel perseguimento dell'efficienza dell'azione amministrativa.

L'ambito di applicazione del principio di trasparenza, consacrato nella legge sul procedimento amministrativo, viene poi ulteriormente potenziato ed ampliato in seguito all'approvazione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 recante disposizioni in tema di prevenzione e repressione della corruzione, emanato in attuazione di quanto disposto dalla legge anticorruzione³². Il d.lgs. 33/2013, anche definito Codice della trasparenza, ha riordinato in un unico corpo normativo le disposizioni riguardanti gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni e individua una serie di documenti e di atti la cui pubblicazione costituisce un obbligo per le P.A. relativi, in particolare, all'organizzazione e all'attività delle Amministrazioni pubbliche, all'uso delle risorse pubbliche, alle prestazioni offerte e ai servizi erogati. In particolare, viene previsto che i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria siano pubblicati, al fine di renderli accessibili, in una apposita sezione dei siti istituzionali di ciascuna Pubblica Amministrazione denominata "Amministrazione trasparente", per un periodo di 5 anni e comunque fino a quando producano i loro effetti. La normativa in parola risponde all'esigenza di assicurare la trasparenza intesa, già a partire dal d.lgs. 150 del

³⁰ Rubricato "Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni".

³¹ S. DI PIETRO, *La tutela della privacy tra esigenze di trasparenza e nuove regole di riservatezza*, in www.amministrativamente.it, p. 6.

³² Legge 6 novembre 2012, n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

2009, come accessibilità totale delle informazioni riguardanti l'organizzazione e l'attività della P.A., allo scopo di garantire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'impiego delle risorse pubbliche, attraverso la tempestiva pubblicazione delle notizie sui siti istituzionali delle Amministrazioni medesime. A tale scopo, chiunque ha diritto di conoscere, fruire gratuitamente ed utilizzare i documenti e le informazioni di cui è obbligatoria la pubblicazione. Viene, pertanto, introdotta la nozione di accesso civico, così denominata, per distinguerla da quella di accesso tradizionale *ex art. 22 ss.* della legge sul procedimento amministrativo³³. A livello teorico, l'accesso civico consiste nel diritto di chiunque di richiedere alle Pubbliche Amministrazioni i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, nei casi in cui questa sia stata omessa e, pertanto, la Pubblica Amministrazione sia risultata inadempiente agli obblighi di pubblicazione. La richiesta di accesso civico, diversamente dall'istanza di accesso prevista dalla legge sul procedimento amministrativo, non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non esige motivazione; è inviata al responsabile della trasparenza che vi si pronuncia entro 30 giorni. Con l'introduzione dell'accesso civico si realizza, pertanto, il passaggio da un accesso qualificato, azionabile soltanto qualora sia servente ad un interesse giuridicamente rilevante, concreto ed attuale, ad una ulteriore e diversa tipologia di accesso svincolata dalla prova della strumentalità tra le esigenze difensive del singolo rispetto all'atto del quale si richiede l'ostensione³⁴.

Con la normativa in parola si assiste ad un ampliamento del potere di controllo dei cittadini sull'operato pubblico, consacrando a livello normativo, il diritto dei cittadini di avere accesso diretto alle informazioni riguardanti le Pubbliche Amministrazioni. Siffatta concezione scaturisce dall'evoluzione del concetto di

³³ Il diritto di accesso, previsto dalla legge n. 241 del 1990, consiste nel diritto degli interessati di richiedere, di prendere visione ed, eventualmente, ottenere copia dei documenti amministrativi. Ed invero, ai sensi dell'art. 22 della Legge 241/90 *"al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse diretto, concreto e attuale per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi"*.

La disciplina enunciata concerne l'istituto del diritto di accesso che, nella sua accezione tradizionale, risulta strumentale rispetto all'esigenza di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa e che presuppone, ai fini della legittimazione attiva della pretesa ostensiva, non già riconosciuta in capo a chiunque, un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e direttamente collegata al documento del quale si richiede l'ostensione. Sul punto si veda, in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4043.

³⁴ I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in www.federalismi.it.

trasparenza che, da strumento di difesa e di partecipazione individuale, diviene metodo generale di prevenzione della corruzione amministrativa. L'intento riformista è stato evidentemente animato dal fine di creare ovvero di sanare il rapporto fiduciario tra la Pubblica Amministrazione agente ed il cittadino quale suo interlocutore naturale.

Ad ampliare ulteriormente la portata applicativa del principio di trasparenza è intervenuto il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124 meglio nota come Legge Madia, ha introdotto l'accesso civico c.d. generalizzato, definito anche accesso libero ed universale per distinguerlo dal già delineato accesso civico semplice ovvero ordinario. La riforma è intervenuta ad ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto dell'accesso civico previsto dal d.lgs. n. 33/2013 che, originariamente, consentiva la richiesta di ostensione ai documenti, alle informazioni o ai dati che l'Amministrazione aveva ommesso di pubblicare, risultandone per legge obbligata. Così concepito, l'accesso non appariva totalmente libero poiché segnatamente legato all'inadempimento da parte della P.A. rispetto agli obblighi di pubblicazione. Il nuovo accesso civico definito generalizzato si caratterizza per un ambito oggettivo più ampio consentendo, pertanto, l'accesso ai dati e alle informazioni pubbliche, seppure nei limiti tassativamente previsti dalla legge, anche in assenza di espliciti obblighi di pubblicazione. Si tratterebbe, pertanto, di dati e documenti "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, accessibili per il tramite dell'accesso civico ordinario. Il modello di riferimento della nuova tipologia di accesso va ravvisato nel FOIA (*Freedom Of Information Act*)³⁵ di matrice anglosassone volto essenzialmente al perseguimento di tre scopi precipui: *accountability*, *participation* e *legitimacy*. In particolare, la perseguita finalità di *accountability* consentirebbe un controllo diffuso sull'azione governativa ed amministrativa, anche allo scopo di prevenire fenomeni corruttivi; il fine di *participation* garantirebbe una partecipazione maggiormente consapevole dei cittadini alle decisioni pubbliche; ed infine, la *legitimacy* implementerebbe la legittimazione delle Amministrazioni ad agire in assoluta trasparenza al servizio della collettività.

³⁵ Al quale mostra di aderire, in via generale, la legge n. 124 del 2015 in relazione al "riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati...".

Va osservato come l'introduzione dell'accesso civico generalizzato non abbia tuttavia superato le preesistenti classificazioni, aggiungendosi alle tipologie di accesso già precedentemente previste, rappresentandone così un *tertium genus*. Allo stato attuale, pertanto, a livello normativo è possibile individuare tre tipologie differenti di accesso. Ci si riferisce, in particolare, al tradizionale accesso documentale, disciplinato dal capo V della legge n. 241 del 1990, all'accesso civico cd. semplice introdotto dall'art. 5, co. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 e, da ultimo, all'accesso civico cd. generalizzato, previsto dal d.lgs. 97 del 2016 all'art. 5, co. 2 del d.lgs. 33/2013.

4. Recenti sviluppi ermeneutici: trasparenza e accesso in materia di contratti pubblici.

Il quadro normativo sin qui delineato è stato particolarmente attenzionato a livello giurisprudenziale relativamente all'accesso agli atti delle procedure di gara, la cui disciplina specifica è prevista dal codice dei contratti pubblici. In tale peculiare settore i summenzionati principi di pubblicità e trasparenza trovano un rilevante ambito di applicazione risultando strettamente funzionali al conseguimento degli obiettivi di apertura alla concorrenza e controllo dell'imparzialità delle procedure di gara. Si richiede pertanto una pubblicità adeguata, non limitata formalmente ai consueti strumenti notiziali, quali il bando di gara e la lettera di invito e la trasparenza viene considerata l'elemento propulsore sotteso all'intera procedura di aggiudicazione che implica un incedere obiettivo, chiaro ed univoco al fine di scongiurare rischi di arbitrio e favoritismi da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. In materia di appalti pubblici è, pertanto, fortemente avvertita l'esigenza del prodursi di forme di controllo diffuso come strumento di prevenzione e di contrasto alla corruzione. L'incisività dell'accesso civico è particolarmente rilevante nella fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto ove viene meno il rispetto delle esigenze di *par condicio*. A tal proposito, la natura peculiare degli interessi che caratterizzano le varie fasi delle procedure ad evidenza pubblica rende particolarmente specialistica la disciplina prevista, anche con riferimento alla materia dell'accesso agli atti.

In particolare, l'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, rubricato "Accesso agli atti e riservatezza", stabilisce che, salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, la disciplina applicabile in materia di accesso alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è quella prevista agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990. Pertanto, attraverso il rinvio espresso, il

legislatore ha ritenuto operante, anche in materia di contratti pubblici, l'accesso documentale previsto dalla legge sul procedimento amministrativo, seppure con alcune precisazioni. Ed invero, al comma successivo vengono individuate delle ipotesi di differimento del diritto di accesso per garantire alcuni principi cardine in materia di procedure di gara, quali correttezza, *par condicio*, segretezza e speditezza. Peraltro, neanche con riferimento all'accesso civico semplice sembrano scorgersi particolari perplessità, lo si evince, invero, dall'art. 29 del codice dei contratti pubblici rubricato "Principi in materia di trasparenza", il quale prevede una serie di obblighi legali di pubblicazione analogamente a quanto previsto dal d.lgs. n. 33 del 2013. Sul piano interpretativo, l'indagine ermeneutica condotta a livello giurisprudenziale ha riguardato, in particolare, l'applicazione o meno dell'istituto dell'accesso civico generalizzato o universale, previsto dal d.lgs. 97 del 2016 e disciplinato all'art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013 quale concreta applicazione del principio di trasparenza, alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Sul punto, la posizione della giurisprudenza amministrativa non è stata univoca. Con riferimento a tale settore, si è rilevato il mancato coordinamento tra il d.lgs. n. 97 del 2016, di introduzione dell'accesso civico generalizzato e la relativa disciplina prevista agli artt. 29 e 53 del codice dei contratti pubblici, *rectius* d.lgs. n. 50 del 2016. In particolare, l'art. 29 si occuperebbe dell'accesso civico, mentre l'art. 53 riguarderebbe l'accesso documentale. Tuttavia, non si rinviene, nel codice dei contratti pubblici, la disciplina relativa all'accesso civico generalizzato agli atti di gara. Gli operatori economici hanno però più volte sollecitato l'applicazione dell'istituto in parola anche nello specifico settore delle procedure di gara e ciò ha indotto la giurisprudenza ad interrogarsi sull'ammissibilità o meno di simili richieste di ostensione, in mancanza di una disciplina espressa in materia. L'indagine ermeneutica condotta dalla giurisprudenza si è focalizzata, in particolare, su due referenti normativi: l'art. 53, co. 1 del d.lgs. 50 del 2016 e l'art. 5-*bis*, co. 3 del d.lgs. n. 33 del 2013. L'intento è quello di stabilire se l'art. 53 del codice dei contratti, che al co. 1 prevede "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241" possa comportare l'esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi dell'art. 5-*bis* comma 3 del d.lgs. n. 33/2013, a mente del quale "il diritto di cui all'art. 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità

o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990³⁶. Un primo orientamento restrittivo³⁷ esclude l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato rispetto agli atti e ai documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto pubblico che sarebbero, invero, sottoposti esclusivamente alla disciplina in materia di accesso documentale espressamente prevista dall'art. 53 del d.lgs. 50/2016. Tale ricostruzione si fonderebbe su una interpretazione letterale della norma, soprattutto in considerazione del comma 3 dell'art. 5-*bis*, il quale nel prevedere le ipotesi di esclusione dell'accesso generalizzato, utilizza genericamente il termine "casi" richiedendo il riferimento ad altre disposizioni di legge direttamente o indirettamente richiamate dallo stesso comma. In tal senso, l'esclusione dell'accesso nei "casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti" sarebbe riferibile a quelle ipotesi in cui vi sia una specifica disciplina che regoli precisamente il diritto di accesso in determinate materie, come nel caso di specie. Ed invero, con riferimento al settore degli appalti, la disciplina dell'accesso è contenuta nel comma 1 dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016 che subordina l'accesso agli atti di gara alle condizioni, modalità e limiti previsti dalla disciplina dell'accesso documentale contenuta nella legge n. 241 del 1990. Pertanto, la previsione espressa di una disciplina specifica sull'accesso escluderebbe per ciò solo l'applicazione della disciplina sull'accesso civico generalizzato. La tesi dell'esclusione si baserebbe, in punto di disciplina, altresì su considerazioni di ordine teleologico. Ed invero, nel settore degli appalti pubblici, la funzione *lato sensu* pubblicistica propria del dell'accesso civico generalizzato sarebbe assicurata dai poteri di controllo e di vigilanza attribuiti all'A.N.A.C. e dall'accesso civico ai documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria di cui all'art. 29, la cui ampia portata, già garantirebbe la necessità di controllo sull'impiego delle risorse pubbliche nonché di promozione della qualità dei servizi. Altro orientamento³⁸, invece, è favorevole all'estensione della disciplina dell'accesso civico generalizzato all'ambito degli appalti pubblici. Ed invero, il rinvio contenuto nell'art. 53, co. 1 del d.lgs. 50/2016 alla sola disciplina tradizionale dell'accesso documentale rappresenterebbe un

³⁶ L. IERA, *Accesso civico generalizzato agli atti di gara*, in R. GAROFOLI (a cura di), *Focus Magistratura*, Molfetta, Nel Diritto Editore, p. 143.

³⁷ *Ex multis*, T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 18 luglio 2018, n. 197; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 25 marzo 2019, n. 630 e, da ultimo, Cons. St. 2 agosto 2019 sentenze gemelle nn. 5502 e 5503.

³⁸ *Ex plurimis*, T.A.R. Toscana, sez. III, 17 aprile 2019, n. 577, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45 nonché Cons. St., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780.

mero difetto di coordinamento del d.lgs. 25 aprile 2016, n. 97 che, in quanto successivo al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, avrebbe dovuto operare il raccordo tra i due istituti. Tuttavia, tale mancanza non andrebbe per ciò solo interpretata come esclusione dell'accesso universale in materia di contratti pubblici, a pena di derogare l'applicazione di siffatta tipologia di accesso ogniqualvolta una disposizione, come nel caso dell'art. 53, si riferisca espressamente alla sola disciplina contemplata dagli artt. 22 e ss. della legge 241/1990. Si impone, dunque, nel caso di specie, una lettura coordinata, sistematica e funzionale dell'art. 53 con la norma di cui all'art. 5-*bis*, comma 3 del d.lgs. 33/2013, la quale si limita a disporre l'esclusione dell'accesso nei casi in cui esso sia subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, non facendo invece riferimento a determinate materie. Ed invero, il tenore letterale della norma da ultimo menzionata non consentirebbe di intendere la locuzione "specifiche condizioni, modalità e limiti" come intere materie che, di converso comporterebbe l'esclusione automatica dell'intera materia dei contratti pubblici dall'ambito dell'accesso civico generalizzato, pregiudicando inevitabilmente le preminenti esigenze di trasparenza garantite, invece, dall'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato. In linea con tale impostazione, pertanto, non vi sarebbe ragione di sottrarre la materia dei contratti pubblici dall'accesso generalizzato considerato che, entrambe le discipline poste dai decreti legislativi n. 50 del 2016 e n. 33 del 2013, risulterebbero all'unisono finalizzate a garantire le fondamentali esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa. A suffragare la tesi favorevole all'accesso civico generalizzato agli atti di gara rilevarebbero altresì considerazioni di carattere funzionale ispirate al F.O.I.A. statunitense che, riconoscendo tale tipologia di accesso a ogni cittadino, indipendentemente da qualsivoglia limitazione soggettiva, implicherebbe una limitazione meramente oggettiva a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis* del d.lgs. 33/2013. Di tal guisa, risulterebbe inammissibile una esclusione generale di tale tipologia di accesso in una intera materia quale, nel caso di specie, quella degli appalti. Al più potrebbero essere previsti soltanto dei "casi" in cui, relativamente ad una determinata materia, norme di carattere speciale possano prevedere "specifiche condizioni, modalità e limiti" senza consentire, di converso, estensioni ovvero analogie interpretative volte ad escludere *tout court* l'applicazione di una determinata disciplina ovvero di un determinato istituto in essa contemplato. A sostegno dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato ai contratti pubblici militano altresì ragioni di ordine sistematico e teleologico. Sotto quest'ultimo profilo si indaga la finalità

sottesa all'istituto dell'accesso civico generalizzato propriamente volto a soddisfare una specifica e preminente finalità nell'ambito delle procedure di gara, ovvero il perseguimento di esigenze di trasparenza, volte a scongiurare, in funzione deterrente, la diffusione di fenomeni corruttivi. Ed invero, se la materia degli appalti rientra tra gli ambiti a più elevato rischio di corruzione, sarebbe irragionevole interpretare le norme nel senso di sottrarre alla disciplina sulla trasparenza proprio tale specifico settore³⁹, vieppiù se si considera che la trasparenza costituisce una delle misure di maggior rilievo al fine di scongiurare il possibile verificarsi di fenomeni corruttivi.

A dirimere il contrasto interpretativo maturato sul punto è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁴⁰, la quale si è allineata alle posizioni favorevoli all'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato nelle procedure di gara. L'ammissibilità dell'istituto in parola, nello specifico settore di riferimento, si baserebbe sulla configurazione dell'accesso civico generalizzato come garanzia indefettibile per l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m) della Costituzione, nonché quale diritto fondamentale tutelato altresì dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea⁴¹. Nell'esegesi dell'Adunanza Plenaria, mentre l'accesso documentale involgerebbe la tutela di un interesse individuale, in cui l'interesse pubblico alla trasparenza sarebbe solo occasionalmente protetto, nell'accesso civico generalizzato, l'interesse tutelato coinciderebbe, invece, con il controllo democratico sull'attività amministrativa che ingloberebbe di per sé lo stesso interesse individuale alla conoscenza. Il rapporto intercorrente tra le discipline previste in via generale per l'accesso documentale e civico con la disciplina settoriale prevista dal codice dei contratti, pertanto, non andrebbe letto in termini di specialità, comportando per ciò solo l'esclusione della disciplina

³⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 10 dicembre 2019, n. 5837.

⁴⁰ Cons. St., Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10. L'intervento nomofilattico è stato sollecitato dal Consiglio di Stato, III Sezione, con l'ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019, attesa l'esistenza di un contrasto interpretativo maturato tra la III Sezione (cfr. sentenza n. 3780 del 5 giugno 2019) e la V Sezione (cfr. sentenze gemelle nn. 5502 e 5503 del 2 agosto 2019) del Consiglio di Stato. In tale sede, il Massimo Consesso della Giustizia amministrativa ha enunciato il seguente principio di diritto: *"la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dell'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza"*.

⁴¹ Il riferimento è agli artt. 10 e 42 CEDU.

generale a vantaggio di quella settoriale, ma richiederebbe, più correttamente, che venga indagato in concreto, sulla scorta di un canone inclusivo, l'applicabilità di una delle discipline citate rispetto agli specifici settori di operatività⁴². A sostegno di tale impostazione, i giudici della Plenaria ricordano come l'accesso documentale agli atti di gara possa essere precluso in relazione alle informazioni fornite da un concorrente relativamente alla propria offerta, sempre che si configurino segreti industriali e commerciali; di converso, l'accesso generalizzato a codesti atti non può essere precluso in assoluto, nel caso in cui il richiedente proponga una istanza di accesso generalizzato, conclusa la fase di gara. Dalla disamina sin qui condotta emergerebbe, pertanto, l'operatività dell'accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento giuridico indipendentemente dall'esistenza di una espressa disposizione di legge che ne fondi la diretta applicabilità. Ed invero, in tale specifico settore, quale quello dei contratti pubblici, le esigenze di accesso civico costituirebbero conseguenze fisiologiche insite alla stessa natura delle procedure di evidenza pubblica, risultando a tal proposito, pertanto, non soltanto consentito l'accesso civico generalizzato bensì addirittura doveroso, in un'ottica di trasparenza non più e non solo proattiva rispetto agli obblighi di pubblicazione previsti, ma altresì reattiva rispetto a quegli atti per i quali difettino tali specifici obblighi di pubblicazione, che segue alle istanze avanzate dai singoli interessati.

5. Garanzie di trasparenza nel Sistema Sanitario Nazionale come modello di partecipazione democratica alle scelte di politica sanitaria: spunti di riflessione e considerazioni conclusive.

A livello procedimentale, il principio di trasparenza viene tradizionalmente coniugato con il principio di efficienza che, in una visione evolutiva, impronta l'azione amministrativa ai caratteri manageriali di responsabilizzazione della dirigenza e di razionalizzazione nella gestione delle risorse, direttamente funzionali al raggiungimento degli obiettivi prefissati, in linea con il più recente modello organizzativo pubblico dell'Amministrazione di risultato⁴³. È stato autorevolmente rilevato come l'intera organizzazione amministrativa pubblica

⁴² Sul punto si veda l'articolo pubblicato dallo Studio Legale GIURDANELLA & PARTNERS, *Accesso civico anche negli appalti, per l'Adunanza Plenaria 10/2020*, in www.giurdanella.it, *Rivista di Diritto Amministrativo*, 2020.

⁴³ Locuzione che, ad avviso di autorevole dottrina, sarebbe espressione ormai "un nucleo normativo di valore costituzionale", cfr. P. TANDA, *Le molteplici espressioni del principio di trasparenza*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2007, p. 351.

debba plasmarsi ai canoni della trasparenza⁴⁴. Ed invero, l'effettivo perseguimento in concreto delle logiche di risultato può realizzarsi soltanto nel rispetto del preordinato principio di trasparenza. L'attuazione degli obblighi di trasparenza, pertanto, diviene strumento di misurazione della *performance* degli impiegati pubblici, nonché elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale. Tra gli interventi legislativi di maggior pregio intervenuti in tal senso, vanno certamente annoverati la legge 4 marzo 2009, n. 15 e il successivo decreto di attuazione, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 meglio noto come Riforma Brunetta, che in un'ottica di sistemazione organica della disciplina in materia di pubblico impiego, ha introdotto meccanismi premiali, tradizionalmente applicati nel settore privato, quali la valutazione e la misurazione della *performance*, di diretta espressione dei più tradizionali principi di efficacia ed efficienza propri dell'organizzazione e dell'azione amministrativa pubblica. Ispirata dalla medesima *ratio*, la successiva Riforma Madia⁴⁵, intervenuta in un'ottica di riordino della disciplina inerente alla dirigenza sanitaria, ha operato una rielaborazione della materia in oggetto, rivisitata alla luce delle preminenti esigenze di pubblicità e trasparenza, sotto il profilo della valorizzazione della *performance* individuale e organizzativa. In linea con il rinnovato modello amministrativo, in particolare, la legge 15 del 2009 ha qualificato la trasparenza e l'efficienza dell'azione amministrativa quali obiettivi primari per garantire il pieno riconoscimento a favore del cittadino di un diritto a fruire di servizi e di prestazioni pubbliche di qualità, il cui fondamento va ravvisato nel principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.* che, in una accezione più ampia, risulta preordinato al rispetto dei canoni di efficacia, efficienza ed economicità della gestione amministrativa. L'intento perseguito attiene essenzialmente all'esigenza di orientare il sistema amministrativo al perseguimento di condizioni di efficienza tali da garantire il regolare ed efficace funzionamento dei servizi pubblici nell'erogazione delle prestazioni, attraverso la predisposizione di strumenti che favoriscano la partecipazione e il monitoraggio dell'operato pubblico in un'ottica di trasparenza dell'azione amministrativa intesa, in tal senso, nella sua ulteriore accezione di parametro di valutazione della

⁴⁴ R. MARRAMA, *La Pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *L'Amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di studi di scienze dell'Amministrazione – Varenna, 1989*, Milano, p. 74.

⁴⁵ Legge 7 agosto 2015, n. 124 recante "*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*", meglio nota come Legge Madia di Riforma della PA, è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 187 del 13 agosto 2015.

performance pubblica. Tale esigenza è stata fortemente avvertita con riferimento, in particolare, all'Amministrazione sanitaria relativamente alle attività svolte dalle Aziende Sanitarie e dalle altre strutture pubbliche coinvolte nel sistema di riferimento. Ed invero, a tal proposito, il Sistema Sanitario Nazionale è stato particolarmente attenzionato negli ultimi tempi al fine di garantire un maggiore coinvolgimento del cittadino, in quanto paziente, nelle attività funzionali al settore sanitario, al fine di creare una sinergia collaborativa tra l'Amministrazione sanitaria e l'utenza, finalizzata ad implementare la partecipazione democratica alle scelte di politica sanitaria favorendo un più incisivo controllo sull'esercizio della funzione pubblica ed, in particolare, sulla qualità dei servizi erogati dalle strutture preposte. L'azione politica ha, invero, da sempre ispirato la programmazione e la gestione sanitaria nazionale con particolare riferimento al diritto di informazione del paziente, prevedendo generali quanto specifici obblighi di pubblicazione segnatamente destinati a discipline di settore relative, a titolo esemplificativo, al Servizio Sanitario Nazionale, attuale oggetto di indagine, nonché al settore, precedentemente esaminato, dei contratti pubblici. Ci si è orientati verso nuove modalità di gestione e di governo delle attività sanitarie, funzionali al perseguimento di alcuni valori fondamentali, quali la trasparenza, la partecipazione, la responsabilità e l'etica pubblica. In particolare, l'emanazione del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, che ha novellato la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, l. 23 dicembre 1978 n. 833, ha inaugurato una disciplina orientata al miglioramento della qualità dei servizi erogati ai cittadini, incentivando forme integrate di attività che diventano, di tal guisa, più efficacemente controllabili. L'intento è precipuamente quello di assecondare l'esigenza, oggi fortemente avvertita, di garantire l'equità nell'accesso alle cure nonché la qualità delle cure stesse al fine di incrementare il grado di soddisfazione della collettività in quanto utenza, nel perseguimento delle pratiche di buona amministrazione per un corretto ed efficiente funzionamento del servizio sanitario. A tal proposito ed a tale scopo, le Aziende Sanitarie operano costantemente al fine di individuare le modalità più corrette ed efficaci per garantire la sicurezza dei propri pazienti. Tale aspirazione viene in concreto garantita, assicurando la trasparenza delle informazioni nello specifico settore di riferimento, al fine di rendere il cittadino attivamente partecipe al sistema sanitario e non già relegarlo a mero fruitore passivo del servizio. In ambito scientifico tale riflessione ruota intorno all'auspicata figura del paziente quale parte attiva nella gestione della propria salute e delle proprie patologie in un'ottica di costante collaborazione con la

struttura sanitaria, preordinata a garantire l'accesso alle attività e agli atti sottesi alle pratiche cliniche, per consentire al paziente di prendere decisioni informate in merito alle terapie alle quali sottoporsi nonché per acquisire maggiore consapevolezza sulle proprie condizioni di salute⁴⁶. Si tratta di operare nell'ottica di incrementare la partecipazione e il dialogo, in una rinnovata visione orizzontale dei rapporti tra Amministrazione e amministrati, ai fini di una maggiore responsabilizzazione dei cittadini relativamente alle scelte che ineriscono il proprio stato di salute mediante la predisposizione di un efficace sistema di informazione in linea con le più attuali logiche di trasparenza che animano il normale esercizio dell'agire pubblico in qualsivoglia settore di operatività e, nel caso di specie, in particolare nel settore sanitario. In linea con tale impostazione, il recente modello di Amministrazione pubblica si è improntato ad una forma di trasparenza particolarmente incisiva che consente agli interessati di percepire la prevedibilità di una decisione amministrativa e delle possibili conseguenze da essa scaturenti. L'Amministrazione è tenuta, pertanto, a definire, in funzione preventiva, le modalità della propria condotta futura, di talché i suoi interlocutori siano messi in condizione di conoscere gli elementi necessari per operare quel controllo sulla razionalità delle procedure che hanno condotto all'assunzione di una decisione⁴⁷. Nello specifico settore oggetto di indagine, in tale rinnovato e moderno modello di Amministrazione pubblica, si è fatta strada la nozione di Governo Clinico⁴⁸ basata sull'intensificazione dei rapporti tra Amministrazione sanitaria e paziente, in una visione partecipativa e collaborativa, per il perseguimento dell'efficienza ed efficacia del sistema sanitario al punto da minimizzare i rischi connessi alle pratiche cliniche che diventano, pertanto, più efficacemente controllabili dall'utenza. Particolarmente incisiva in tal senso è stata l'introduzione, con la Direttiva del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, della Carta dei servizi sanitari che ha segnatamente riconosciuto un ruolo attivo al cittadino in termini di partecipazione democratica alle scelte di politica sanitaria nonché relativamente al controllo di qualità del

⁴⁶ P. DE ROSA, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione come criterio di valutazione della performance*, in www.filodiritto.com

⁴⁷ M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 24.

⁴⁸ La prima definizione di *Clinical Governance* risale all'anno 1998 ed è riconducibile a G. Scally e L.J. Donaldson che, sulla rivista scientifica *British Medical Journal*, così scrivevano: "è un sistema attraverso cui le organizzazioni sanitarie sono responsabili del continuo miglioramento della qualità dei loro servizi e della salvaguardia di elevati standard di assistenza attraverso la creazione di un ambiente in cui possa svilupparsi l'eccellenza dell'assistenza sanitaria".

servizio offerto, quale strumento fondamentale per la conoscibilità della qualità delle prestazioni erogate, strettamente funzionale ad un effettivo potenziamento del principio di trasparenza, nell'ottica di scongiurare il prodursi del *risk management*, mediante strumenti di prevenzione degli eventi avversi e degli eventuali effetti negativi⁴⁹. Dal contesto internazionale⁵⁰ è stata fornita una ulteriore spinta in termini promozione della trasparenza nella sua accezione di misura di prevenzione dei fenomeni di corruzione. In attuazione degli impegni assunti sul piano internazionale, con legge 190 del 2012, il legislatore nazionale ha predisposto una disciplina organica di promozione della trasparenza nel settore pubblico in funzione di prevenzione e di contrasto della corruzione, che costituiscono i due pilastri verso cui è funzionalmente orientata l'attività della *governance* pubblica del sistema sanitario. Detta legge ha istituito l'Autorità nazionale anticorruzione, identificata con l'acronimo A.N.A.C. e ha previsto una serie di piani applicativi, quali il Piano nazionale anticorruzione, sulla base del quale ciascuna Amministrazione adotta il Piano triennale di prevenzione della corruzione. Nei singoli piani vanno indicate le iniziative volte alla formazione del personale in materia di etica e rispetto della legalità con particolare riferimento alle misure di prevenzione adottate nonché per la tutela dei *whistleblowers*, ossia di quei dipendenti che segnalano presunti fatti illeciti dei quali vengono a conoscenza in costanza del rapporto di lavoro. Le Amministrazioni predispongono, altresì, uno specifico Programma triennale per la trasparenza e l'integrità in cui forniscono spiegazioni in merito alle modalità con le quali intendono realizzare gli obiettivi di trasparenza nello svolgimento delle attività nonché relativamente all'organizzazione e all'uso delle risorse. A completare l'opera di garanzia del principio di trasparenza, con l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico, il d.lgs. n. 33 del 2013, meglio noto come TU sulla trasparenza, ha innovato nell'ottica di consentire a chiunque di esigere dalle Amministrazioni pubbliche l'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti

⁴⁹ Per gli opportuni approfondimenti si veda, M. UBEZIO et al. *Principi di risk management*, Rimini, Maggioli Editore, 2013 p. 46.

⁵⁰ Il riferimento è, in particolare, alle convenzioni OCSE (*Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction*, aperta alla firma il 17 dicembre 1997), del Consiglio d'Europa (Convenzione cd. "penale", aperta alla firma il 27 gennaio 1999 e alla Convenzione cd. "civile", aperta alla firma il 4 novembre 1999, autorizzate alla ratifica in Italia con le leggi nn. 110 e 112 del 2012), dell'Unione Europea (Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, cd. PIF, del 25 luglio 1995) e delle Nazioni Unite (*United Nations Convention against Corruption*, UNCAC, entrata in vigore per l'Italia il 14 dicembre 2005 in seguito alla ratifica autorizzata con legge 3 agosto 2009, n. 116).

dalla legge. Con particolare riferimento all'applicazione della normativa in parola al settore sanitario, di rilievo è stata l'intesa sancita dalla conferenza unificata Governo, Regioni, Enti locali del 24 luglio 2014. In tale contesto, la normativa apprestata si è rivelata necessaria nell'ottica di individuare un valido deterrente alle pratiche corruttive diffuse nel sistema sanitario che, in particolare, hanno riguardato settori quali selezione del personale, il settore dei contratti relativi alla fornitura di macchinari e di medicinali nonché la gestione dei pagamenti e degli accreditamenti delle strutture sanitarie private. I dati emersi in seguito all'applicazione della normativa in parola sembrano essere confortanti. Ed invero, benché lo sviluppo di un sistema di prevenzione della corruzione all'interno delle ASL sia ancora in divenire, la pubblicazione dei dati sui siti *internet* delle strutture sanitarie sta implementando considerevolmente le buone pratiche di trasparenza all'interno delle Amministrazioni sanitarie. Le premesse poste appaiono dunque confortanti, tuttavia, per garantire l'effettiva operatività delle politiche anticorruzione il sentiero va spianato nell'ottica di una maggiore sensibilizzazione che vada ad accrescere il grado di consapevolezza della collettività sui danni generati dai fenomeni corruttivi cosicché, anche la classe politica e le figure di vertice dell'Amministrazione sanitaria, dimostrino un maggior senso di responsabilità nella prevenzione e nel contrasto della corruzione⁵¹ ed in generale nell'espletamento della *governance* pubblica, intesa quale potere normativo esercitato dalle istituzioni⁵². Ed invero, è oramai di dominio comune, l'intensa interconnessione sussistente tra la politica e la gestione della cosa pubblica, le cui conseguenze rispettivamente di scelte e di azioni si riverberano automaticamente le une sulle altre⁵³. È nell'ottica di scongiurare i rischi ed i pericoli sottesi ad un eventuale esercizio anomalo dell'operato pubblico, in funzione fattivamente deterrente, che si esaltano le potenzialità connesse al principio di trasparenza che, in quanto regola di buona condotta, si fa garante della partecipazione democratica all'esercizio della cosa pubblica orientando l'azione dei pubblici poteri verso un, seppure ambizioso tuttavia coerente, rinnovato quadro amministrativo imperniato verso il recupero di una, troppo spesso minata ma ancora fortemente sentita, etica pubblica.

⁵¹ E. MIDENA, N. PARISI, *La trasparenza nel settore sanitario*, in *Salute e territorio*, n. 203-2014, pp. 468-469.

⁵² Gruppo Italiano per la Medicina Basata sulle Evidenze, GIMBE, *Il Governo nelle Aziende Sanitarie*, 6 febbraio 2009.

⁵³ B. MAGNOLFI, *Buona amministrazione e buona politica. Trasparenza e partecipazione per innovare la P.A.*, *Introduzione al convegno organizzato dal Partito dei Democratici di Sinistra e da L'Unione* – Roma – 10 novembre 2005, in *www.astrid-online.it*.

Nuove (e vecchie) questioni in materia di giurisdizione domestica

di Marina SFARZO*

SOMMARIO: **1.** I recenti approdi giurisprudenziali in materia di autodichia parlamentare; **2.** Stabilità e regime della pronuncia di giustizia domestica; **3.** L'ambito applicativo del potere guarentigato; **4.** Autodichia e giurisdizione penale; **5.** Giurisdizione domestica e ordinamento giudiziario.

ABSTRACT: *The article aims to consider most recent pronouncements by the Constitutional, Cassation, and European Courts about self-declaration of the parliamentary chambers.*

The author points out revision and contestations of the domestic judgment. Then, the relations between the domestic judge and the common judge, especially the criminal one, are examined too.

Finally, the author points out some contradictions about the matters within the scope of the self-declaration of the parliamentary chambers.

1. I recenti approdi giurisprudenziali in materia di autodichia parlamentare.

Con la sentenza n. 262/2017¹, la Corte costituzionale giunge ad un significativo punto d'approdo in materia di autodichia, definendola come potere «obiettivamente giurisdizionale». In particolare, la Corte muove dalla giurisprudenza CEDU, a mente della quale, alla luce del «rispetto di talune

* Già avvocato e dottore di ricerca.

¹Corte costituzionale, 13 dicembre 2017, n. 262, con osservazioni di LO CALZO, in *Foro it.*, I, 2018, p. 416 ss. e con commenti di: R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in *Federalismi.it*; N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; G. BUONOMO, *La Corte, la sete e il prosciutto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* e *L'autodichia degli organi costituzionali è a sua volta costituzionale*, in *laCostituzione.info*; L. BRUNETTI, *Giudicare in autonomia: il nuovo vestito dell'autodichia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; L. CASTELLI, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*; G. MAROLDA, *Fumata nera per il punto di equilibrio tra l'autonomia costituzionale delle Camere e del Presidente della Repubblica e il potere giudiziario. Breve nota alla sentenza n. 262/2017 della Consulta*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; G. BARCELLONA, *I "paradossi normativi" e la grande regola dello Stato di diritto: l'autodichia degli organi costituzionali e la tutela dei diritti dei "terzi"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; G. D'AMICO, *La Corte adegua la sua autodichia alla «propria giurisprudenza» ma fino a che punto?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

garanzie proprie della giurisdizione che sono state considerate soddisfatte nel caso concreto²», l'organo di autodichia va qualificato come «Tribunale», ex art. 6 CEDU.

Tuttavia, a parere di chi scrive, tale conclusione non è pienamente condivisibile, dovendo escludersi che la Corte di Strasburgo abbia, con la predetta pronuncia, assegnato natura giurisdizionale ai collegi interni; nella decisione n. 14/2009 si legge, piuttosto, che «non si tratta di imporre agli Stati un determinato modello costituzionale che regoli in questo o in quel modo i rapporti e l'interazione tra i diversi poteri dello Stato. La scelta del legislatore italiano di preservare l'autonomia e l'indipendenza del Parlamento riconoscendogli l'immunità di fronte agli organi giurisdizionali ordinari non può di per sé essere oggetto di contestazione dinanzi alla Corte³».

Non si ritiene che tale affermazione sia di per sé sufficiente a assegnare natura giurisdizionale al Collegio di appello ed al Consiglio di garanzia, atteso che la Corte EDU ha storicamente accolto una nozione estesa di giurisdizione, in modo da assicurare, con larghezza, il rispetto delle norme convenzionali, indipendentemente dal tipo di giurisdizione esercitata (volontaria, contenziosa, requirente). Ciò allo scopo di favorire l'ampliamento dell'ambito applicativo degli artt. 6 e 13 CEDU, fino ad estenderlo a tutti i casi in cui un organo abbia a dirimere una controversia, «ispirandosi al sistema comunitario, di origine francese, dove la giurisdizione può essere funzione propria anche di organi amministrativi (o non formalmente giurisdizionali); nozione finora ritenuta estranea al nostro sistema e incompatibile con esso⁴». Da ciò non può immediatamente derivare che taluni organi siano giurisdizionali a tutti gli effetti e, quindi, anche ai fini della (in)ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso le pronunce di giustizia domestica.

Ciononostante, alla sentenza n. 262/2017, hanno fatto seguito le ordinanze nn. 18265 e 18266 del 2019, con cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione, proclamando il difetto assoluto di giurisdizione del giudice comune – ordinario e speciale – nei confronti del giudice domestico, hanno inaugurato un orientamento⁵ che conferma il carattere obiettivamente giurisdizionale

²Cfr. Punto 5.2 del *ritenuto in fatto* della sentenza della Corte costituzionale, 13 dicembre 2017, n. 262, cit.

³Cfr. § 92 Corte EDU, 28 aprile 2009, ricc. nn. 17214/2005; 20329/2005 e 42113/2004 *Savino e altri c. Italia*.

⁴F.G. SCOCA, *L'autodichia "costituzionalizzata" e il nuovo sistema delle tutele*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2018, p. 14.

⁵Cass., Sez. Un., ordinanze nn. 18265 e 18266 del 2020, in www.italgiure.giustizia.it

dell'autodichia, sicché, nessun vuoto di tutela verrebbe a crearsi in materia di controversie tra rami del Parlamento e loro dipendenti; quivi si radica la giurisdizione domestica ed il potere giurisdizionale delle altre magistrature risulta recessivo.

Tale ricostruzione ha, da un lato, il vantaggio di superare le criticità derivanti dall'accoglimento di una concezione soggettiva e tautologica di giurisdizione, a mente della quale quest'ultima è l'«attività esercitata dai giudici», ai sensi dell'art.1 c.p.c.⁶, ma lascia, d'altro canto, aperto il problema della definizione dei rapporti tra diverse autorità giurisdizionali, invero affatto complessi, sia dal punto di vista dei limiti esterni delle rispettive giurisdizioni, sia dal punto di vista ontologico, della vera essenza della giurisdizione domestica.

Ma tant'è: la Corte costituzionale, valorizzando la funzione obiettivamente svolta dai Collegi interni, ne ha desunto la natura giurisdizionale, determinando il consolidamento dell'istituto e, al contempo, rimettendo all'interprete l'operazione di coordinamento dei giudici interni con quelli comuni, atteso che «gli organi di autodichia non sono, secondo la Corte costituzionale, giudici speciali, ma "organi interni non appartenenti all'organizzazione giudiziaria"⁷».

La difficoltà di coordinamento tra giurisdizione interna ed esterna ci spinge a ricercare delle condizioni minime di integrazione dell'autodichia (almeno di quella parlamentare) nell'ordinamento giudiziario, osservando il sistema da diversi angoli prospettici, ora muovendo dal regime (e dalla stabilità) della pronuncia di giustizia domestica, ora muovendo dall'ambito applicativo della stessa autodichia.

2. Stabilità e regime della pronuncia di giustizia domestica.

Il giudicato è stato spesso considerato quale elemento essenziale del fenomeno giurisdizione⁸: giudicare, infatti, vuol dire «creare il diamante dell'ordinamento giuridico, in ultimo la cosa più resistente che sa offrire l'ordinamento: la *res judicata*⁹».

Tuttavia, dal regime dei provvedimenti di Collegio di appello e Consiglio di

⁶ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. 1, Bologna, 2015, p. 24.

⁷ F.G. SCOCA, *L'autodichia "costituzionalizzata" e il nuovo sistema delle tutele*, cit., p. 13.

⁸ E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 81 ss.; C. MANDRIOLI, voce '*Giurisdizione (in generale)*', in *Dig. Disc. Priv.* IX ⁴, *passim*; S. SATTA, voce '*Giurisdizione (nozioni generali)*', nell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, p. 229. L'autore, pur muovendo dall'opposto presupposto dell'assenza di interdipendenza tra giurisdizione e cosa giudicata, perviene alla medesima conclusione della idoneità al giudicato quale elemento connotante la natura giurisdizionale del provvedimento.

⁹ F. AULETTA, in A. BARENGHI (a cura di), *La giustizia interna al sistema di vigilanza: funzioni e forme dell'Arbitro*, in *La trasparenza bancaria 25 anni dopo*, Napoli, 2018, p. 416.

garanzia emerge l'inidoneità al giudicato delle pronunce di giustizia domestica. Se l'autorità della cosa giudicata (art. 2909 c.c.) non è che una qualità degli effetti della pronuncia di giustizia divenuta immutabile, per verificare l'idoneità di un provvedimento al passaggio in giudicato, occorre muovere dal dato normativo di cui all'art. 324 c.p.c. e concludere nel senso che l'attitudine al giudicato risiede nella preclusione delle figure impugnatorie elencate in quella norma, al di fuori delle quali «non è dato reperire il concretarsi della fattispecie legale del fenomeno "giudicato formale"¹⁰». Secondo parte della dottrina¹¹, il passaggio in giudicato ex art. 324 c.p.c. richiede non soltanto la sufficiente stabilità del provvedimento, ma anche il fatto che esso sia stato soggetto ai rimedi impugnatori espressamente previsti dall'art. 324 c.p.c. – tra cui la revocazione (artt. 395 ss. c.c.) ed il ricorso per cassazione (artt. 360 ss. c.c.) – in quanto garanzia di giusto processo e di attendibilità dell'accertamento.

Un primo indice dell'inattitudine al giudicato delle pronunce degli organi di autodichia parlamentare è allora la relativa inoppugnabilità attraverso il ricorso straordinario per cassazione, ex art. 111, co. 7, Cost. La preclusione di tale mezzo di impugnazione è sostenuta dall'orientamento di legittimità, consolidatosi a seguito della citata sentenza n. 262/2017: nel solco interpretativo tracciato da tale pronuncia, la Corte di cassazione ha negato l'esperibilità del ricorso straordinario per cassazione, in quanto «l'autodichia – per le controversie che attengano allo stato e alla carriera giuridica ed economica dei dipendenti degli organi costituzionali – costituisce manifestazione tradizionale della sfera di autonomia riconosciuta agli organi costituzionali stessi, a quest'ultima strettamente legata nella concreta esperienza costituzionale, sicché non è neppure ipotizzabile il ricorso ex art. 111, co. 7, Cost., avverso le decisioni degli organi di autodichia in quanto la sottrazione delle decisioni stesse al controllo della giurisdizione comune è, in definitiva, un riflesso dell'autonomia degli organi costituzionali in cui sono inseriti [...] La Corte costituzionale ha escluso che i suddetti collegi interni [...] siano da configurare quali giudici speciali ex art. 102 Cost. e che, pertanto, avverso le loro decisioni non sia ipotizzabile il ricorso ex art. 111, settimo comma, Cost.¹²».

L'orientamento di legittimità appena rappresentato ben si attaglia alle

¹⁰ S. MENCHINI, voce "Regiudicata civile" in *Dig. Disc. Priv.*, XVI⁴, p. 406 ss.

¹¹ Cfr. A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *RDC* 1990, I, p. 397; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 258 ss.

¹² Cass, Sez. Un., ordinanza dell'11 aprile 2018, n. 8986; in termini Sez. Un., sentenze del 4 maggio 2018, n. 10775 e del 19 giugno 2018, nn. 16153 e 16155; ordinanza del 19 giugno 2018, n. 16154.

caratteristiche strutturali delle decisioni dei Collegi interni, alle quali sembra estraneo il requisito della definitività che, unitamente al requisito della decisorietà, costituisce il presupposto di ammissibilità del ricorso *ex art.* 111, co. 7, Cost¹³. Dall'interpretazione teleologica di quest'ultimo emerge che la *ratio* della norma non è tanto quella di assicurare un'impugnazione avverso i provvedimenti definiti "non impugnabili" dalla legge, bensì quella di consentire che la medesima situazione sostanziale possa tornare ad essere decisa: «il presupposto della definitività [...] meglio si attaglia al diritto, piuttosto che al provvedimento, perché a dover essere sottoposto ad ulteriore esame non è il provvedimento in sé (ché, se così fosse, solo la presenza di un rimedio impugnatorio escluderebbe il ricorso), bensì la situazione sostanziale che ne è oggetto»¹⁴. In altre parole, l'ammissibilità del ricorso straordinario è preclusa dalla possibilità di sottoposizione della medesima situazione sostanziale all'esame di diverso giudice, possibilità invece prevista nel sistema di giustizia domestica delle Camere, che – per effetto di talune modifiche della composizione dell'organo giudicante – si articola in due gradi di giudizio di merito¹⁵.

¹³Cfr. ANDROINO, *sub art.* 111, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 212. Cfr. anche GIALUZ, *sub art.* 111, in S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1006.

¹⁴R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005, p. 129.

¹⁵Per quanto riguarda la Camera, l'Ufficio di Presidenza approvò il *Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti* nella riunione del 29 aprile 1988, istitutivo di una Commissione Giurisdizionale per il personale o per i candidati ai concorsi con il compito di decidere, in primo grado, dei ricorsi. La Commissione Giurisdizionale è nominata all'inizio della legislatura con decreto del Presidente della Camera ed è composta da tre membri designati tra i deputati in carica (uno scelto mediante sorteggio da un elenco formato dal Presidente della Camera; uno scelto mediante sorteggio da un elenco formato dal Segretario Generale; uno scelto mediante sorteggio da un elenco formato dalle organizzazioni sindacali di intesa tra loro, ovvero, in mancanza di intesa, mediante sorteggio da un elenco di nominativi designati in ragione di tre da ciascuna delle stesse organizzazioni sindacali). Il Presidente della Commissione è designato dal Presidente della Camera tra i componenti della commissione stessa. Le decisioni di tale commissione erano impugnabili dinanzi alla Sezione Giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza, prima della revisione regolamentare resa necessaria dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2009. Col decreto del Presidente della Camera 15 ottobre 2009 n. 781 è stato istituito il Collegio d'appello, composto da cinque deputati nominati da Presidente della Camera. Al Senato è stata invece istituita una Commissione contenziosa (composta da tre senatori, un consigliere parlamentare e un dipendente scelto dal presidente del Senato: art. 72, co. 8 T.U. Senato della Repubblica), contro le cui decisioni è consentito il ricorso ad un Consiglio di garanzia, composto da cinque senatori esperti in materie giuridiche, amministrative e del lavoro, nominati all'inizio di ogni legislatura dal Presidente del Senato, sentito il consiglio di presidenza (art. 75). Accanto ai suddetti membri effettivi, sono nominati cinque membri supplenti che sostituiscono i titolari in caso di assenza o impedimento, seguendo l'ordine della maggiore età nella carica di senatore o, in caso di parità, della maggiore anzianità anagrafica. La composizione del collegio deve rimanere identica nel corso delle sedute dedicate all'esame. In entrambi i casi, i componenti di queste commissioni sono nominati dai Presidenti delle Camere e quindi dallo stesso ente che è parte del conflitto.

Un secondo indice dell'inattitudine al giudicato dei provvedimenti degli organi di autodichia parlamentare si rinviene nella preclusione del rimedio di cui all'art. 395 n. 5 c.p.c.

Dall'art. 8 del *Regolamento per la tutela giurisdizionale non concernente i dipendenti della Camera dei deputati*, rubricato "ricorso per revocazione", emerge infatti che contro le sentenze del Collegio d'appello e del Consiglio di garanzia è dato ricorso per revocazione nei casi di cui all'art. 396 c.p.c.; resta pertanto esclusa la revocabilità per i vizi revocatori ordinari, di cui ai nn. 4 e 5 art. 395 c.p.c.. Analogamente, l'art. 6 *quater* del *Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti della Camera*, pure richiama il solo art. 396 c.p.c. e non anche l'art. 395 c.p.c.

Il legislatore ha invero tradizionalmente previsto la revocabilità di tutte le pronunce di giustizia idonee al giudicato formale e sostanziale, attraverso il rinvio all'art. 395 n. 5 C.p.c. e, dunque, alla revocabilità per contrarietà della pronuncia revocanda ad altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata, sul presupposto della equiparazione, quanto a capacità effettuale, del provvedimento da revocare a quello pacificamente passato in giudicato, tanto che il criterio di risoluzione del contrasto tra i dispositivi (appunto omogenei dal punto di vista dall'autorità) è quello cronologico. Così, ad esempio, il rinvio all'art. 395 n. 5 c.p.c. è ciò che ha consentito – mutuando il lessico dell'Adunanza Plenaria – di attribuire la *suitas* giurisdizionale al rimedio del ricorso straordinario al Capo dello Stato già prima della riforma di cui alla Legge n. 69/2009, che ha reso vincolante il parere del Consiglio di Stato ed ha consentito che in quella sede possano essere sollevate questioni di legittimità costituzionale. In particolare, prima che tale riforma trasformasse il ricorso straordinario da rimedio di carattere amministrativo in «rimedio giustiziale [...] sostanzialmente assimilabile ad un giudizio¹⁶», la tesi della natura giurisdizionale dell'istituto era stata costruita proprio sulla base dell'art. 15 del D. Lgs. n. 1199/1971, che poiché espressamente rinvia all'art. 395 n. 5 c.p.c., aveva costituito un significativo indice normativo in tal senso. Il crisma dell'intangibilità proprio del giudicato, oggi espressamente riconosciuto dall'Adunanza Plenaria al decreto presidenziale che definisce il ricorso, veniva tradizionalmente fatta discendere – in base ad una tesi affatto incontestata e a momenti minoritaria¹⁷ – dalla equiparazione tra

¹⁶A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, cit., p. 397.

¹⁷Invero, nonostante fino al 2001 le Sezioni Unite della Corte di cassazione abbiano sostenuto la natura amministrativa del rimedio in questione, essendo il citato art. 15 contenuto in un decreto

la decisione del Capo dello Stato e quella dell'autorità giurisdizionale, tale che l'una è capace di revocare quella cronologicamente successiva.

Tuttavia, mette conto rilevare che la stretta correlazione tra giudicato e giurisdizione sembra aver perso attualità sotto il vigore delle legislazioni speciali che, nel prevedere nuove forme di giurisdizione contenziosa, non sempre hanno contemplato l'idea del giudicato sostanziale, talvolta spezzando il binomio giudicato-giurisdizione. Sicché il giudicato non è un requisito imprescindibile dell'attività giurisdizionale¹⁸, soprattutto se trattasi di potere solo *obiettivamente* tale (come quello demandato ad organi non *naturaliter* giurisdizionali).

Stante l'attuale quadro normativo e dottrinale in materia di autodichia, la principale criticità del regime del provvedimento di giustizia domestica è l'inammissibilità della revocazione per contrasto con precedente sentenza avente tra le parti autorità di cosa giudicata.

In altre parole, se la capacità di produrre la *res iudicata* non può più essere considerata irrinunciabile carattere della giurisdizione, non può però negarsi che l'ammissibilità del ricorso per revocazione *ex art. 395, n.5, c.p.c.* costituisca un significativo indice della natura obiettivamente giurisdizionale di un provvedimento.

Si auspica, quanto meno, la modifica dei Regolamenti della Camera concernenti i dipendenti e non dipendenti, nella parte in cui non prevedono l'ammissibilità della revocazione delle decisioni degli organi di autodichia per il predetto vizio revocatorio. Né ciò recherebbe *vulnus* al potere garantito del Parlamento, in quanto, secondo le regole di competenza, giudice naturale del giudizio di revocazione sarebbe proprio quello che ha emesso la sentenza da revocare e, quindi, il giudice interno che abbia deciso in contrasto con una sentenza del giudice esterno. O, al più, potrebbe verificarsi l'opposta evenienza per cui il giudice comune, avendo pronunciato in contrasto con la decisione dell'organo di autodichia, sia chiamato a conformare il contenuto del proprio provvedimento a quello del giudice interno, con prevalenza, dunque, di quest'ultimo.

Del resto, l'art. 83 del testo unico delle norme regolamentari dell'Amministrazione riguardanti il personale del Senato della Repubblica – in cui

legislativo non fondato su uno specifico criterio della legge di delega, si è poi assistito ad un *revirement* della giurisprudenza di legittimità, consolidatasi sotto il vigore del Codice del processo amministrativo e in conformità alla dottrina che l'aveva preparato (V. L. MARUOTTI, in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, p. 467), nel senso della natura giurisdizionale dell'istituto. (Sez. Un. 28 gennaio 2011, n. 2065; Sez. Un. 7 febbraio 2011, nn. 2818-2939; Sez. Un. 10 marzo 2011, n. 5684).

¹⁸ S. SATTA, voce '*Giurisdizione (nozioni generali)*', cit., p. 229, ove emerge l'assenza di interdipendenza tra giurisdizione e cosa giudicata.

si rinviene l'omologo dei citati articoli 8 e 6 *quater* dei Regolamenti per la tutela giurisdizionale concernente i dipendenti e i non dipendenti della Camera dei deputati – già prevede la revocabilità delle decisioni per il motivo di cui all'art. 395, n.5 c.p.c.

3. L'ambito applicativo del potere guarentigato.

La necessità di delimitare (in senso restrittivo) il perimetro applicativo dell'autodichia del Parlamento sorge in conseguenza della stessa motivazione della sentenza della Corte costituzionale, nella parte in cui argomenta che «l'autodichia non è lesiva di attribuzioni costituzionali altrui in quanto (*e solo in quanto*) riguarda i rapporti di lavoro dei dipendenti¹⁹».

Invero «la riserva agli organi di autodichia dell'interpretazione e dell'applicazione [delle norme dei regolamenti parlamentari] costituisce il razionale completamento dell'autonomia organizzativa degli organi costituzionali in relazione ai loro apparati serventi, la cui disciplina e gestione viene in tal modo sottratta a qualunque ingerenza esterna».

In altre parole, solo le Camere possono fornire l'interpretazione autentica delle norme che hanno elaborate; affidandone l'esegesi al giudice esterno, si rischierebbe di compromettere l'indisturbato esercizio della funzione istituzionale. Dal che dovrebbe desumersi che il sindacato dei giudici domestici sia escluso in caso di controversie relative:

a) Ai rapporti di lavoro subordinato intrattenuti con il singolo membro del Parlamento, ovvero con gruppi parlamentari i quali, costituendo organizzazioni autonome di diritto privato, gestiscono liberamente i rapporti di lavoro con i propri dipendenti. Anche in tale caso, pertanto, manca il presupposto teleologico della giurisdizione domestica che, nella misura in cui definita il naturale riflesso dell'autonomia delle Camere, viene meno col venir meno della applicazione delle norme regolamentari al rapporto controverso. Tuttavia, di recente, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno escluso che il giudice comune possa sindacare l'atto di espulsione di un senatore da un gruppo parlamentare²⁰, per i

¹⁹ Cfr. punto 7.3 del considerato in diritto, in cui la Corte scioglie la riserva formulata con la precedente sentenza n. 120/2014, circa «il confine e il fondamento dell'autodichia».

²⁰ Cass., Sez. Un., ordinanza n. 6458/2020, in www.italgiure.giustizia.it, ove si legge che: «nella controversia riguardante l'impugnazione del provvedimento di espulsione del parlamentare eletto dal gruppo senatoriale di appartenenza, viene in rilievo un rapporto che si svolge tutto all'interno del piano di attività parlamentare del gruppo stesso, nella sua configurazione di associazione necessaria di diritto pubblico strumentale all'esercizio della funzione legislativa e al funzionamento del Senato della Repubblica: si verte, pertanto, in una sfera che, attenendo ad una articolazione fondamentale dell'Assemblea parlamentare, non sfugge al cono d'ombra che gli *interna corporis* e

poteri attribuiti agli organi di autodichia dalle norme dei regolamenti parlamentari. In particolare, il riconoscimento della giurisdizione domestica in caso di impugnazione del provvedimento di espulsione si basa, secondo il più recente indirizzo ermeneutico di legittimità, sulla natura prevalentemente pubblicistica del predetto gruppo; tale tesi contraddice quella precedentemente sostenuta dalle stesse Sezioni Unite in un'analogo vicenda²¹, occorsa prima che la Corte costituzionale indicasse l'opportunità di delimitare in senso restrittivo l'ambito applicativo dell'autodichia. È pertanto che non si ritiene condivisibile l'attuale orientamento della Corte di cassazione.

b) La giurisdizione domestica andrebbe altresì esclusa nel caso in cui oggetto del giudizio fosse una situazione soggettiva facente capo a soggetti terzi. Come affermato dalla stessa Corte costituzionale, l'autonomia normativa ha un fondamento che ne costituisce anche il confine; «se è consentito agli organi costituzionali disciplinare il rapporto con i propri dipendenti, non spetta loro...riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive (si pensi, ad esempio, alle controversie relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle amministrazioni degli organi costituzionali). Del resto, queste ultime controversie, *pur potendo avere ad oggetto rapporti non estranei* all'esercizio delle funzioni dell'organo costituzionale, non riguardano in principio questioni puramente interne ad esso e non potrebbero perciò essere sottratte alla giurisdizione comune» (cfr. punto 7.2 Considerando in diritto, nel quale si ravvisa lo spunto per un *revirement* della giurisprudenza degli organi di autodichia, che tendevano ad affermare la propria *potestas iudicandi* per le controversie in materia di appalti una volta che,

il diritto parlamentare frappongono alla giustiziabilità delle situazioni giuridiche individuali dinanzi al giudice comune dei diritti soggettivi. La tutela "reintegratoria" richiesta dal senatore azionando la domanda di nullità o di annullamento del provvedimento espulsivo dinanzi al giudice ordinario, è infatti idonea ad incidere sulla compagine numerica del gruppo parlamentare».

²¹In cui si era, per vero, affermato che al profilo costituzionale-parlamentare, in relazione al quale i gruppi costituiscono gli strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del Parlamento, come previsto e disciplinato dalle norme della Costituzione, dalle consuetudini costituzionali, dai regolamenti delle Camere e dai regolamenti interni dei gruppi medesimi, si affianca l'aspetto privatistico, che giustifica una assimilazione ai partiti politici. Cfr. Cass., Sez. Un., 19 febbraio 2004, n. 3335; Cass., Sez. Un., 24 novembre 2008, n. 27863; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2014, n. 27396. In linea con questo medesimo indirizzo, si è risolto in favore del giudice ordinario, anziché dell'autodichia del Senato, il dubbio sulla giurisdizione in una controversia vertente sull'impugnazione proposta dal dipendente di un gruppo parlamentare del Senato contro una delibera del Consiglio di Presidenza incidente sul rapporto di lavoro, e ciò sul rilievo che il rapporto di lavoro fa capo esclusivamente al gruppo parlamentare, che, nei confronti del proprio dipendente, non si atteggia ad organo dell'istituzione, ma ad associazione non riconosciuta (Cass., Sez. Un., n. 27396 del 2014).

stipulato il contratto, fosse sorto un rapporto contrattuale tra organo costituzionale e soggetto aggiudicatario).

Pertanto, poiché questi ultimi, in quanto enti pubblici autarchici, senz'altro rifluiscono nella nozione, eterogenea e cangiante, di "amministrazioni aggiudicatrici", tenute all'osservanza delle regole sull'evidenza pubblica al fine dell'affidamento di contratti pubblici, occorre individuare il momento in cui si radica la giurisdizione del giudice interno.

Ci si chiede se, all'uopo, si possano applicare le coordinate giurisprudenziali in tema di rapporti tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa e, dunque se – fino al momento della stipula del contratto di appalto – le controversie relative ai rapporti *in fieri* restino devolute al giudice amministrativo a titolo di giurisdizione esclusiva, ovvero se basti l'atto di aggiudicazione della gara per radicare la giurisdizione degli organi di giustizia domestica. In tale ultimo caso si assisterebbe ad una notevole espansione del potere di autodichia.

c) Infine, anche in caso di controversia in ordine ad una situazione giuridica soggettiva facente capo a membri del Parlamento cessati dalla carica, le Sezioni Unite civili, monopoliste della definizione delle questioni di giurisdizione con efficacia pan-processuale, hanno escluso che «l'ex parlamentare possa essere considerato «soggetto terzo» solo perché la sua carica è cessata²²», venendo così ad ampliare, *in parte qua*, il raggio di operatività dell'istituto in esame.

A fronte di tale progressiva espansione della giurisdizione domestica dovuta alla giurisprudenza delle Sezioni Unite, si auspica la rapida emersione di un orientamento in controtendenza, più conforme all'affermazione della giurisprudenza costituzionale che ha circoscritto e limitato le deroghe al regime di giurisdizione comune, anziché affermare un assoluto principio di non interferenza della magistratura sugli organi costituzionali; le norme attributive del potere di autodichia sono infatti eccezionali e di stretta interpretazione.

4. Autodichia e giurisdizione penale.

L'ambito applicativo dell'autodichia va infine delimitato individuando il confine tra la giurisdizione domestica e quella penale. Ci si chiede quale sia il giudice naturale legittimato a conoscere dei reati commessi dai dipendenti delle singole Camere, nell'adempimento della propria prestazione lavorativa.

Dalla giurisprudenza costituzionale emerge che «le Camere e il Presidente della Repubblica hanno provveduto a disciplinare, attraverso le fonti di autonomia, il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, poiché hanno ritenuto tale scelta

²² Cass., Sez. Un., ordinanza n. 18266/2019, cit.

funzionale alla più completa garanzia della propria autonomia. La conseguente riserva agli organi di autodichia dell'interpretazione e dell'applicazione di tali fonti non comporta un'alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze e, in particolare, una lesione delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria ricorrente: costituisce, invece, il razionale completamento dell'autonomia organizzativa degli organi costituzionali in questione, in relazione ai loro apparati serventi, la cui disciplina e gestione viene in tal modo sottratta a qualunque ingerenza esterna...ammettere che gli organi costituzionali possano, in forza dell'autonomia loro riconosciuta, regolare da sé i rapporti con il proprio personale, per poi consentire che siano gli organi della giurisdizione comune ad interpretare ed applicare tale speciale disciplina, significherebbe dimezzare quella stessa autonomia che si è inteso garantire».

Quid iuris in caso di applicazione delle norme penali incriminatrici, frutto della combinazione della maggioranza d'un ramo del Parlamento con quella dell'altro e che non rifluiscono nella normativa contenuta nei regolamenti parlamentari? In tal caso non si ravvisano ragioni per assegnare la loro interpretazione al monopolio esegetico dei Collegi interni, nella misura in cui detentori dell'interpretazione autentica delle norme dei regolamenti parlamentari, attesa la riserva di legge prevista in materia penale, quale irrinunciabile corollario del principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione, riserva la delimitazione dell'area del penalmente rilevante esclusivamente alle norme di legge (formale o sostanziale).

La devoluzione della cognizione delle controversie penali agli organi di autodichia va pertanto esclusa per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, per via della incompatibilità strutturale tra la norma penale incriminatrice e quella contenuta nei regolamenti parlamentari: la prima, assistita dalla predetta garanzia della riserva di legge, non può essere contenuta nelle disposizioni dei regolamenti parlamentari i quali, costituendo *interna corporis acta*, non hanno invece forza di legge. Ciò si evince dalla granitica giurisprudenza costituzionale in punto di insindacabilità dei ridetti regolamenti²³, che ha storicamente escluso il sindacato

²³Cfr. *ex plurimis*: Corte costituzionale, sent. n. 14/1964, in *Giur. cost.*, 1964, p. 129, con nota di M. BON VALSASSINA, *Considerazioni sulla sentenza n. 14 della Corte costituzionale* e di L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'«utilità delle leggi»*; in *Foro it.*, 1964, 1, p. 465, commentata da N. CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*; Corte cost., sent. n. 91/1968, in *Giur. Cost.*, 1968, p. 1494 e in *Foro it.*, 1968, 1, p. 2025; Corte cost., sent. n. 183/1973, in *Giust. Civ.*, 1974, 3, p. 410 e in *Giur. it.*, 1974, 1, p. 513, con nota di M. BERRI, *Legittimità della normativa comunitaria*, nonché in *Foro it.*, 1974, 1, p. 314, con nota di R. MONACO, *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*; Corte cost., sent. n. 154/1985, in *Giur. cost.*, 1985, 6, 1, p. 1078 e in *Foro it.*, 1985, I, 9, p. 2173, nonché in *Foro*

– in sede di giudizio di legittimità costituzionale – degli *interna corporis acta*, non ricadendo questi ultimi nell'elenco tassativo di cui all'art. 134 Cost. e, cioè, degli atti aventi forza di legge²⁴.

Oltre che per tale insormontabile ostacolo di tipo formale, la riscrittura dello statuto penale dei dipendenti pubblici all'interno dei regolamenti parlamentari appare soluzione impraticabile, in quanto irragionevole: l'introduzione di reati²⁵ sostanzialmente identici, nella loro materialità, a quelli previsti dal codice penale agli art. 314 ss. si tradurrebbe nella previsione di una giurisdizione *ad hoc* per il caso in cui uno stesso illecito sia commesso dal dipendente di una delle Camere, nella sede del Parlamento, e non già da qualsiasi altro pubblico dipendente.

Se, al fine di garantire la corretta interpretazione ed applicazione delle norme emanate dai singoli rami del Parlamento, l'ambito applicativo dell'autodichia viene a coincidere con quello della autonomia, il potere di giurisdizione domestica non può estendersi alle norme che non siano state emanate dalle singole Camere e che, al contrario, presuppongano il bicameralismo.

In altri termini, non si ritiene ragionevole (e legittimo) il radicamento di una giurisdizione interna e non esterna, sulla base del *locus commissi delicti*, nonché sulla base della diversa natura del datore di lavoro (Camera parlamentare-ogni altra PA).

Invero, in dottrina era già stato rilevato che «la 'costituzionalizzazione'

amm., 1985, 1, 9, p. 1571; Corte cost., sent. n. 120/2014, in *Giur. cost.*, 2014, 3, p. 2078, con commenti di F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, di M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)* e di P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*.

²⁴Va tuttavia rilevato che, secondo parte della dottrina, i regolamenti parlamentari possono essere considerati come atti aventi forza di legge: cfr. C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, spec. pp. 78, 93 ss.; Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1404; F. MODUGNO, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli "interna corporis acta" delle Camere*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1969, XIII, pp. 197 ss. e in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, II, Milano, 1970, pp. 1308 ss.; Id., *L'invalidità della legge*, II, Milano, 1970, pp. 122 ss.; Id., *Postilla*, *Giur. Cost.* 1977, I, pp. 1337 ss.; S.P. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, 1970, pp. 307 ss.; R. LA VALLE, *Se e perché alcuni regolamenti vadano qualificati come atti aventi forza di legge*, in *Giur. It.*, 1970, I, pp. 1296 s.; N. OCCHIOCUPO, *Il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 1973, pp. 194 ss.; S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milano, 1974, pp. 45 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1 e 2, Padova, 1976, pp. 120 ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1977, p. 227; A. RUGGIERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, pp. 122 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, nel *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1977, p. 410.

²⁵E si tratterebbe, in particolare, di reati propri semi-esclusivi, poiché suscettivi di essere integrati solo da taluni soggetti: i dipendenti del Parlamento, appunto. Altrimenti, le medesime condotte pure assumerebbero rilevanza penale, nella misura in cui contemplate dagli artt. 314 ss. c.p.

dell'autodichia sulle controversie di lavoro con i dipendenti, e soprattutto la sua giustificazione con la garanzia dell'autonomia degli organi costituzionali di vertice, va valutata in relazione a problemi paralleli. [Ci si è chiesti quale fosse] il trattamento costituzionalmente legittimo delle altre controversie che possano riguardare il personale dipendente da tali organi: controversie di responsabilità amministrativa; al limite, controversie penali.

Il tema riguarda la responsabilità dei dipendenti per gli eventuali danni inferti alle amministrazioni degli organi costituzionali: i quesiti da affrontare attengono alla sede giudiziaria competente e a chi spetti la legittimazione per farla valere. Quanto alla sede, non sembra che si possa far riferimento agli organi di autodichia, i quali sono competenti per le controversie di lavoro, instaurate con ricorso dei dipendenti²⁶».

Del resto, anche quando l'esercizio della funzione legislativa è compromessa dal reato del parlamentare si radica la giurisdizione del giudice penale (esterno), previa osservanza delle cautele previste in materia di immunità e di autorizzazione a procedere.

Pertanto appare preferibile l'interpretazione simmetrica: sia il membro del Parlamento che i relativi dipendenti hanno diritto al giudice comune, allorché, con le rispettive condotte penalmente rilevanti, compromettano l'indisturbato esercizio della funzione legislativa.

Al contrario, affermare che il giudice naturale dei dipendenti delle camere sia l'organo di autodichia presupporrebbe, a parere di chi scrive, il recupero della visione geografica di quest'ultima: quando il reato si consuma all'interno della sede parlamentare, si radica la giurisdizione domestica, così come del reato interamente commesso al di fuori del territorio nazionale conosce, non ricorrendo le condizioni previste agli artt. 7 ss. c.p., il giudice straniero.

5. Giurisdizione domestica e ordinamento giudiziario.

Tale ultima considerazione sembrerebbe avvalorata dall'attuale giurisprudenza di legittimità, atteso che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, a partire dalle citate ordinanze nn. 18265 e 18266 del 2019, hanno più volte proclamato il difetto assoluto di giurisdizione dei giudici esterni nei confronti dei Collegi interni²⁷. Tuttavia, ove questi ultimi fossero qualificabili alla stregua di qualsiasi altro giudice dell'ordinamento giuridico nazionale, le Sezioni Unite avrebbero

²⁶ F.G. SCOCA, op. loc. cit., p. 7.

²⁷ Corte di cassazione, Sez. Un., ordinanze n. 7220 del 13/3/2020; n. 6458 del 6/3/2020; n. 1720 del 27/1/2020, in www.italgiure.giustizia.it

dovuto regolare la giurisdizione e non già affermare, in senso assoluto, il difetto di potere giurisdizionale.

Va altresì considerato che tale formula ci porrebbe al riparo dal rischio di una visione eccessivamente semplicistica o totalizzante paventata dalla dottrina che pose l'interrogativo: «esiste ancora un difetto assoluto di giurisdizione come questione di giurisdizione?²⁸». Ebbene, la risposta è affermativa; non a caso è stato osservato che una delle rare ipotesi in cui si ravvisa il difetto assoluto di giurisdizione in senso stretto – rilevabile, cioè, senza necessità di conoscere, ancorché *incidenter tantum*, il merito della controversia – inerisce i rapporti tra i giudici italiano e straniero²⁹. Emerge un'altra analogia tra il giudice domestico e quello straniero e riemerge, timidamente, la visione geografica di autodichia, che pareva ormai superata.

Il ricorso alla teoria del pluralismo degli Ordinamenti giuridici³⁰ era già stato scongiurato da una risalente corrente dottrinale, la quale ammoniva circa l'inattendibilità de «la vecchia teoria sugli "organi sovrani", che traduce le ragioni dell'autonomia in quelle dell'isolamento, concependo le Camere e gli altri organi costituzionali quali corporazioni a sé stanti; teoria che suscita innanzitutto riserve di ordine metodologico, ove intenda desumere dal sistema uno statuto comune degli organi costituzionali, che ne costituirebbe carattere intrinseco, anziché procedere all'analisi delle funzioni (studiandone la conformazione e le modalità di esercizio) e delle singole prerogative³¹». Più precisamente, l'aver circoscritto il potere di autodichia alla cognizione delle controversie sorte entro il perimetro del Parlamento presuppone l'accoglimento di una nozione quasi geografica dell'istituto, che risolve quest'ultimo nel potere di taluni organi costituzionali di dirimere le controversie coi propri dipendenti, con preclusione di qualsiasi forma di sindacato esterno, sol perché sorte entro la sede parlamentare (o del diverso organo).

Ciò vale a dire che la tricotomia delle Camere conferisce al Parlamento il carattere

²⁸Ciò sul presupposto per cui le fattispecie in cui la giurisprudenza di legittimità ebbe a ravvisare tale forma estrema di difetto di giurisdizione celavano, in realtà, una questione di merito: cfr. I. ZINGALES, *Il difetto assoluto di giurisdizione tra apparenza e realtà*, in *Foro amm.*, 2000, p. 2042.

²⁹*Ibidem*, ove si legge che gli artt. 37 e 382, ult. co., c.p.c. mascherano, in realtà, il merito stesso della controversia, con le sole eccezioni dell'utilizzazione, da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità, dei poteri di riforma e di sostituzione del provvedimento amministrativo e dell'ipotesi del difetto assoluto di giurisdizione del giudice italiano rispetto al giudice straniero.

³⁰Per cui sia consentito rinviare a ROMANO SANTI, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, pp. 180 ss.

³¹M. MIDIRI, *Organi costituzionali e giurisdizione (Note su una prerogativa controversa: l'autodichia)*, in *Giur. cost.*, 2, 1989, p. 56.

di Ordinamento parallelo, capace di produrre un sistema di norme con efficacia territorialmente limitata alla propria sede, ove la predisposizione di un apparato per la definizione delle controversie appare necessario ed irrinunciabile strumento di chiusura del sistema, il quale non può abdicare a tale funzione, pena la perdita di autonomia. L'autodichia sembra acquisire l'antica connotazione, fondata sul concetto di Parlamento quale «Stato entro lo Stato³²» e, dunque, quale aggregato geografico dello stesso.

Per ridurre gli effetti distorsivi prodotti dall'adesione a tale teoria, non resta che riconoscere la sussistenza, «nel sistema costituzionale delle tutele, di figure nuove e del tutto inedite: organi di tutela "giurisdizionale" (o para-giurisdizionale), che non sono giudici (né ordinari, né speciali); svolgono la "funzione di giudicare", senza "appartenere all'organizzazione giudiziaria"; in definitiva sono giudici-non-giudici: giudici, perché giudicano, ossia risolvono controversie (e, come tali, sono perfino legittimati a "sollevare questioni di legittimità costituzionale"; non-giudici, perché estranei al sistema dei giudici previsto in Costituzione. Non sono giudici, ma consentono, secondo la Corte, che sia rispettata la "grande regola" del diritto al giudice!»³³

Posta la necessaria presenza (e persistenza) degli organi di autodichia nel sistema costituzionale, non resta che compiere l'operazione di armonizzazione di cui si è fin qui discusso. Il coordinamento tra giurisdizione domestica ed ordinamento giudiziario passa per un suggerimento *de iure condendo* in ordine al regime delle decisioni del Collegio di appello, quale l'ammissibilità del ricorso per revocazione *ex art. 395 n. 5 c.p.c.*, avverso queste ultime; tale soluzione, già sperimentata per le decisioni del Consiglio di garanzia, ristabilirebbe una certa "simmetria" tra i due rami del Parlamento. Va altresì favorito il restringimento dell'ambito applicativo del potere giurisdizionale delle Camere parlamentari assicurando, per questa via, conformità e continuità tra la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità.

³² Cfr. ROMANO SANTI, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), in *Scritti minori*, I, Milano, p. 1960; analoga considerazione si rinviene – *mutatis mutandis* – per la risoluzione della questione dei rapporti tra Stato e Chiesa, in F. FINOCCHIARO, *Santi Romano e il diritto ecclesiastico*, in A. ALBISETTI (a cura di), *Saggi (1973-1978)*, Milano, 2008, p. 343, ove l'A. Evidenzia come l'art. 7 Cost. sia il precipitato storico di una concezione di Chiesa quale ordinamento originario, distinto ed autonomo rispetto a quello statale, così come insegnato e difeso dal ROMANO.

³³ F.G. SCOCA, cit., p. 9.

Dai modelli legali al comodato «di terzo genere»

di Davide GASPARINI*

SOMMARIO: **1.** Natura, struttura e funzione del comodato. **2.** Obbligazioni nascenti dal contratto. **3.** Comodato senza determinazione di durata. **4.** Estinzione del rapporto, recesso e obbligo di restituzione. **5.** Il comodato di terzo genere.

ABSTRACT: *The contribution constitutes an attempt to analyze the nature, phisionomics basics and the function of the loan for use, misleading figure with free patrimonial provision, but not always disinterested and legitimated by courtesy and benevolence.*

The elasticity of the contract consents its atypical conformation distant from legal models referred to in paragraphs 1803-1809 and 1810 of the Civil Code. The commodatum « of third kind » makes the power of restitution of the assets negotiable between the parties, derogating from the rule of the discretionary exercise of withdrawal that characterizes the loan for use without determination of duration.

The topic offers the opportunity to examine in depth the interferences between freedom of contract and judgment of merit, therefore, about the relationship between the freedom of private individuals and the values of the juridical system. This is the premise and the foundation of the loan for use of third kind, whose operation in long-term relationships does not fail to generate doubts and perplexities.

1. Natura, struttura e funzione del comodato.

Da tempo immemorabile il comodato è considerato figura di confine tra cortesia e diritto¹.

* *Avvocato del Foro di Nocera Inferiore, specializzato in professioni legali presso l'Alma Mater Studiorum-Università di Bologna.*

¹ Cfr. Relazione al progetto ministeriale, *Libro delle obbligazioni*, n. 545. Da un'analisi delle fonti romane emerge che il prestito d'uso era già diffuso nella prassi sociale tra persone legate da vincoli di parentela o amicizia, per poi acquistare rilevanza giuridica in via pretoria con l'*actio commodati in factum*, che consentiva al comodante il recupero del bene. La tutela del comodato si realizza compiutamente in epoca classica quando apparve per la prima volta nell'Editto, accanto a quella *in factum*, anche una corrispondente formula *in ius concepta*. La differenza tra le due formule era che la prima presupponeva la mancata restituzione della cosa e, ciò accertato, il giudice

Tale connotazione, in una certa misura, qualifica sul piano funzionale il contratto senza però attenuarne la forza vincolante².

Dalla definizione legislativa (art. 1803 c.c.) emergono quelli che la dottrina prevalente considera i caratteri distintivi di questo istituto: la realtà, l'unilateralità e la gratuità³.

L'espressione normativa «una parte consegna all'altra» non lascia dubbi circa la configurazione del contratto come reale⁴. La consegna della cosa costituisce, in aggiunta all'accordo, elemento essenziale e di struttura del negozio, necessario per il suo perfezionarsi⁵.

L'impostazione tradizionale giustifica la realtà del contratto per la sua essenziale gratuità. Il requisito della realtà escluderebbe che dalla promessa di una prestazione di cortesia possa sorgere per il promittente qualsiasi vincolo giuridico⁶, che si ha solo se sia spontaneamente adempiuta la consegna della *res*. Analogamente alla forma pubblica nella donazione, la consegna nel comodato rappresenta la "forma" della volontà impegnativa⁷. L'assunto si basa

commisurava la condanna al valore della cosa; nella seconda è omissivo il detto presupposto e il giudice doveva valutare il rapporto alla stregua della *bona fides*, a tale criterio commisurando la condanna. Per un'esegesi delle fonti storiche si veda G. SCHERILLO, s.v. *Comodato* (diritto romano), in *Enc. Dir.*, VII, Milano, Giuffrè 1960, pp. 984-986 e P. ZANNINI, s.v. *Comodato nel diritto romano*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, Utet, 1988, p. 32 ss.

In tema di atti e prestazioni di cortesia, V. PANUCCIO, s.v. *Prestazioni di Cortesia*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, Utet, 1996, p. 269 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 83 ss.

² Quanto all'indagine sull'intento di vincolarsi giuridicamente, specie nei casi di atti di cortesia che richiamano schemi contrattuali tipici come il comodato, si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, p. 85 ss., p. 92 ss.

³ In tal senso, F. CARRESI, s.v. *Comodato* (diritto civile), in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, Utet, 1959, p. 692; G. TAMBURRINO, s.v. *Comodato* (diritto civile), in *Enc. Dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 994; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e Mutuo*, in *Tratt. Grosso - Santoro Passarelli*, V, 7, Milano, Vallardi, 1972, p. 4.

⁴ F. CARRESI, *op. cit.*, p. 692; R. TETI, s.v. *Comodato*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, Utet, 1988, p. 37.

⁵ A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da G. IUDICA - P. ZATTI), Milano, Giuffrè, 1995, p. 644.

⁶ G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 4. Minore difficoltà suscita la configurabilità di ipotesi di contratti preliminari di contratti reali e in particolare di comodato. Sull'ammissibilità del preliminare di comodato si esprime G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 996.

⁷ Così, R. TETI, *op. cit.*, p. 38. In senso contrario, M. FRAGALI, *Del Comodato, artt. 1754-1812*, in *Commentario del codice civile* (a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA), Bologna, Zanichelli, 1970, p. 176, il quale osserva che «è preferibile ritenere che questa realtà sia stata preordinata per evitare l'incongruenza in cui avrebbe condotto il comodato consensuale, di un comodante debitore della cosa comodata: se la consegna non può essere che il risultato di un'attuazione incoercibile, essa non può iscriversi nello schema negoziale se non come prestazione costitutiva del rapporto». V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. priv.* (a cura di IUDICA - ZATTI), Milano, Giuffrè, 2011, p. 373, invece, evidenzia che «una causa debole come quella che si riduce alla volontà del contraente ha

sulla condivisibile esigenza di evitare che il prestito d'uso venga concluso dal comodante senza sufficiente meditazione.

Per quanto attiene la consegna della cosa, essa può essere effettuata oltre che con la consegna materiale, anche mediante *traditio ficta*, purché valga giuridicamente a porre il comodatario in grado di conseguire la detenzione e di servirsi della cosa⁸. Al riguardo, va rilevato che se la struttura reale del contratto impedisce di regola il suo perfezionamento mediante lo schema dell'art. 1333 c.c., la norma *de qua* deve ritenersi invece applicabile nelle ipotesi di costituito possessore, dato che in tali casi non si deroga alla contestualità tra consenso e consegna⁹.

La *traditio* attribuisce al comodatario esclusivamente la detenzione della cosa, implicando il titolo negoziale il riconoscimento del diritto alieno¹⁰. La detenzione è qualificata dall'uso gratuito dedotto in contratto: la consegna, infatti, nel comodato avviene affinché il comodatario possa usare della cosa e goderne secondo quanto pattuito¹¹.

Quanto alla capacità di dare o ricevere in comodato, ferme restando le regole generali in tema di contratto, è condivisa l'opinione secondo cui la stipulazione del contratto è atto di straordinaria amministrazione per il comodante e di ordinaria amministrazione per il comodatario. Non si può però escludere che la varietà delle circostanze e degli interessi concreti scaturenti dal contratto, possano implicare o non implicare per entrambi i contraenti la qualificazione del comodato in termini di atto di straordinaria amministrazione¹².

Poiché il potere di godimento del comodatario trae origine dal contenuto del diritto già esistente in capo al comodante – in base ad una fattispecie ad effetto derivativo-costitutivo – la legittimazione a dare in comodato spetta a chi sia titolare di una posizione giuridica soggettiva, personale o reale, che gli consenta

bisogno di elementi di sostegno; e di elementi massimamente oggettivi, per bilanciare la soggettività dell'elemento causale. L'oggettività sta nella solennità, quando l'elemento di sostegno è la forma» (il discorso riguarda la donazione). «L'oggettività sta nella materialità, quando l'elemento di sostegno è la consegna della cosa: nei contratti reali gratuiti (mutuo, deposito, comodato) la debolezza della causa è compensata da un fatto al tempo stesso fortemente fisico e fortemente simbolico, quale la *traditio*».

⁸ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 468; T. SCOZZAFAVA, in *Tratt. dir. priv.* (a cura di P. RESCIGNO), 12, IV, II ed., Torino, Utet, 1996, p. 353. In giurisprudenza, v. Cass. 15 dicembre 2015, n. 25222, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. 29 gennaio 2003, n. 1293, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Comodato*, n. 4.

⁹ N. CIPRIANI, *Il Comodato*, Napoli, Esi, 2005, p. 149.

¹⁰ F. CARRESI, *op. cit.*, p. 694.

¹¹ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 1001.

¹² A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 649; G. MANZO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Delle Obbligazioni, artt. 1754-1822*, (diretta da C. RUPERTO), t. IX, Milano, Giuffrè, 2005, p. 5916.

di disporre del godimento della cosa¹³. Oltre al proprietario, quindi, saranno legittimati a concedere un bene *causa commodati* anche il locatore, l'usufruttario¹⁴, il superficiario e il creditore anticretico.

Dal punto di vista strutturale il contratto di comodato deve essere considerato contratto bilaterale non corrispettivo, poiché è fonte di obbligazioni per entrambe le parti, sebbene le obbligazioni non siano legate da un nesso sinallagmatico. Con espressione eclettica si dice che trattasi di «*contratto bilaterale imperfetto*»¹⁵ in quanto opera una sola attribuzione patrimoniale, quella del diritto di godimento temporaneo sul bene, a carico del comodante e a favore del comodatario. L'unilateralità del contratto non riguarda la struttura – essendo ormai anacronistica e priva di riscontro positivo la figura del contratto unilaterale prevista dall'art. 1100 del codice del 1865 – ma l'effetto e cioè l'attribuzione patrimoniale che si sostanzia in un diritto personale di godimento in favore del comodatario; sicché è possibile parlare di contratto con attribuzione a carico del solo comodante e con obbligazioni per entrambe le parti¹⁶.

Il comodato è contratto essenzialmente gratuito (art. 1803 co. 2 c.c.). Tale carattere non viene meno quando dal contratto scaturisca anche un vantaggio a favore del comodante, sempre che rimanga prevalente il vantaggio del comodatario. In altri termini, il beneficio del concedente non deve sovrastare quello del comodatario, incidendo sulla causa del contratto e in guisa da trasformare il contratto da gratuito in oneroso¹⁷.

¹³ F. SCAGLIONE, *Il Comodato, artt. 1803-1812*, in *Commentario Schlesinger - Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 101.

¹⁴ Cfr. Cass. 5 luglio 1974, n. 1953, in *www.italggiure.giustizia.it*; Cass. 25 luglio 1981, n. 4806, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Usufrutto*, n. 6.

¹⁵ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 807; G. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 981.

¹⁶ G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 13; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 186; R. TETI, *op. cit.*, p. 40; A. LUMINOSO, s.v. *Comodato*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, Treccani, 1987, p. 2, Id. *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 647; di recente, F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 100; L. BOGNANNI, *Comodato immobiliare e restituzione del bene: riflessioni su contratto atipico in presenza della clausola contrattuale "nel caso che il comodante ne abbia necessità"*, nota a Cass. 12 marzo 2008, n. 6678, in *Vita not.*, I, 2009, p. 120. In termini analoghi, F. CARRESI, *op. cit.*, p. 692, secondo cui «il comodato è contratto con prestazioni a carico di una sola parte, ma non per la ragione, comunemente addotta, che da esso ha origine un'obbligazione di restituzione a carico del comodatario, ma perché in armonia con quella che è la costante e caratteristica funzione del comodato, da questo contratto nasce un solo diritto principale, che è il diritto del comodatario di servirsi della cosa comodata, e correlativamente, una sola obbligazione che è quella che sul comodante grava di lasciare la cosa al comodatario e di non impedirgli di servirsene nel modo e per il tempo stabiliti dal contratto».

¹⁷ V., per tutti, G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 997 ss.

Nella prassi è frequente l'apposizione al comodato di un *modus*. Detto elemento accidentale, non comporta uno scostamento dal tipo finché la prestazione imposta al beneficiario non si pone in rapporto di corrispettivo con il beneficio, esprimendo un interesse secondario del comodante. In tal caso, si rimane nell'ambito della gratuità¹⁸. Quando, invece, l'onere gravante sul comodatario celi una controprestazione giustificativa dell'attribuzione in godimento del bene, si ha locazione e non già comodato¹⁹.

Altro elemento fisionomico del contratto è la determinazione dell'uso cui la cosa deve servire o la delimitazione temporale del prestito d'uso²⁰. Cosicché la durata del rapporto riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 c.c., può stabilirsi tanto in modo espresso, tramite l'indicazione del termine finale, che in maniera tacita attraverso il riferimento all'uso cui il bene è destinato²¹. Se manca la determinazione espressa della durata, quindi, il comodato si intende convenuto per il tempo necessario a fare l'uso per il quale la cosa è stata comodata (ed allora il termine sarà *certus an, incertus quando*). In altre parole, l'uso per il quale il comodato è stato posto in essere può produrre la determinazione implicita del termine di durata del contratto, in relazione alla natura della cosa, alla professione del comodatario o alle altre circostanze (si pensi alla destinazione del bene quale casa familiare)²².

Nel caso di concessione in comodato di immobile adibito a casa familiare, in assenza di una espressa indicazione della scadenza, è possibile che l'uso del bene e quindi del rapporto sia potenzialmente di lunghissima durata. Se il contratto ancora la durata del comodato alle esigenze della famiglia del comodatario, vi è il corrispondente diritto di questi che esso perduri fino al venir meno delle esigenze familiari²³.

¹⁸ *Ex multis*, Cass. 17 gennaio 2019, n. 1039, in www.itagiure.giustizia.it.

¹⁹ R. TETI, *op. cit.*, p. 39; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 646. In argomento, M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 195, secondo cui il *modus* sarebbe «deducibile soltanto se sia divisibile l'utilità che la cosa è in grado di produrre, in guisa che sia distaccabile dal godimento il risultato che deve attingersi mediante l'adempimento del dovere posto al comodatario [...]». In giurisprudenza, cfr. Cass. 28 giugno 2005, n. 13920, in www.itagiure.giustizia.it; Cass. 15 gennaio 2003, n. 485, *ibidem*; Cass. 2 aprile 1984, n. 2151, in *Giur. agr. it.*, I, 1985, 157.

²⁰ Il comodato è normalmente contratto di durata. Secondo A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 647, non è condivisibile l'orientamento maggioritario, poiché «il rapporto di comodato non è sempre e necessariamente di durata».

²¹ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 1001; F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 160. In tal senso, v. Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2011, n. 3168, in www.itagiure.giustizia.it.

²² Cfr. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 317. In tema di comodato di immobile destinato a casa familiare, si rinvia a Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Fam. dir.*, I, 2015, p. 5.

²³ La giurisprudenza di legittimità ha precisato che qualora un immobile venga concesso in comodato con la clausola «fino a quando i comodatari non abbiano reperito un alloggio», il termine

La concessione del bene in comodato di lunghissima durata può però svelare, *ceteris paribus*, una finalità successoria anticipatoria o comunque un intento di liberalità²⁴, il che conduce il contratto sul terreno della donazione indiretta. Se il comodato integra una liberalità indiretta deve conseguentemente applicarsi la relativa disciplina²⁵.

Benché la dottrina maggioritaria ritenga che il comodato si basi sulla fiducia, taluni escludono che esso sia un contratto *intuitu personae*, poiché deporrebbero in tal senso più indici normativi: dal un lato, il comodatario, previo consenso, può concedere al terzo il godimento della cosa comodata (così art. 1804, co. 2 c.c.); dall'altro, il comodante può lasciare agli eredi del comodatario l'uso della cosa stessa (art. 1811 c.c.)²⁶.

Passando all'analisi del profilo causale²⁷ del contratto in commento, è opportuno segnalare la sua rinnovata importanza alla luce della teoria della causa concreta. Nei primi anni di vigenza del codice civile del '42 taluni autori individuavano nella cortesia l'elemento che fonda il comodato, costituendone la causa stessa²⁸. Ciò in considerazione della fiducia che è alla base della instaurazione del rapporto e delle particolari esigenze di carattere sociale cui assolve il contratto. In quest'ottica, il comodato trova «la sua giustificazione causale nella volontà di sopperire ad una contingente necessità altrui, con il godimento gratuito,

stabilito è meramente apparente, mancando di qualsiasi concretezza temporale di determinazione e deve considerarsi come non apposto, con la conseguenza che il rapporto resta regolato dall'art. 1810 c.c. (Cass. 22 marzo 1994, n. 2750, con nota adesiva di E. MORENA, *Un caso in tema di comodato immobiliare: l'obbligo di restituzione e la mancata apposizione del termine*, in *Giust. civ.*, VII-VIII, 1994, p. 2517).

²⁴ F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 160.

²⁵ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 316; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 10; R. TETI, *op. cit.*, p. 39 ss.

²⁶ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 204 ss.; A. LUMINOSO, s.v. *Comodato*, in *Enc. giur.*, cit., p. 1.

²⁷ In tema di causa, sia consentito rinviare ai seguenti Autori: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da F. VASSALLI), XV, 2, Torino, Utet, 1960, p. 171 ss.; M. GIORGIANNI, s.v. *Causa del negozio giuridico*, (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 549 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè 1968, *passim*; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 2000, p. 452 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2006, p. 810 ss. Per una compiuta e recente panoramica degli orientamenti sulla causa, si veda A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2018, p. 1 ss. Con riferimento all'indagine sulla causa negli atti gratuiti atipici, si veda il contributo di R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà "orizzontale" e contratto*, in www.juscivile.it, 6, 2016, p. 507 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2007, p. 299 ss.; rilevante in tema di causa concreta anche Cass. 7 maggio 1998, n. 4612, in www.italgiure.giustizia.it.

²⁸ F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ. it.*, (diretto da F. VASSALLI), Torino, Utet, 1950, p. 13.

personale e transeunte di una cosa», dando vita, così, ad una relazione negoziale che «trae la sua ragion d'essere da rapporti di condiscendenza e di fiducia»²⁹. Siffatta tendenziale vocazione solidaristica, caratterizzata dalla volontà di consentire un vantaggio di comodità e un'agevolazione, può incidere sulla connotazione causale del contratto, «in modo da divenire un dato importante *ad colorandam causam*»³⁰.

A ben vedere, però, la stipula del contratto gratuito non necessariamente risulta disinteressata in termini economici; da qui l'esigenza di liberare la figura in esame dalla nozione di cortesia³¹. La causa in senso tecnico del comodato è più propriamente ravvisabile nell'attribuzione, priva di corrispettivo, del godimento di cosa di specie a beneficio dell'accipiente, per un periodo o un uso determinato³². Tale concezione, svincolata dall'elemento della cortesia, può favorire una più agevole indagine della causa concreta³³ – in base ad una ricostruzione di tale elemento in termini «di sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato»³⁴ – quando la concessione in godimento del bene non sia dovuta ad mero spirito di cortesia o da benevolenza, bensì da esigenze diverse, come evitare di pagare tasse, pesi e oneri che gravano sul bene, ovvero per la necessità di mantenere in uso la *res commodata* o, ancora, per esigenze commerciali o pubblicitarie³⁵.

²⁹ Così, Cass. 29 ottobre 1963, n. 2856; Cass. 11 novembre 1974, n. 3695; richiamate da Cass. 28 giugno 2019, n. 17402, tutte in *www.itagiure.giustizia.it*.

³⁰ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 199.

³¹ Nel contratto di comodato, ove avvenuta la consegna del bene, l'intento cortese resta relegato nell'ambito dei motivi. Così, V. PANUCCIO, *op. cit.*, p. 272; nello stesso senso, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 114 ed ivi nt. 72.

³² G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 5; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 1000; A. LUMINOSO, s.v. *Comodato*, *Enc. Giur.*, cit., p. 1; R. TETI, *op. cit.*, p. 38. Tale impostazione appare rispondente alla definizione azzoniana di comodato: «*commodatum est alicuius rei ad aliquem specialem usum gratuita facta concessio*», si veda U. SANTARELLI, *Comodato nel diritto medievale e moderno*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, Utet, 1988, p. 35.

³³ Osserva A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 14 s.: «qualora si intenda ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto di autonomia, l'indagine non può che rivolgersi alla causa, che in quanto tale racchiude tra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili quelli che acquistano concreta e specifica consistenza e confluiscono in essa. [...] la causa – intesa come funzione economico-individuale – da un lato, è l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano) della complessa ed articolata struttura della regola privata che il contratto esprime; dall'altro, dinanzi alla regolamentazione prospettata dal contratto, costituisce l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che le parti del contratto intendono perseguire».

³⁴ Così, Cass. 10490/2006, cit.

³⁵ In queste ultime due ipotesi il comodato si inserisce, di regola, in un'operazione contrattuale più ampia, atteggiandosi alla stregua di un contratto secondario rispetto ad un negozio principale (di solito oneroso) cui è collegato o è patto che vi accede. Sul problema della funzione del comodato in caso di collegamento negoziale si rinvia a N. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 44 ss.

Per espressa previsione normativa, oggetto del comodato possono essere sia beni immobili che mobili (art. 1803 c.c.). Quale ipotesi di prestito d'uso – e non prestito di consumo (e cioè di mutuo) – il comodato può avere ad oggetto solamente cose non consumabili, non restituibili per *tantundem*, dato «l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta» (art. 1803 c.c.).

Il comodato è contratto a forma libera, dato che lo stesso non è soggetto all'onere della forma scritta di cui all'art. 1350 c.c., che non riguarda nemmeno il comodato immobiliare, anche se di durata ultranovennale, il quale può essere provato anche per testimoni e per presunzioni³⁶.

Il comodato di azienda commerciale, invece, esige la forma scritta ad *probationem*, in base alla generale previsione di cui all'art. 2556 co. 1 c.c.³⁷

A nessun effetto, per il comodato avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati, è prevista la trascrizione (v. art. 2643 c.c.)³⁸.

2. Obbligazioni nascenti dal contratto.

Occorre ora soffermarsi sugli effetti che dalla fattispecie scaturiscono.

Giova premettere che dato il silenzio del legislatore non è agevole individuare le obbligazioni principali che sorgono in capo al comodante.

Essendo il nostro contratto fonte di obbligazioni per entrambe le parti, non può ritenersi che il comodante sia soggetto ad un mero dovere di astensione verso controparte. Perciò l'obbligazione principale cui lo stesso è tenuto è «lasciar godere»³⁹ la cosa, che si estrinseca nel precipuo obbligo di non compiere atti di disposizione materiale o giuridica della cosa comodata idonei a pregiudicare il godimento del comodatario e di non impedirgli l'uso nei modi e per il tempo stabiliti nel regolamento contrattuale⁴⁰.

³⁶ Così, tra tante, Cass. 3 aprile 2008, n. 8548; Cass. 4 dicembre 1990, n. 11620; Cass. 15 ottobre 1973, n. 2591, tutte in *www.italgiure.giustizia.it*.

³⁷ A. LUMINOSO, s.v. *Comodato*, in *Enc. Giur.*, cit., p. 2.

³⁸ A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 648; R. TETI, *op. cit.*, p. 41.

³⁹ R. TETI, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰ Secondo taluni Autori, il comodante dovrebbe attivarsi per riconsegnare la cosa al comodatario qualora questi abbia perduto, senza sua colpa, la disponibilità materiale della cosa (in tal senso, F. CARRESI, *op. cit.*, p. 692; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit. p. 658 s.; R. TETI, *ibidem*). In presenza di uno spoglio violento o clandestino, invece, il comodatario è tenuto ad attivarsi mediante l'azione di reintegrazione ex art. 1168, co. 2, c.c. e ciò in virtù dei generali obblighi di custodia e conservazione previsti a suo carico (art. 1804 c.c.) funzionali all'obbligazione di restituzione e del breve termine per esperire detta azione. In tal caso, il comodatario-detentore che agisce in reintegra può fornire la prova del titolo anche per presunzioni, non essendo in discussione la validità e gli effetti del vincolo che giustifica la detenzione qualificata, ma esclusivamente il fatto storico dell'esistenza del corrispondente potere di fatto sulla cosa (cfr. Cass. 20 maggio 2008, n. 12751, in *www.italgiure.giustizia.it*).

Un'altra obbligazione – a carattere eventuale – a carico del comodante è quella di rimborsare al comodatario le spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, «se queste erano necessarie e urgenti» (art. 1808 c.c.)⁴¹. La necessità e l'urgenza dovranno essere vagliate dal giudice, caso per caso, in base alle risultanze istruttorie e al suo prudente apprezzamento.

La previsione di cui all'art. 1812 c.c., invece, non prevede una vera e propria obbligazione del comodante, ma impone allo stesso di attribuire in godimento una cosa immune da vizi che possano arrecare danno a chi se ne serve. In considerazione della gratuità dell'attribuzione, la norma citata limita la siffatta responsabilità contrattuale alla sola ipotesi in cui ricorra il dolo del concedente (la cui prova deve essere data dal comodatario)⁴².

L'obbligo del comodante di far godere la cosa è in correlazione con la posizione giuridica attiva che sorge in capo al comodatario che si sostanzia, come si è accennato, in un diritto personale di godimento⁴³.

Sul comodatario gravano innanzitutto gli obblighi di custodia e conservazione della cosa, strumentali all'obbligazione di restituire la *eadem res* al termine del rapporto. Nell'obbligo di conservare è compreso quello di effettuare le spese ordinarie finalizzate alla conservazione della cosa, delle quali il comodatario non può chiedere il rimborso (come si desume, *a contrario*, dall'art. 1808 co. 2 c.c.). Il comodatario deve servirsi della cosa unicamente per l'uso determinato dal contratto o connaturale alla cosa⁴⁴. Secondo autorevole dottrina, l'obbligazione del comodatario di usare la cosa in un determinato modo non è propriamente un'obbligazione, ma rappresenta il limite al beneficio che gratuitamente gli è stato contrattualmente attribuito⁴⁵.

Quanto all'obbligazione di restituzione, imposta dalla natura temporanea del rapporto, essa diventa esigibile in cinque casi: a) quando è compiuto l'uso o scaduto il termine convenuto; b) quando il comodatario ha cessato di servirsi della cosa in conformità all'uso cui è destinata oppure l'ha subcomodata a terzi

⁴¹ Al riguardo, v. Cass. 14 giugno 2018, n. 15699, in *Giur. it.*, VIII-IX, 2018, p. 1808 ss. che, dando continuità all'orientamento di Cass. 6 novembre 2002, n. 15543, ha riaffermato il seguente principio: «il comodatario che, al fine di utilizzare la cosa, debba affrontare spese di manutenzione straordinaria (non riconducibili alla categoria delle spese straordinarie necessarie e urgenti per la conservazione della cosa) può liberamente scegliere se provvedervi o meno, ma se decide di affrontarle, lo fa nel suo esclusivo interesse e non può conseguentemente pretendere il rimborso dal comodante».

⁴² Così A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 659; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 33 ss. In termini, v. Cass. 2 aprile 1963, n. 819, in *Foro it.*, X, 1963, p. 2198 ss.

⁴³ F. CARRESI, *op. cit.*, p. 692; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit. pp. 647-650.

⁴⁴ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 1003.

⁴⁵ F. CARRESI, *op. cit.*, p. 692.

senza autorizzazione; c) quando sopravviene un impreveduto e urgente bisogno al comodante; d) quando il comodante la richieda nel caso di comodato senza determinazione di durata; e) per morte del comodatario.

3. Comodato senza determinazione di durata.

Innovando rispetto al codice civile del 1865, il Legislatore del '42 ha posto accanto al comodato propriamente detto (artt. 1803-1809 c.c.) il «comodato senza determinazione di durata», rubricato all'art. 1810 c.c. (cd. precario)⁴⁶.

Invero, la dicotomia *commodatum* - *precarium*⁴⁷ era già presente nella riflessione dei giuristi medievali, che misero in evidenza la differenza – ancora attuale – consistente essenzialmente nella diversa modalità dell'*usus*, che era certo nel comodato e rimaneva invece incerto nel precario.

Questo sottotipo⁴⁸ di comodato ricorre quando non sia stato espressamente determinato un termine per la restituzione della cosa e lo stesso non sia desumibile tacitamente dall'uso cui la cosa è destinata. In siffatta fattispecie, dunque, la scadenza del contratto è rimessa alla determinazione di colui che consente il godimento.

La precarietà dell'attribuzione comporta un'attenuazione del vincolo contrattuale nascente dal contratto per il comodante e correlativamente l'acquisto da parte del comodatario di una situazione per sua natura instabile. Quest'ultimo infatti si trova in una situazione soggettiva passiva di soggezione, di fronte al diritto del concedente di determinare potestativamente la fine del rapporto mediante l'esercizio del recesso *ad nutum*⁴⁹. La soluzione legislativa si spiega in base all'esigenza di dare un termine finale ad un rapporto che in astratto potrebbe protrarsi *sine die*, contrariamente alla temporaneità dell'uso. La scelta è coerente con i principi generali in tema di contratti di durata senza prefissione di un termine, per i quali è normalmente previsto il recesso *ad nutum*. In tale ipotesi, il recesso legale svolge una precipua funzione determinativa e liberatoria⁵⁰.

⁴⁶ Cfr. Relazione al codice civile, n. 734.

⁴⁷ È bene ricordare che nel diritto romano il *precarium* nasce come rapporto di mero fatto tra soggetto e cosa, consistente nell'attribuzione in godimento di un bene revocabile *ad nutum* dal concedente, V. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 164, nt. 466 e riferimenti ivi contenuti. Per contro, nell'età intermedia il *precarium* diviene un vero e proprio contratto al pari del comodato, cfr. in tal senso, U. SANTARELLI, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ In tal senso, R. TETI, *op. cit.*, p. 48; F. MASTROPAOLO, *I singoli contratti. I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. SACCO), 7, Torino, Utet, 1999, p. 734.

⁴⁹ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 321.

⁵⁰ Sulla funzione determinativa del recesso, sia consentito rinviare a M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale, artt. 1372-1373*, in *Commentario Schlesinger - Busnelli*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2013, p. 367 ss.

La richiesta di restituzione *ex art. 1810* determina l'immediata cessazione del diritto del comodatario alla disponibilità e al godimento della cosa. La norma, invero, prevedendo la restituzione immediata a seguito del recesso, esclude che possa avere valore la circostanza che il precarista non abbia ancora potuto usare la cosa o completarne l'uso ed esclude la necessità di un preavviso di recesso. Con la conseguenza che, una volta sciolto il contratto per unilaterale iniziativa del comodante, il comodatario che rifiuti la restituzione della cosa, viene ad assumere la posizione di detentore abusivo del bene altrui⁵¹.

La specialità della figura tuttavia non esclude l'applicabilità della disciplina generale in tema di comodato.

Inoltre, l'istituto di cui all'art. 1810 c.c. va tenuto distinto da figure simili. Si differenzia in primo luogo dal precario a corrispettivo irrisorio (*numus unus*), la cui prestazione è atto simbolico di riconoscimento del diritto di colui che consente il godimento e del carattere non reale del diritto del precarista. Non rientra nello schema di cui all'art. 1810 nemmeno la figura atipica del precario oneroso, che si ha quando la concessione in godimento di un bene immobile pur essendo remunerata (con corrispettivo parziale) sia provvisoria, revocabile e finalizzata a custodire il bene. Essa, quindi, si distingue sia dal comodato, ancorché precario, per la presenza di un corrispettivo, sia dalla locazione per la possibilità riconosciuta al concedente di far cessare in qualsiasi momento il godimento⁵².

4. Estinzione del rapporto, recesso e obbligo di restituzione.

Sono cause normali di estinzione del comodato innanzitutto la scadenza del termine o l'avvenuto uso dedotto in contratto (art. 1809 co. 1 c.c.) e, nel comodato senza determinazione di durata, la richiesta del comodante.

Qualora siano stati previsti sia un particolare uso che un termine, deve ritenersi che compiuto ed esaurito l'uso, il comodatario sia tenuto alla restituzione ancorché non sia trascorso il termine stabilito, la cui apposizione ha solo la funzione di delimitare il tempo massimo entro il quale avrebbe dovuto farsi uso della cosa⁵³.

Di converso, cause eccezionali di estinzione del rapporto sono: a) il recesso in autotutela del comodante *ex art. 1804 co. 3 c.c.*; b) il perimento della cosa; c)

⁵¹ L. BOGNANNI, *op. cit.*, p. 125.

⁵² M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 324. Il tema è affrontato in giurisprudenza da Cass. 18 ottobre 1986, n. 6146, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Comodato*, n. 1; in argomento, già Cass. 24 giugno 1981, n. 4109, in www.italgiure.giustizia.it.

⁵³ F. CARRESI *op. cit.*, p. 695; R. TETI, *op. cit.*, p. 47.

la sopravvenuta impossibilità di usare la cosa⁵⁴; d) il recesso del comodante per l'insorgenza di un impreveduto ed urgente bisogno e) la morte del comodatario; f) il recesso del comodatario.

Va soggiunto che in applicazione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, il contratto di comodato si estingue quando si estingue il diritto del comodante⁵⁵.

Particolare importanza nell'economia del rapporto rivestono le ipotesi di recesso del comodante.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 1804 co. 3, il comodante può esigere la restituzione anticipata e immediata del bene nel caso in cui il comodatario si renda inadempiente agli obblighi previsti dal medesimo articolo ai commi 1 e 2, relativi all'uso e alla custodia del bene. Si tratta di un recesso per giusta causa, esercizio di un potere di autotutela, in presenza di condotte abusive del comodatario che fanno venir meno la fiducia che è alla base del rapporto, il cui esercizio lascia integra l'eventuale responsabilità contrattuale nella quale il comodatario fosse già incorso⁵⁶. Le ipotesi previste dalla norma sono infatti il mancato rispetto dell'obbligo di custodire e conservare la cosa, di fare l'uso della cosa previsto dal contratto o derivante dalla sua natura e la concessione del godimento della cosa a terzi senza il consenso del comodante.

Se sopravviene, in pendenza di termine o prima che il comodatario abbia fatto uso della cosa, un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigere la restituzione immediata (art. 1809 co. 2 c.c.). La *ratio* della norma risiede nella natura essenzialmente gratuità del comodato, che non permette a chi dà in benevolo e gratuito godimento la cosa di sopportarne impreveduti sacrifici⁵⁷. Il bisogno che giustifica la richiesta del comodante di restituzione del bene non deve essere grave, ma impreveduto (e, dunque, sopravvenuto rispetto al momento della stipula del contratto di comodato) ed urgente, senza che

⁵⁴ G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 35; F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 736.

⁵⁵ Ciò si verifica quando si estingue la posizione giuridica soggettiva del comodante da cui derivava il potere di godimento concesso al comodatario. La cessazione del rapporto si ha anche qualora il proprietario-comodante alieni, anche a titolo gratuito, il bene comodato, non essendo il contratto di comodato, anche se di data certa ed anteriore, opponibile al terzo acquirente, atteso che le disposizioni dell'art. 1599 c.c. non sono estensibili, per il loro carattere eccezionale, ai rapporti diversi dalla locazione (si vedano, Cass. 18 gennaio 2016, n. 664, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di L. PELLEGRINI, *Inopponibilità a terzi del contratto di comodato e risarcimento del danno*, 6, 2016, p. 837 ss.; Cass. 17 ottobre 1992, n. 11424; Cass. 15 maggio 1991, n. 5454, entrambe in www.italgiure.giustizia.it).

⁵⁶ R. TETI, *op. cit.*, p. 47; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 661. In tal senso, v. Cass. 18 marzo 2014, n. 6203, in www.italgiure.giustizia.it.

⁵⁷ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 1005.

rilevino bisogni non attuali, né concreti o solo astrattamente ipotizzabili. È necessario che il bisogno sia serio e non risponda ad un capriccio del comodante, tantomeno che sia fittiziamente prodotto. Il recesso anticipato *ex art. 1809 co. 2 c.c.* è quindi possibile solo qualora venga fornita la prova della sopravvenienza di un bisogno con i caratteri testé descritti⁵⁸.

Essendo il comodato contratto *intuitu personae*, il comodante in caso di morte del comodatario può esigere dagli eredi la restituzione immediata della cosa, nonostante sia stato convenuto un termine.

Sebbene a seguito del recesso il comodatario debba restituire immediatamente la cosa, è conforme ai principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. ritenere che il comodatario (tranne nell'ipotesi in cui il recesso sia stato determinato dalla violazione degli obblighi di cui all'art. 1804 c.c.) debba poter usufruire di termine breve, qualora la restituzione immediata possa procurargli un apprezzabile pregiudizio. Le ragioni del comodante, quindi, non possono prescindere in ogni caso da un bilanciamento con gli interessi patrimoniali del comodatario, che possono emergere nella fattispecie concreta⁵⁹.

Oggetto dell'obbligazione di restituzione è la medesima cosa comodata, con tutti gli accessori, gli accrescimenti e i frutti, a meno che sia convenuto che essi spettino al comodatario⁶⁰.

L'azione di restituzione, essendo fondata sul contratto, è di natura personale e prescinde dalla prova della proprietà della cosa comodata. Legittimato a tale azione è soltanto il comodante e non l'eventuale terzo proprietario della cosa (il quale potrà invece esperire l'azione di rivendica). L'azione si prescrive in dieci anni come da regola generale *ex art. 2946 c.c.*

5. Il comodato di terzo genere.

È stato efficacemente detto che «al tipo sfuggono le peculiarità del caso concreto ed esso diventa metodo di primo approccio, certamente non esaustivo»⁶¹.

⁵⁸ Cfr., da ultimo, Cass. 17 ottobre 2016, n. 20892, con nota critica di E. EMILIOZZI, *Contratto di comodato senza indicazione del termine e restituzione del bene*, in *Giur. it.*, VII, 2017, pp. 1556-1564.

⁵⁹ R. TETI, *op. cit.*, p. 48; F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 162. Non può non valere anche per il comodato il principio generale espresso da Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, I, 2010, p. 85, secondo cui i doveri di correttezza e buona fede consentono di recedere senza causa (*ad nutum*), ma non senza modi (*ad libitum*).

⁶⁰ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 1005.

⁶¹ L'espressione è di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. I, Napoli, Esi, 2006, p. 353, nt. 256.

Il diritto vivente⁶², difatti, discostandosi dai suddetti modelli tipici, ha riconosciuto l'esistenza di un terzo genere di comodato. La figura atipica si connota per il fatto di essere un comodato immobiliare senza determinazione di durata, che tuttavia si sottrae al principio della libera recedibilità dal rapporto, che costituisce uno dei *naturalia negotii* del comodato precario. I paciscenti, quindi, ai sensi dell'art. 1322 c.c. possono modulare mediante specifica pattuizione il potere di restituzione della cosa in funzione della valorizzazione dell'assetto d'interessi raggiunto nel regolamento contrattuale⁶³.

Le pronunce di legittimità in tema di comodato atipico hanno riguardato fattispecie eterogenee. Nel menzionato *leading case* (Cass. n. 6678/2008) le parti avevano convenuto che il potere di richiedere la restituzione dell'immobile potesse esercitarsi solo in presenza di una necessità di utilizzazione dello stesso che fosse stata incompatibile con la prosecuzione del godimento del comodatario. Con la conseguenza che tale necessità di utilizzazione fosse prospettata all'atto del recesso dal comodante e, in caso di contestazione, dimostrata. In detta occasione, la clausola contrattuale «nel caso il comodante ne abbia la necessità» è stata ritenuta meritevole di tutela, in quanto espressione di autonomia contrattuale. Si può leggere tra le righe della sentenza l'intenzione del Giudice della nomofilachia di intendere la meritevolezza come grimaldello per l'ingresso nell'ordinamento di un nuovo schema contrattuale, poiché l'autonomia privata può esprimersi prescindendo dai dettami previsti per contratti tipici.

La regolamentazione pattizia in questione, pur affievolendo il diritto potestativo del concedente al recesso, rimane ispirata al *favor* per la restituzione del bene, che diviene esigibile al verificarsi della sopravvenienza qualificata.

In un recente arresto⁶⁴, ancora, la Corte di Cassazione ha riconosciuto meritevole di tutela la pattuizione – idonea a connotare di atipicità il godimento *iure commodati* senza determinazione di durata – con cui i contraenti⁶⁵ avevano condizionato la possibilità per il comodante di ottenere *ad nutum* la restituzione dell'immobile alla cessazione dell'uso conforme alla concordata destinazione (la diffusione della cultura dantesca) o all'estinzione dell'ente comodatario.

⁶² A partire da Cass. 12 marzo 2008, n. 6678, in *Giust. civ.*, III, 2009, p. 1399, con nota di F. DE PAOLA, *Una nuova e atipica figura di comodato*, nonché in *Vita not.*, I, 2009, p. 120, con nota di L. BOGNANNI, cit.

⁶³ Cass. 6 aprile 2018, n. 8571 precisa che «la specialità del comodato di terzo genere non sta dunque nell'apprestare un particolare statuto giuridico agendo sul profilo temporale del rapporto, ma nel rendere negoziabile il potere di restituzione sottraendolo alla regola dell'esercizio discrezionale e facendo sì che il comodante possa farne uso solo al ricorrere delle condizioni convenute dalle parti»; id. Cass. 9 aprile 2019, n. 9796, entrambe in www.italgiure.giustizia.it.

⁶⁴ Cass. n. 8571/2018 cit.

⁶⁵ Il Comune di Roma (ora, Roma Capitale) ed un ente morale.

Nel caso di specie, il positivo esito dell'indefettibile giudizio di meritevolezza⁶⁶ sulla clausola ha trovato fondamento nell'altezza dei compiti culturali, morali e scientifici che l'ente comodatario è notoriamente impegnato a perseguire al fine di onorare la figura del Sommo Poeta, mantenendo costantemente vivo l'interesse per la sua eredità culturale.

La meritevolezza del comodato di terzo genere, dunque, passa necessariamente dalla valutazione di conformità del risultato che lo schema atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione, che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati⁶⁷.

Da tali coordinate interpretative emerge che sul comodante ricade sia il rischio di un rapporto di lunghissima durata, che l'onere della prova dei presupposti legittimanti la richiesta di restituzione, ove siano convenute dette clausole limitative del potere di recesso⁶⁸.

Cionondimeno, il principio di autonomia contrattuale, se esercitato in conformità all'art. 1322 co. 2 c.c., non può essere limitato in materia di contratti gratuiti⁶⁹ e l'accordo che ne deriva può essere più gravoso per il comodante rispetto alla disciplina legale.

⁶⁶ Secondo alcuni i contratti atipici necessitano di un triplice controllo: il controllo sulla meritevolezza giuridica dell'interesse perseguito dalla parti, il controllo relativo alla causa in concreto e, infine, il controllo sulla liceità della stessa (in tal senso, L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA, U. NATOLI, *Diritto civile 1, Fatti e atti giuridici*, Torino, Utet, 2001, p. 706). Invero, il giudizio di meritevolezza è stato ed è tuttora oggetto di plurime e diversificate opinioni dottrinali e giurisprudenziali. Nelle recenti pronunce è prevalente la tendenza ad accogliere la teoria della identificazione, secondo cui il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti di un contratto atipico deve avere ad oggetto la causa concreta (in questo senso, tra tante, Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, e Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 4222, in www.italgiure.giustizia.it). Per la ricostruzione del dibattito in tema di meritevolezza e sull'evoluzione della clausola sia consentito rinviare al contributo di E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 15 ss.

⁶⁷ Detta impostazione è stata accolta da Cass. 28 aprile 2017, n. 10509, in *Foro it.*, I, 2017, p. 3114 ss.

⁶⁸ In questo senso, Cass. n. 6678/2008 cit.; id. Cass. n. 8571/2018 cit., Cass. n. 9796/2019 cit.

⁶⁹ Sul tema del giudizio di meritevolezza dei contratti gratuiti, v. Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, I, 2002, p. 1836. Da ultimo, Cass. 17 gennaio 2019, n. 1038, in www.italgiure.giustizia.it, ha ribadito il principio secondo cui «la sola mancanza del corrispettivo in favore dell'obbligato non comporta la mancanza di causa del contratto atipico allorquando esso sia assimilabile ad un tipo nominato dal codice per il quale sia prevista la gratuità», ma occorre pur sempre che l'atto di autonomia privata sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto immeritevole di tutela un contratto di comodato atipico intercorso tra le parti che si risolveva, in ogni sua pattuizione, in una serie di unilaterali vantaggi per il soggetto che aveva la gratuita disponibilità di un immobile di pregio per un durata fissata in otto anni, con rinnovo tacito per lo stesso periodo in caso di mancata disdetta e con riserva per il comodatario del diritto di opzione per una locazione a prezzo irrisorio.

Tuttavia, è necessario considerare che l'incisività del controllo di meritevolezza rende concreto il pericolo di vanificare il valore dell'autonomia contrattuale, sicché il rischio di arbitri decisionali sarà stemperato soltanto qualora il giudizio rimanga di puro diritto, dunque scevro da convincimenti personali e da criteri metagiuridici⁷⁰.

La breve analisi condotta suscita una riflessione conclusiva.

L'intrinseca relatività della valutazione di meritevolezza cui soggiace il contratto di comodato atipico e le possibili interferenze sul rapporto del principio di buona fede *in executivis*, lasciano presagire ulteriori sviluppi giurisprudenziali.

La marcata connotazione socioeconomica del comodato e l'elasticità del tipo contrattuale spiegano tutta la sua mutevolezza nel corso del tempo e tali peculiarità, unitamente al divenire storico del concetto di autonomia negoziale⁷¹, consegnano all'interprete nuovi problemi ermeneutici e qualificatori. Cosicché, ai fini di una valida esegesi del caso concreto, «il giurista prenderà così dalla storia il suo punto di partenza e tornerà a guardare alla storia nel suo punto di arrivo», in quanto «il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione, della quale è continuo collaboratore l'interprete»⁷².

⁷⁰ Non è astratto il rischio di riempire la clausola di meritevolezza di contenuti ideologici se si considera la sua origine e l'intento di traferire all'interno del sistema del diritto civile principi etico-politici, elaborati dal regime in un'ottica dirigistica dell'economia, nel quadro dell'ordinamento corporativo, cfr. in tal senso, E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 5.

⁷¹ Non può non condividersi l'affermazione secondo cui «dove l'ordinamento non interviene si riafferma il principio di libertà, e l'autonomia va affermata in tutta la sua integrità: è questo il senso dell'espressione e del termine autonomia dei privati come principio fondante del diritto privato e dell'ordinamento nella sua totalità», così P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, I, 2012, p. 27; id., in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Un conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 55. In tema di autonomia privata, seppure in un'accezione diversa, v. anche N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *www.juscivile.it*, 3, 2018, p. 380.

⁷² T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 14 ss.

Il valore dell'informazione nella "contrattazione tra ineguali" in materia di investimenti. Riflessioni sulla (presunzione del) nesso di causalità a margine della sentenza Cass. civ. n. 7905/2020

di Gianpiero GAUDIOSI*

SOMMARIO: **1.** Tra rigore dei rimedi civilistici e volatilità dei mercati finanziari: i chiaroscuri di un dialogo a due velocità. Brevi cenni introduttivi. **2.** *Bias* cognitivi e debolezza *in contrahendo* degli investitori: il congenito *punctum dolens* dei contratti di intermediazione finanziaria. **3.** Risvolti applicativi dell'inquadramento giuridico del contratto al cospetto della dialettica tra tesi unitaria e tesi binaria. **4.** L'intrinseca valenza degli obblighi informativi quale strumento principe di correzione delle asimmetrie contrattuali. **5.** Inadempimento ai doveri comportamentali dell'intermediario: quali le sorti del contratto? **6.** L'irrilevanza della profilatura del cliente in termini di "elevata propensione al rischio" agli effetti della prova del nesso causale. **7.** Cass. civ. n. 7905/2020: lo stato dell'arte in punto di causalità. **8.** Spunti conclusivi sulla rilettura in chiave oggettiva della responsabilità dell'intermediario finanziario.

ABSTRACT: *The following research paper aims to critically explain the evolutionary stages of a widespread and steady process of "juridification" of information, raised as a correction tool of the starting lower contractual power suffered by the clients in their dealings with banks, within the fast-moving and unplanned landscape of investment services. Particularly, by making use of interpretation keys given by the civil code and the national regulation on financial brokerage (Testo unico della finanza, known as "T.U.F."), the survey deepens (as from paragraph 6) the state-of-the-art about the study on existing nexus between the non-fulfilment of mandatory disclosures by the financial broker and the losses sustained by investors. Finally, a great attention is drawn to grounds supported by one of the latest judgment of the Supreme Court of Cassation (decision n. 7905/2020, as from paragraph 7), affirming again the burden on banking professionals to overcome the legal presumption of existence of the causal link.*

* Dottore in giurisprudenza presso l'Università L.U.I.S.S. Guido Carli; già tirocinante ex art. 73 D.L. n. 69/2013 presso il Tribunale Ordinario di Roma – settore Civile.

1. Tra rigore dei rimedi civilistici e volatilità dei mercati finanziari: i chiaroscuri di un dialogo a due velocità. Brevi cenni introduttivi.

Le criticità che si celano dietro lo studio civilistico della responsabilità degli intermediari finanziari trovano una soluzione soltanto parziale nella emblematica visione compromissoria di cui è portatrice la normativa in materia. Lungi dal rischio di incorrere in indebite generalizzazioni, si può ritenere che il mercato bancario-finanziario rappresenti, ad oggi, una tra le aree maggiormente pervase dal costante ed instancabile tentativo del Legislatore di perimetrare l'attività di settore, riconducendola entro confini normativamente predefiniti *ex ante*. Senonché, come evidenziato da autorevole letteratura specialistica, le acclerate imprevedibilità e instabilità che connotano le dinamiche sottese alla prestazione dei servizi di intermediazione non rendono auspicabile, quanto meno nel breve periodo, il raggiungimento di risultati soddisfacenti. Da una visione d'insieme dell'odierna architettura ordinamentale nazionale, che come noto non può che apprezzarsi in un rapporto di stretta sinergia e integrazione con quella unionale, emerge chiaramente un approccio proteso a definire, orientare e correggere gli abusi perpetrati dagli operatori del comparto tramite il "forzato" adattamento degli stessi agli schemi rimediali ed ai canoni prototipici conati dal diritto civile. Il rischio – tutt'altro che infrequente agli esiti di una tale opera di "ingabbiamento" dei comportamenti antidoverosi all'interno di istituti, spesso peraltro, dalla labile duttilità – è quello di acuire, anziché minimizzare, le incertezze interpretative e i vuoti di tutela sofferti dalla parte che – per l'intera durata del rapporto contrattuale e, in special modo, nella sua fase genetica – occupa una posizione di fisiologica vulnerabilità. A tal proposito, prima di addentrarsi nella disamina dei risvolti civilistici sottesi all'erogazione dei servizi di investimento, è indispensabile premettere che soltanto la comprensione della peculiare cornice mercatuale nella quale vengono ad inquadrarsi dette operazioni negoziali – contraddistinta da un'intrinseca dinamicità ed esposta a continui cambiamenti – può offrire gli strumenti adeguati per cogliere le ragioni giustificative dei recenti interventi normativi e degli approdi raggiunti in sede giurisprudenziale.

2. Bias cognitivi e debolezza *in contrahendo* degli investitori: il congenito *punctum dolens* dei contratti di intermediazione finanziaria.

L'esercizio professionale dell'attività di intermediazione mobiliare, e con esso la relativa disciplina civilistica, sono stati, in anni recenti, inevitabilmente condizionati dai residui della crisi endemica abbattutasi sul settore finanziario nel

2008, cui le istituzioni pubbliche hanno reagito impartendo stringenti requisiti di liquidità e di credito. Detta crisi, nel contempo, ha finito per minare la fiducia individuale e dunque la stessa propensione del piccolo investitore non professionale al rischio di investimento del proprio danaro in prodotti finanziari. Tuttavia, quella che gli economisti sogliono definire come "posizione di equilibrio" del cliente-investitore non dipende unicamente da scelte autonome ma è influenzata, per così dire, dalla intermediazione svolta da controparti qualificate. Com'è evidente, tale rapporto biunivoco sconta un *deficit* di simmetria e di paritarietà tra le rispettive posizioni contrattuali, dal momento che i cennati contraenti occupano piani cognitivamente sproporzionati tra loro, ovverosia connotati da un *gap* di conoscenze tale per cui – ove tale divario non fosse stato colmato attraverso interventi all'uopo programmati dal legislatore – il negozio, così perfezionatosi, sarebbe risultato irrimediabilmente affetto da vizi congeniti. In via del tutto preliminare, nell'ottica di stemperare l'endemica rischiosità che accomuna le pattuizioni intercorrenti tra intermediari e investitori e di correggerne i tipici disequilibri negoziali che mal si conciliano con la fondamentale tutela del risparmio consacrata *ex art.* 47 Cost., la "mano riequilibratrice" dei Legislatori, nazionale ed eurounitario, ha approntato un insieme di regole la cui *ratio* sembrerebbe mutuare la propria logica cautelare-protettiva del contraente – svantaggiato dal punto di vista conoscitivo – dalla contigua disciplina consumeristica¹. Pertanto, gli interventi in parola, permeati – secondo alcuni autori – di uno spirito del legislatore che a tratti potrebbe definirsi «*paternalistico*»², apportano ai contratti d'investimento dei correttivi essenzialmente orientati a conferire rilievo prioritario all'informazione, nonché agli oneri ad essa correlati e incombenti sul contraente "forte", nel momento prodromico all'estrinsecarsi del rapporto contrattuale sì come nella fase esecutiva *stricto sensu* intesa. Certamente tali intenti normativi sono perfettamente allineati con la vigente economia di mercato, attraversata da flussi

¹ A proposito della c.d. "tracimazione delle regole consumeristiche" cfr. G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011. Secondo questa prospettiva, l'autore osserva: «La riconduzione dell'asimmetria informativa nell'alveo della patologia del mercato ha, quasi fatalmente, alimentato la tendenza ad estendere la portata operativa di logiche emergenti dalla normativa consumeristica oltre i confini di quest'ultima. Ne è scaturita una sorta di contaminazione della materia del contratto nella sua ampia accezione, con effetti molteplici e tutt'altro che trascurabili: può, infatti, inquadrarsi in questo contesto l'elaborazione di concetti e categorie nuovi per consentire l'accesso a misure correttive, *rectius* per giustificare l'intervento del giudice nell'equilibrio normativo ed economico del contratto».

² A proposito della politica di tutela paternalistica del contraente debole, il riferimento è a F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2017, pp. 412 ss.

costanti di dati e informazioni suscettive di assurgere a vere e proprie risorse³; talché, soltanto una completa fruizione ed il conseguenziale sfruttamento competitivo delle stesse potrebbero garantire agli operatori economici una permanenza scevra di perdite economiche in quel dato mercato. Tale ragionamento si attaglierebbe, *a fortiori*, ad uno scenario criptico qual è quello dei mercati finanziari, presso i cui agenti (*sub specie* di investitori) sono spesso collocati strumenti finanziari particolarmente complessi. In tal contesto, dunque, la conoscenza delle informazioni rilevanti assumerebbe un valore intrinseco, in quanto concepita in chiave di bene giuridico meritevole di tutela. Alla carenza o totale assenza di essa in capo al contraente "debole" fa da contraltare l'imposizione di un sacrificio alle ragioni della parte che, detenendola, potrebbe invece abusare del "vantaggio informativo" in danno della controparte. Dall'analisi normativa si evince, inoltre, che una tutela siffatta è compendiabile, sul piano sostanziale, in una serie di obblighi informativi, al contempo attuativi dei generali principi di trasparenza e di solidarietà contrattuale (quest'ultimo sancito *ex art. 2 Cost.*) e, sul piano processuale, in una distribuzione dell'onere probatorio, nei giudizi di responsabilità, particolarmente vantaggiosa per il contraente che soffre un'ontologica condizione negoziale di inferiorità *ab origine*. Nella prospettiva di riequilibrare le descritte posizioni contrattuali asimmetriche e allo scopo di proteggere lo specifico interesse della parte "debole" del rapporto, accanto alle già enunciate guarentigie, è stata recuperata anche in dottrina la concezione fondata sul c.d. "neoformalismo" o "formalismo negoziale". In proposito, in alcuni arresti piuttosto recenti, i giudici di legittimità discorrono anche della c.d. «*forma informativa*»⁴, proprio per accentuare l'attitudine della prescrizione formale, specie con riferimento ai nuovi fenomeni contrattuali, ad assolvere non soltanto la tradizionale funzione di manifestazione della volontà, ma anche un più pregnante ruolo di "veicolo" di corretta trasmissione delle informazioni al risparmiatore, in vista dell'obiettivo di garantire la raccolta di un suo consenso consapevole e adeguatamente ponderato (c.d. consenso informato)⁵. Tutto ciò premesso, le pagine che seguono approfondiscono nel

³ tanto da meritare l'etichetta di "economie della conoscenza"; nello stesso senso si v. anche F. GRECO – M. LECCI, *Intermediazione finanziaria tra «precauzione» normativa ed alea giurisprudenziale: possibili rimedi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, III, 2018, pp. 755 ss.

⁴ Il riferimento è, *ex plurimis*, alla sentenza della Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2017, n. 10447, a proposito della rimessione alle SS.UU. della questione relativa al carattere obbligatorio della sottoscrizione del contratto quadro di negoziazione di strumenti finanziari (nei confronti dell'investitore richiesta *ad substantiam*), anche da parte dell'intermediario finanziario.

⁵ Sul punto, si rinvia a R. GALLI, *Appendice di aggiornamento al Nuovo corso di diritto civile e al Nuovo corso di diritto penale*, 2018, CEDAM, pp. 153 ss.

merito le questioni sin qui sommariamente tratteggiate, dedicando particolare attenzione anche alla recentissima pronuncia della Cassazione civile del 17 aprile 2020, n. 7905. Sempre in via preliminare, però, è opportuno sottolineare, come si vedrà anche nel corso della trattazione, che la valorizzazione della conoscenza, quale strumento rimediabile utile a fronteggiare la succitata "atrofia conoscitiva" patita dal cliente-investitore, attraverso l'imposizione al professionista – dotato di competenze settoriali (*i.e.* intermediario) – dell'unico dovere di rendere edotto il *partner* precontrattuale dei dati da lui solo posseduti e rilevanti ai fini della stipulazione, costituisce in realtà un mero "palliativo", inidoneo di per sé solo a ricondurre ad equità il rapporto e ad assicurare a pieno il diritto all'autodeterminazione del cliente nell'ottica di investire fruttuosamente i suoi risparmi.

3. Risvolti applicativi dell'inquadramento giuridico del contratto al cospetto della dialettica tra tesi unitaria e tesi binaria.

Sulla scorta di quanto premesso, la "componente atomistica" dei mercati finanziari, vale a dire il contratto di investimento, risulta inquadrabile nel più ampio *genus* dei negozi giuridici accomunati dal coinvolgimento di una coppia di soggetti appartenenti a categorie socio-economiche dotate di un *background* conoscitivo eterogeneo e, perciò, dislocati in posizione di costante squilibrio contrattuale. Un'importanza certo non deteriore recano le indicazioni finalizzate a metterne in luce l'altrettanto peculiare "veste strutturale". Difatti, il profilo connotante la complessa struttura dei contratti *de quibus*, che sarebbe preferibile indicare come contratti di intermediazione finanziaria, oppure – secondo la denominazione fatta propria dal d.lgs. n. 58/1998 o testo unico della finanza (d'ora innanzi, t.u.f.) – come «contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento», contribuisce a cogliere le linee programmatiche che scandiscono il ragionamento seguito dai giudici di legittimità. Prima di procedere ad un'approfondita disamina circa le diverse soluzioni che dottrina e giurisprudenza hanno prospettato, in anni recenti, in punto di tecniche rimediabili di impronta civilistica preordinate a proteggere l'investitore e gestire il rischio sistemico di vizi originati dai modelli di distribuzione degli strumenti finanziari, è opportuno premettere che l'erogazione dei servizi d'investimento si snoda attraverso due fasi distinte⁶. Tant'è vero che nell'ambito delle negoziazioni

⁶ Ed è proprio in virtù di tale caratteristica conformazione strutturale che si coglie, altresì, il carattere improprio che verrebbe ad assumere la richiamata terminologia "contratto di investimento", d'uso corrente nella prassi.

banca-cliente è invalsa l'espressione, da parte di alcuni autori, secondo cui ricorrerebbe una «*struttura contrattuale a doppio livello*»⁷. Orbene, com'è noto, la prima di tali fasi culmina nella stipula di un apposito contratto-base, relativo alla prestazione dei servizi d'intermediazione, che nella terminologia finanziaria assume il nome di contratto-quadro (detto anche *master agreement*), intercorrente tra l'intermediario finanziario e l'investitore. Il contratto in questione rinvia la propria disciplina nell'art. 23 del t.u.f.⁸, norma che dalla sua stipula fa dipendere la validità dell'intero rapporto negoziale. Nello stesso contratto-quadro sono regolati i servizi forniti e le loro caratteristiche, la durata del rapporto, le modalità di rinnovo o di modifica del suo contenuto, le modalità con le quali il cliente impartisce ordini o istruzioni all'intermediario, la frequenza, il tipo ed i contenuti della documentazione di rendiconto dell'attività svolta dal professionista⁹. A sua volta, da esso origina un coacervo di successive possibili attività negoziali, in cui si estrinseca l'espletamento dei servizi di investimento.

⁷ Così V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, pp. 604 ss.

⁸ Detta norma, al comma 3, prescrive l'osservanza della forma scritta ai fini della valida stipulazione del contratto di intermediazione finanziaria. Si tratta, nello specifico, di un'ipotesi di nullità relativa che, come tale, può essere fatta valere esclusivamente dal cliente. Or dunque, alcuni autori ritengono si tratti di vera e propria ipotesi di nullità di protezione, potendo quest'ultima andare solamente a danno e non a vantaggio dell'investitore. Su tale aspetto si rinvia a A. TUCCI, *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, a cura di F. CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, pp. 90-91. Lo stesso obbligo di forma scritta, invero, non ricorrerebbe con riferimento agli ordini di borsa, con riguardo ai quali l'art. 37 del regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007, a cui rinvia l'art. 23 T.U.F., stabilisce che le parti possono indicare, in sede di contratto, «*le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni*». Da ciò, si trae conferma che la prescrizione della forma scritta, per i singoli ordini, non sia imposta dalla legge, ma sia lasciata all'autonomia privata dei contraenti in sede di pattuizione del contratto-quadro. Sul carattere relativo della nullità per difetto di forma viene in rilievo altresì la recente Cass. civ., SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314, con nota di S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in *i Contratti*, I, 2020, pp. 18 ss. Nella pronuncia *de qua*, le Sezioni Unite – al cui esame la questione era sottoposta in ragione del riscontrato contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici – ribadisce che «anche in relazione al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 3, il regime giuridico delle nullità di protezione opera sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali esclusivamente a favore dell'investitore, in deroga agli artt. 1421 e 1422 c.c.», precisando però che «quando l'azione di nullità, utilizzata, come nella specie, in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. (...) l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini (...) nei limiti del petitum azionato».

⁹ Trattasi del c.d. contenuto minimo del contratto-quadro, prescritto – a pena di nullità – dalla legge. Sebbene i predetti requisiti di contenuto non risultino dal cit. d.lgs. n. 58/98, cionondimeno – osservano i giudici – «*devono essere ricavati dalla normativa secondaria, vale a dire dai regolamenti emanati dalla Consob, delegata a disciplinare l'esercizio dell'attività di intermediazione*». In tal senso, cfr. Trib. di Mantova, 26 luglio 2017, n. 754.

Difatti, a valle del contratto così nominato e all'interno della cornice di regole dal medesimo delineate si inserisce la seconda fase, intimamente collegata alla prima. Tale fase è protesa, come accennato, alla negoziazione dei singoli ordini di acquisto od esecuzione, forniti di pura valenza esecutiva e sprovvisti di una loro disciplina legislativa. Quindi, nel corso del secondo momento genetico di cui si compone il rapporto negoziale *de quo*, il cliente impartirà all'intermediario, con il quale ha precedentemente concluso il contratto-quadro, l'ordine di attuare delle operazioni economiche di compravendita di prodotti finanziari. Ciò posto, si evince chiaramente come nell'ambito di un rapporto continuativo di prestazione di servizi di intermediazione vengano a configurarsi molteplici rapporti negoziali. Pertanto, l'agente intermediario assume l'onere di garantire al cliente-investitore l'esistenza e la validità di ciascuno di essi, a fronte di anomalie suscettive di travolgere tanto il contratto-quadro, quanto i successivi ordini di investimento. A tal proposito, rivestono notevole rilievo pratico – attesi i riflessi che importano sul piano della tutela processuale del contraente "debole" – le riflessioni avvicendatesi in tema di inquadramento, entro categorie civilistiche, della natura del citato "*master agreement*" e dei susseguenti ordini di acquisto. Tali riflessioni hanno certamente contribuito ad alimentare un frastagliato e imponente dibattito a più voci il quale vede, tuttavia, ancora oggi oggetto di contrasti la questione inerente ai rapporti che intercorrono tra i due segmenti negoziali. Le tesi enunciate sono essenzialmente compendiabili in due filoni interpretativi. Il primo indirizzo ricostruisce in chiave sostanzialmente unitaria il rapporto, accostando il contratto d'intermediazione mobiliare al mandato¹⁰. Si tratterebbe invero di un mandato generale (senza rappresentanza) a negoziare strumenti finanziari, nel cui schema l'investitore – in veste di mandante – rivolge al professionista-mandatario ordini di investimento/disinvestimento¹¹. Questi ultimi, benché possano consistere in atti

¹⁰ È la nota posizione sulla quale si è attestata autorevole dottrina; in questo senso cfr. F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, III, pp. 889 ss. In proposito, si veda anche F. GALGANO e N. ZORZI, *Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore* in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* XLIII, a cura di F. GALGANO e G. VISINTINI, Milano, 2006, passim. Più precisamente, secondo l'autorevole dottrina in commento, la banca acquisterebbe per ordine del cliente, ma in nome proprio, per poi ritrasferire a quest'ultimo gli strumenti finanziari acquistati; cosicché si ritiene che gli ordini non si concretizzerebbero in veri e propri contratti traslativi dotati di una propria autonoma causa, piuttosto esprimendo semplicemente la causa che è propria dello stesso contratto di intermediazione "a monte".

¹¹ In questa prospettiva, certa dottrina si è spinta oltre, assimilando il contratto-quadro ad altro tipico contratto bancario, ovvero al contratto di conto corrente disciplinato ex art. 1823 c.c. e concepito dalla dottrina maggioritaria quale figura negoziale mista, riassumendo in sé aspetti del

aventi natura negoziale¹², individuano il momento adempitivo degli obblighi contrattualmente assunti con la stipulazione del contratto-quadro e perciò (secondo la tesi più ortodossa) sarebbero assimilabili, quali manifestazioni unilaterali di volontà, alle istruzioni di cui contiene un riferimento l'art. 1711 c.c. Questo è d'altronde l'orientamento sposato, sin dal 2007, con le note pronunce gemelle rese a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione¹³, che sulla base di un così definibile "mandato di investimento" ha enucleato poi un insieme di diritti ed obblighi reciproci, a proposito dei quali si dirà più avanti. A tale esegesi si giustappone la ricostruzione c.d. binaria del rapporto negoziale. Una tesi siffatta qualifica, invece, il contratto-quadro alla stregua di un mero "accordo normativo" che, pur recando la disciplina dei futuri contratti (gli ordini di acquisto, di cui sopra), non farebbe sorgere in capo ai paciscenti alcun obbligo relativamente alla conclusione degli stessi. Perciò, gli ordini dati dal risparmiatore danno vita a veri e propri contratti (*sub specie* di mandati ad acquistare o vendere titoli), autonomi rispetto all'accordo in precedenza pattuito e posto a base degli stessi. Tali peculiari figure contrattuali, osserva certa dottrina¹⁴, si perfezionerebbero *ex art.* 1327 c.c., ossia nel tempo e nel luogo in cui abbia avuto inizio l'esecuzione. Tra quanti propendono per la dogmatica dualista vi è chi ha inoltre ipotizzato che tra l'accordo-base e gli ordini di investimento possa ricorrere un rapporto di presupposizione, sintomatico di un collegamento negoziale c.d. unilaterale. Ciò comporterebbe che – essendo gli ordini posti in rapporto di dipendenza funzionale rispetto al contratto-quadro – lì dove quest'ultimo dovesse venir meno, i primi sarebbero radicalmente nulli difettandone la giustificazione causale¹⁵. Resta fuori dalla cennata dicotomia, la quale aiuta a semplificare notevolmente gli approdi dottrinali in materia, la tesi trifasica

conto corrente e del mandato. Cfr. in particolare F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 1 ss.

¹² La tesi che nega che sia da riconoscersi natura negoziale ai c.d. ordini di borsa è ritenuta preferibile da F. IUDICA, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2011, p. 7.

¹³ Il riferimento è a S.U. civ. 2007, nn. 26724-5. Si v. in particolare Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *il Corriere giuridico*, 2008, II, p. 223, con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra regole di comportamento e regole di invalidità*.

¹⁴ «In sostanza, l'investitore comunica l'ordine e la banca esegue (senza bisogno di accettazione)». In proposito, viene in rilievo un'ipotesi di accettazione mediante c.d. comportamento concludente. Sul punto, si rinvia a F. IUDICA, *Op. cit.*, pp. 8-15.

¹⁵ Secondo l'applicazione del principio generale del *simul stabunt, simul cadent*. A proposito della tesi del collegamento negoziale si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 6, pp. 679 ss.

avallata da un certo indirizzo decisamente minoritario¹⁶. Come anticipato in apertura di questo paragrafo, l'opzione per l'uno o per l'altro dei percorsi teorico-dogmatici suesposti riveste un'importanza sostanziale giacché la scelta si riverbera inevitabilmente, oltretutto sul possibile contegno processuale tenuto dalle parti, anche sulle *chances* rimediali a disposizione dell'investitore. Brevemente, accedendo alla tesi della natura contrattuale del "master agreement", la "scure" della nullità che dovesse abbattersi su di esso travolgerebbe "a cascata" anche i conseguenti atti esecutivi. Questi ultimi – risultando, di conseguenza, destituiti del relativo fondamento causale – si profilerebbero quali spostamenti patrimoniali ingiustificati e in quanto tali, a loro volta, affetti dalla medesima patologia che inficia il contratto-quadro. Da tale assunto discenderebbe, quale logico corollario, il carattere del tutto superfluo delle doglianze formulate rispetto ai singoli ordini di esecuzione che, come visto, non assumono autonoma dignità negoziale. In altri termini, sarebbe sufficiente indirizzare il "meccanismo demolitorio" innescato dall'azione di nullità, ex art. 1421 c.c., unicamente contro il contratto di mandato, ciò ingenerando il crollo dell'intero "edificio negoziale", coerentemente con il pensiero condiviso dai fautori della tesi monista. Cionondimeno, qualificandosi come indebiti indistintamente tutti gli spostamenti di ricchezza che abbiano formato oggetto degli investimenti compiuti dal risparmiatore attraverso l'acquisto di prodotti finanziari, saranno perciò assoggettabili a ripetizione anche le somme impiegate in operazioni poi rivelatesi fruttifere e, dunque, tutt'altro che sgradite al cliente¹⁷. Un sì chiaro inconveniente – secondo taluni, ai limiti del paradosso – concretantesi nella paralisi dell'interesse del cliente ad eccepire la nullità del contratto-quadro (derivante, ad esempio, da vizi di forma ex art. 23 cit.), secondo una "logica salvifica" degli effetti patrimonialmente favorevoli apportati dagli investimenti susseguenti, *a contrario*, sembrerebbe assente nella diversa ipotesi in cui si decidesse di aderire alla seconda teoria, *ut supra* illustrata. Difatti,

¹⁶ A. GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 32. In particolare, l'A. critica le predette tesi sul presupposto che le stesse trascurano il dato inerente la cooperazione offerta dall'intermediario al cliente, in sede di scelta del singolo investimento da compiere.

¹⁷ Ove la declaratoria di inefficacia del contratto-quadro dovesse travolgere, conformemente con la tesi unitaria, anche quegli ordini di investimento che abbiano avuto un esito fausto per il cliente cfr. con lo specifico approfondimento de S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, pp. 982 ss., il quale ipotizza l'esperibilità da parte dell'intermediario di un'apposita domanda riconvenzionale volta ad ottenere la restituzione, in questo caso, delle poste attive acquisite al patrimonio del risparmiatore per effetto di un investimento poi colpito da nullità "derivata".

prediligendo l'impostazione ricostruttiva antitetica alla prima e fondata sul c.d. contratto-normativo – che autorevole dottrina, con ulteriore sforzo esplicativo, ha qualificato come «*strumento di secondo grado*»¹⁸ – si conferisce alla parte debole del rapporto la facoltà di "parcellizzare" la causa di nullità, facendola valere – secondo la propria convenienza – soltanto con riferimento agli ordini di investimento/disinvestimento con esito negativo. Per il vero, neppure un siffatto parametro "opportunistico" di valutazione delle scelte rimediali è andato esente da critiche. Si ritiene che l'opportunità conferita al risparmiatore di selezionare – quali oggetto di contestazione in via separata rispetto all'impugnativa del contratto-quadro – soltanto determinati ordini di borsa, conformemente alla tesi che riconosce loro autonomo valore negoziale, aprirebbe la strada a prevedibili abusi delle strategie difensive. Così facendo, l'investitore sarebbe posto in una condizione a lui sì favorevole da consentirgli di piegare la disciplina della ripetizione dell'indebitato in funzione di puri calcoli utilitaristici¹⁹, tanto da sollevare dubbi in merito alla correttezza di simili iniziative ed al rispetto del principio di buona fede contrattuale ex artt. 1175 e 1375 c.c.; ciò tanto più se il contratto a monte difetti dei requisiti di forma prescritti, a pena di nullità ex art. 23 t.u.f., da cui seguirebbe la nullità, indistintamente, di tutti gli ordini a valle, difettando l'accordo-base²⁰. Malgrado le inevase perplessità ampiamente descritte, in tempi recenti e in più occasioni, i giudici di Piazza Cavour – operando un *revirement* rispetto al granitico orientamento che era venuto consolidandosi, in passato,

¹⁸ perché diversamente dal contratto ordinario, non «*provvede direttamente e concretamente a dare assetto a interessi patrimoniali delle parti*», così F. MESSINEO, voce *Contratto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, pp. 117 ss. Sul punto, merita un accenno il chiarimento reso da illustri teorici sul *discrimen* corrente tra contratto normativo e preliminare. Come si è giustamente osservato, entrambi i contratti ricadrebbero nella categoria dei negozi preparatori. Tuttavia, è opportuno rammentare che in virtù del contratto-normativo, in quanto semplice mezzo di predisposizione della disciplina di (altri) futuri contratti, le parti si obbligano soltanto a conformarsi alle regole ivi dettate in ipotesi di successive eventuali contrattazioni tra le stesse. Non si vincolano, invece, a contrarre ulteriormente, sicché la mancanza di pattuizioni non configurerebbe un'ipotesi di responsabilità da inadempimento contrattuale né varrebbe a giustificare il ricorso della controparte al rimedio di cui all'art. 2932 c.c. Per un maggiore approfondimento della questione, si rinvia al testo di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000, pp. 37-38.

¹⁹ tesi ad escludere iniziative processuali in relazione a quegli unici strumenti finanziari dai cui frutti e valore residuo il cliente abbia ricavato un utile, rispetto al capitale originariamente investito per l'acquisto o vendita dello stesso.

²⁰ In merito alla dibattuta questione relativa alla c.d. "nullità selettiva" del contratto quadro, nel silenzio della legge, è di particolare interesse il dibattito dottrinale e giurisprudenziale ampiamente sviluppato a partire dalla nota pronuncia della Cass. 25 gennaio 2018, n. 1869 in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, 2019, VII, pp. 446 ss. con nota di A. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria al vaglio delle Sezioni Unite*. Sulla questione, v. diffusamente RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020.

all'esito delle menzionate sentenze, pronunciate nel 2007 dal Supremo organo nomofilattico – si sono mostrati propensi a riconoscere l'autonoma risolvibilità dei singoli ordini di investimento²¹. Nel dettaglio, si segnalano una serie di decisioni relative all'inadempimento dell'intermediario ai propri obblighi informativi imposti dalla normativa di legge e di regolamento Consob, nel merito dei quali ci si addentererà a breve. Con tali arresti, i giudici di legittimità hanno rimarcato come la fase consecutiva dei singoli ordini di acquisto non andrebbe relegata entro gli angusti spazi definitori della mera esecuzione "meccanica e ripetitiva" del rapporto. Invero, l'avviso della Cassazione è stato quello secondo cui, piuttosto, si tratterebbe di una fase realmente decisionale dell'attività di investimento e, come tale, nucleo portante di quest'ultima²². Tale ragionamento è valso a convincere gli stessi giudici della natura propriamente negoziale degli stessi, superando i limiti della sopra richiamata tesi unitaria. Muovendo da tali assunti, l'opinione giurisprudenziale maggioritaria è oggi nel senso che l'investitore possa agire per la risoluzione degli ordini di acquisto, singolarmente e autonomamente considerati, purché l'inadempimento posto in essere dall'intermediario non sia di scarsa importanza. E in proposito gli Ermellini hanno chiarito, ancora, che «*il buon esito dell'investimento non elimina l'eventuale inadempimento dell'intermediario, limitandosi a escludere solo la produzione effettiva di un danno patrimoniale*»²³. Partendo da siffatte indefettibili premesse, il prosieguo dello studio investe il cuore della presente indagine, scendendo nel

²¹ In questo senso, fra tutte, cfr. con Cass. Civ., sez. I, 23 maggio 2017, n. 12937, in *il Corriere giuridico* 2018, VI, con la quale i giudici del Collegio ammettono di propendere per la scelta di dare continuità al consolidato indirizzo dell'autonoma risolvibilità ponendo a sostegno, in particolar modo, il seguente ragionamento: «*tale possibilità non deriva - è importante osservare qui - dalla sussistenza di una speciale normativa di protezione dell'investitore o di favore per il medesimo. Discende, piuttosto, da un'indicazione che trova la sua fonte di base nelle regole proprie del comune diritto contrattuale. Nei rapporti contrattuali di carattere complesso, con prestazioni dotate di individualità funzionale e/o giuridica o comunque con prestazioni non intrinsecamente inscindibili, l'inadempimento di una delle prestazioni o di una parte delle prestazioni ben può non venire a incidere sull'interesse del contraente non inadempiente a conservare le utilità che il relativo contratto gli ha già procurato o che comunque è idoneo a procurargli*» (p. 774).

²² In proposito, scrivono i giudici di Cassazione, «*ché qui si concentrano, in particolare, la decisione relativa allo strumento finanziario in cui nel concreto investire; quella inerente alla misura di concreto investimento nello stesso; come pure quella relativa alla scelta dello specifico momento in cui si viene a dare vita reale all'investimento: è qui che si valuta, nel dettaglio, l'opportunità delle condizioni che il mercato offre in quel dato segmento temporale*» cfr. Cass. civ., Sez. I, 23 maggio 2017, cit., pp. 773 ss.

²³ Si veda, a margine della citata Cass. civ. del 23 maggio 2017, la nota di F. LEMETRE, *Inadempimento degli obblighi dell'intermediario e autonoma risolvibilità dei singoli ordini di investimento*, in *il Corriere giuridico* 2018, VI, pp. 776 ss. Si v. altresì Cass. civ., sez. I, 7 luglio 2017, n. 16861.

merito delle innumerevoli implicazioni civilistiche riconducibili alla violazione delle norme di comportamento da parte degli intermediari finanziari. Nel dettaglio, in questa precisa sede ci si soffermerà – come anticipato – sugli aspetti relativi agli obblighi informativi incombenti sulla banca intermediaria, tralasciando invece lo studio dei vizi che concernono la forma dei contratti *de quibus*.

4. L'intrinseca valenza degli obblighi informativi quale strumento principe di correzione delle asimmetrie contrattuali.

Secondo consuetudine linguistica ormai diffusa, il paradigmatico sintagma "risparmio tradito" costituisce l'espressione che racchiude in sé l'ingente mole di contenzioso venuto sedimentandosi nel corso dell'ultimo ventennio in dipendenza della sottoscrizione di strumenti finanziari ad alto rischio. È d'uopo evidenziare che – nell'ambito del peculiare filone giurisprudenziale che rinviene la propria scaturigine nella contrattualistica bancario-finanziaria – ha assunto un peso nevralgico l'accertamento giudiziale di sviluppi patologici nel rapporto negoziale che, il più delle volte, sono apparsi imputabili al proliferare di atteggiamenti negligenti da parte degli operatori finanziari. Com'è noto e già in parte anticipato in apertura, il "tratto relazionale" che avvince questi ultimi ai clienti evidenzia, mediamente, una netta dissonanza tra i rispettivi piani conoscitivi di partenza. La manifesta ed ontologica inferiorità del risparmiatore, almeno in astratto, distorce la naturale fisionomia delle contrattazioni: difatti, il regolare dipanarsi delle stesse è inevitabilmente inficiato dalla circostanza fattuale ed obiettiva che vede il cliente presentarsi al cospetto dell'intermediario quale soggetto, tipicamente, sfornito dei sussidi tecnici e cognitivi utili a scongiurare una percezione "edulcorata" degli investimenti che intende operare sul mercato. Quanto sin qui descritto spiega la ragione per la quale – nel comparto relativo alle negoziazioni dei prodotti finanziari – il principio di autoresponsabilità, su cui pure si impronta l'agire del cittadino comune in svariate aree del diritto civile, è "soppiantato" in buona misura da quello di affidamento del contraente debole nella professionalità dell'agente intermediario, preposto a coadiuvare il primo nella gestione del suo portafoglio. Per tale motivo l'agente, stante il bagaglio di competenze da lui possedute nel settore e l'intrinseca complessità operativa connaturata ai mercati finanziari, è investito dal legislatore di una composita serie di obblighi informativi (c.d. *mandatory disclosure*), che individuano perciò l'*ubi consistam* dell'attività di intermediazione. L'informazione funge, così, da anello di congiunzione tra le regole settoriali dettate dal diritto bancario in materia e la più ampia normazione

civile. A tal proposito, l'operazione di rilettura sistematica degli istituti sostanziali e processuali propri del diritto civile – allo scopo di adeguarli al peculiare dinamismo della borsa – ha tratto spunto prevalente dalla *ratio* giustificativa della disciplina dettata a tutela del consumatore, quale soggetto che idealmente si pone su un piano contrattualmente finitimo ed affine rispetto a quello occupato dall'investitore. Pertanto è ammissibile ritenere che l'informazione, così considerata, si ammanta del medesimo valore che la stessa assume ai sensi del d.lgs. n. 206/2005 (cod. cons.), in cui viene menzionata tra i diritti fondamentali dei consumatori *ex art. 2 co. 2 lett c*). L'approdo interpretativo teso a "giuridicizzare" l'informazione e ad enfatizzarne il ruolo con riferimento al momento formativo dell'accordo contrattuale costituisce un segmento piuttosto recente all'interno del panorama ordinamentale civilistico. Difatti una visione portatrice di maggiori sensibilità e attenzioni verso la parte svantaggiata del rapporto indentifica lo snodo terminale di un lungo e tormentato *excursus* giurisprudenziale, atteso che il c.d. dovere di traferire le proprie "conoscenze" è rimasto per lungo tempo confinato all'area del solo ufficio di testimone. Secondo una prospettiva storicamente condizionata, il concetto di trasparenza si proiettava unicamente nell'acquisizione all'interno del giudizio civile di informazioni processualmente opache, ignote alle parti o a una di esse, oltreché rilevanti ai fini del decidere²⁴. Ferma restando la volontà di non dilungarsi oltremodo nel dettagliare gli aspetti relativi all'evoluzione storico-giuridica del valore dell'informazione, mette conto rilevare – per quel che qui interessa – che gli obblighi in parola vengono ormai pacificamente strutturati secondo una logica bifasica. Al riguardo, si ritiene infatti che nell'ambito dei servizi e delle attività di negoziazione dei prodotti finanziari un flusso informativo trasparente e attendibile deve necessariamente svilupparsi seguendo un tracciato bidirezionale, che trascende la mera assoluzione dell'obbligo di esternalizzazione formale dei dati conoscitivi in possesso dell'intermediario²⁵. Seguendo una tale impostazione, del resto corroborata dalla lettura del testo della norma guida in materia, contenuta all'art. 21 t.u.f., l'attività facente capo al prestatore dei servizi di intermediazione si sdoppia in due momenti, attraverso una scansione

²⁴ Ove si volessero scandagliare in maniera maggiormente approfondita le tappe di cui si compone l'*iter* dottrinale e giurisprudenziale in materia e culminanti nel riconoscimento di un accentuato valore intrinseco dell'informazione all'interno dell'architettura negoziale, si rinvia all'interessante *focus* offerto da C. GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale in Nuova giur. civ. comm.* 2018, n. 7/8, CEDAM, pp. 1200 ss.

²⁵ In questo senso, si v. A. ZURLO, *L'autonomia degli oneri informativi rispetto all'adeguatezza della singola operazione in Responsabilità civile e previdenza*, 2019, IV, pp. 1199 ss.

diacronica del rapporto. Il primo di tali momenti coincide con la ricezione "statica" e, dunque, con un contegno passivo del professionista, che si "limita" a raccogliere dal diretto interessato tutte le notizie funzionali alla corretta "profilatura" di quest'ultimo²⁶, «*in qualità di cliente al dettaglio (anche detto retail) o cliente professionale*»²⁷. Attraverso tale operazione niente affatto agevole e consistente, appunto, nell'etichettatura del *consumer* e del relativo profilo di rischio, l'operatore qualificato mira ad approfondire la conoscenza del proprio cliente, in particolare circa la sua «*esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché la sua propensione al rischio*» (art. 28 co. 1 lett. a. Regolamento Intermediari 1998, d'ora innanzi R.I.)²⁸ e, su tali basi, successivamente formula – come a breve si dirà – un giudizio di appropriatezza degli investimenti in chiave estremamente individualizzata, ossia secondo il migliore interesse di quel particolare cliente. Tale classificazione modulata su base delle informazioni di cui il professionista è reso edotto e da cui si evince il grado di conoscenze in materia da parte del risparmiatore è utile per verificare se questi sia effettivamente in grado di comprendere la portata dei rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerti comportano. Quanto sin qui detto confluisce nella fondamentale regola di condotta sinteticamente descritta e racchiusa all'interno della formula anglosassone, d'uso corrente nella normativa di settore, nota come c.d. "*know your customer rule*". Su tale ultimo precetto comportamentale si innesta, poi, l'ulteriore regola del c.d. "*know the security rule*", che funge da spartiacque rispetto al precedente frangente dell'operazione di profilatura, segnando il passaggio all'interno del secondo segmento del

²⁶ Il principio in parola è recepito, in termini generali, dal cit. art. 21, co. 1 lett. b), a tenore del quale: i soggetti abilitati a prestare le attività ed i servizi di investimento devono "*acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati*".

²⁷ Così come previsto ai sensi dell'art. 168 R.I. 1998 (attuato con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018).

²⁸ La vasta gamma di informazioni che devono essere raccolte presso i clienti, alla luce di tutte le caratteristiche del servizio di consulenza in materia di investimenti da prestare loro, sono oggi esplicitate ed ulteriormente chiarite dal nuovo art. 167 R.I. 1998 (attuato con delibera n. 20307/2018) che indica separatamente ai commi 4 e 5 le informazioni riguardanti, rispettivamente, la situazione finanziaria di un cliente, comprensive dei «dati sulla fonte e sulla consistenza del reddito regolare, le attività, comprese le attività liquide, gli investimenti e beni immobili e gli impegni finanziari regolari» e quelle relative ai suoi obiettivi di investimento, che concernono «dati sul periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento, le preferenze in materia di rischio, il profilo di rischio e le finalità dell'investimento».

rapporto di intermediazione²⁹. Tale momento – cronologicamente e logicamente successivo al primo e che vede l'intermediario assumere un ruolo attivo – è connotato da un'"inversione di direzione" rispetto a quella precedentemente seguita dal flusso informativo. La regola poc'anzi espressa si traduce quindi nell'obbligo in capo al professionista, in quanto fisiologico detentore delle informazioni tecniche necessarie alla gestione del risparmio, di illustrare al suo cliente la natura, i rischi ed ogni altro carattere essenziale del servizio o del prodotto offerti³⁰. Affinché detto generico dovere comportamentale possa ritenersi realmente assolto in ossequio ai canoni della diligenza e della correttezza – consacrati ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. ed eloquentemente ribaditi dal già citato art. 21 t.u.f., unitamente all'ulteriore criterio della trasparenza – è necessario che la trasmissione delle informazioni rilevanti avvenga in maniera chiara, precisa ed esauriente. Si dice infatti che il c.d. dovere del *clari loqui* rappresenta un indefettibile corollario applicativo del più esteso dovere d'informazione, in quanto la regola generale della trasparenza dispiega i suoi effetti non solo sul piano contenutistico, ma anche su quello relativo alle modalità di comunicazione. In altri termini, l'equivocità dei moduli sottoposti all'investitore per la sottoscrizione produce un effetto equipollente a quello correlato alla mancanza di trasparenza negli stessi: ossia quello di essere fonti di squilibrio tra le parti e di iniquità aggravatrici dell'ontologico disallineamento informativo di partenza, di cui si è ampiamente parlato. Per dirla con le parole di certi autori «*un testo contrattuale non chiaro è un testo che non informa*». Per tali ragioni, il dovere di chiarezza – lungi dall'esaurire le sue sconfinite potenzialità operative su un piano di pure formalità attinenti al contenuto del contratto di intermediazione – non può ritenersi osservato in ipotesi in cui il professionista, in concreto, abbia sottoposto al *consumer* una moltitudine di documenti disseminati di "oscuri" tecnicismi, senza con ciò chiarirne il significato³¹. Ciò posto, tuttavia, si rende necessario esaminare un ulteriore

²⁹ In proposito v. anche G. FANCIARESI, *Gli obblighi informativi dell'intermediario finanziario tra nullità e responsabilità* in *Corriere giuridico*, 2017, XI, pp. 1370 ss.

³⁰ Il contenuto dell'informativa destinata al risparmiatore si apprende dalla lettura degli artt. 169-170 R.I., dedicati alla illustrazione al *consumer* di tutte le notizie conoscibili, conformemente alla diligenza professionale richiesta, e riguardanti rispettivamente, la prima delle norme suindicate, gli strumenti finanziari e le strategie di investimento, le avvertenze sui rischi associati e l'indicazione del se gli strumenti in questione siano destinati alla clientela al dettaglio ovvero a quella professionale; l'art. 170, invece, copre l'area delle informazioni che insistono, specificamente, sulle questioni relative ai costi, oneri e modalità di pagamento connessi ai servizi di investimento ed ai servizi accessori raccomandati al cliente.

³¹ La necessità di una comunicazione efficace, in quanto ispirata al fondamentale dovere di chiarezza, è comune altresì alla disciplina contenuta nel codice del consumo (ove è declinata in

profilo che investe e condiziona anch'esso l'effettivo livello di conoscenze che, a mezzo delle informazioni trasmessegli dall'intermediario, abbia conseguito il cliente relativamente al prodotto finanziario in cui si accinge ad investire i propri risparmi. A scanso di equivoci, giova precisare che non ogni informazione, per quanto precisa e dettagliata, si traduce per ciò stesso in una corretta valutazione dello strumento finanziario da parte dell'investitore, come se l'obiettivo dell'intermediario di rendere pienamente intellegibili alla controparte negoziale gli astrusi meccanismi di funzionamento del mercato finanziario e dei relativi prodotti costituisse un automatismo consequenziale alla sola circostanza di averne semplificato e linearizzato la descrizione. A questo proposito, si rende necessario stabilire altresì – da parte del giudice chiamato a valutare la responsabilità della banca – se le informazioni *de quibus* siano state non solamente, ad un primo approccio, percepite dal cliente ma anche da questi assimilate e quindi comprese, interpretate e infine consapevolmente utilizzate in sede di assunzione delle susseguenti scelte di investimento. Il problema della comprensibilità e piena consapevolezza del dato contrattuale, nella sua reale consistenza, esige inevitabilmente che l'agente intermediario abbia attentamente calibrato, in rapporto al livello di alfabetizzazione della controparte, le modalità attraverso le quali renderla edotta. In altri termini l'obbligo informativo, come sin qui enucleato, non può che vantare un contenuto proteiforme, giacché suscettivo di atteggiarsi diversamente sia sotto il profilo oggettivo, in funzione della tipologia di operazione da porre in essere, sia in chiave soggettiva, modulandosi secondo le peculiarità, personali e professionali, proprie dei soggetti coinvolti, quali emergono all'esito dell'opera di profilatura "empirica" condotta a monte dal professionista. Soltanto tale passaggio garantirebbe al cliente un'adesione realmente cosciente e volontaria al documento sottoscritto, fugando *in toto* il pericolo di una "breccia nella sua libertà negoziale", anche se nella prassi si osserva che la «*sequela di eventi* (in parola) *raramente trova effettiva realizzazione*»³². Da ultimo, la predetta

termini di comprensibilità delle informazioni da parte del consumatore) ed è anche condivisa dall'art. 166 cod.ass., a tenore del quale «*Il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente*». Sul tema, nello specifico, si veda G. LIACE, *La nozione di chiarezza nel diritto bancario e dei mercati finanziari*, in *Giur. comm.*, 2017, VI, GIUFFRÈ, pp. 967 ss.

³² Di questo avviso, F. GRECO – M. LECCI, *Op. cit.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, III, 2018, pp. 755 ss. Gli AA., in particolare, osservano che: «nella contrattazione in materia finanziaria (di natura complessa per i non specialisti del settore), diviene difficile delimitare i casi in cui il contraente, se pur non pienamente consapevole dei reali effetti, avrebbe comunque stipulato il

finalizzazione del flusso informativo dall'intermediario all'investitore si configura quale presupposto logico della fase finale del contratto, relativa alla prestazione dei servizi di investimento e di impronta marcatamente esecutiva rispetto alle precedenti. Come già in parte anticipatosi, il professionista dovrà astenersi dall'agire in borsa per conto del cliente quando l'investimento, che in concreto si voglia realizzare, non superi indenne il vaglio del giudizio di adeguatezza e appropriatezza in relazione alle caratteristiche dello stesso risparmiatore (c.d. *suitability rule*)³³. Laddove invece il predetto filtro di adeguatezza abbia dato esito positivo, gli oneri in commento si arricchiscono di un'ulteriore dovere dell'intermediario, consistente nel monitorare in modo costante l'andamento dei titoli acquistati dal cliente sulla base del binomio rischi-rendimenti. Ne consegue, perciò, il dovere in capo al professionista di valutare periodicamente un riadeguamento delle raccomandazioni fornite in vista dell'obiettivo della migliore tutela del risparmio³⁴. L'accentuato *enforcement* che in questa sede caratterizza gli obblighi informativi si giustifica in ragione della inequivoca volontà del legislatore di elevarli al rango di preminente strumento di "manutenzione" delle asimmetrie "genetiche" del contratto. Tale scenario normativo non può che tradursi, corrispondentemente, in una dilatazione (*rectius*, appesantimento) della portata applicativa della clausola della buona fede contrattuale, concepita in chiave funzionale. Già principio portante del nostro sistema giuridico, riconosciuto sia a livello costituzionale, attraverso una lettura evolutiva dell'art. 2 Costituzione, sia a livello di normazione codicistica, nella quale si rinvergono molteplici riferimenti alla buona fede³⁵, la clausola *de qua*, appositamente

contratto, da quelli in cui la formazione della volontà è stata inficiata dalla falsa rappresentazione degli effetti medesimi, determinando così l'invalidità della pattuizione» (p.764).

³³ Si v., per una disamina maggiormente approfondita a proposito della c.d. *suitability rule*, A. ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, vol. LXIII, VI, GIUFFRÈ, pp. 728 ss. Con precipuo riferimento ai caratteri distintivi intercorrenti tra le regole di adeguatezza e di appropriatezza adoperate, in questa fase negoziale, dall'intermediario, si attesta che i (pregressi) profili di criticità sul punto risultano assorbiti dall'attuale normativa dalla quale si evince che tali regole vengono ad essere modulate con riferimento alla prestazione di distinte aree di servizi. In particolare, «adeguatezza per consulenza e gestione di portafogli; appropriatezza per i servizi di impronta esecutiva».

³⁴ Sempre con riferimento alla c.d. valutazione di adeguatezza, si legge nel testo del nuovo art. 171 R.I. 1998 (come modificato con la delibera Consob cit. del 15 febbraio 2018) che la valutazione periodica dell'adeguatezza debba avere cadenza annuale, al fine di migliorare il servizio. Tuttavia, precisa anche che la «frequenza di tale valutazione è incrementata sulla base del profilo di rischio del cliente e del tipo di strumenti finanziari raccomandati».

³⁵ La clausola in parola permea di sé tutte le fasi (di formazione, interpretazione ed esecuzione) del vincolo contrattuale e perciò si ritrova diffusamente nel Libro IV del codice civile, in quanto menzionata ex artt. 1175, 1358, 1359, 1366 e 1375 c.c. Per ulteriori approfondimenti in materia

rivisitata alla luce del peculiare contesto finanziario ed in forza della lettura in combinato disposto degli artt. 1176 co. 2 c.c. e 21 co. 1 lett. a) t.u.f., si carica di significati ulteriori rispetto ai suoi tradizionali contenuti codicistici. In sostanza, può ritenersi che essa si atteggi quale principio di c.d. «sovraordinata diligenza professionale»³⁶, delineando il perimetro dei comportamenti entro il quale può dispiegarsi lecitamente l'operato degli attori qualificati all'interno dei mercati finanziari. Ciò anche in virtù del fatto che la prestazione che è ragionevolmente esigibile dagli stessi intermediari travalica il mero atto materiale della vendita od acquisto di un prodotto finanziario. In altri termini, costoro, non impersonando il ruolo di semplici esecutori materiali, si accollano un vero e proprio incarico gestorio-fiduciario con uno slancio quasi "proattivo" a tutela del risparmio del cliente (c.d. *need of protection*), da cui originano conseguenzialmente doveri di assistenza continuativa.

5. Inadempimento ai doveri comportamentali dell'intermediario: quali le sorti del contratto?

Alla stregua di quanto precede, è incontrovertito che gli obblighi informativi così cristallizzati e gravanti sull'intermediario – oltre ad avere ricadute positive in termini di stabilizzazione (c.d. *welfare*) del mercato finanziario – assolvono, secondo una chiave di lettura che gli specialisti del settore definiscono "microprudenziale", il duplice compito di "correttivo informativo" dei processi decisionali degli investitori e, a un tempo, di garanzia giuridica per lo stesso intermediario. Questi infatti, ottemperando ai predetti obblighi, andrà esente da responsabilità. A questo proposito, si pone la necessità di traslare brevemente il *focus* della presente analisi sull'aspetto, a ben vedere trascurato dalla normativa di settore, che investe l'inquadramento della responsabilità bancaria da violazione degli obblighi sopra menzionati e l'ulteriore tematica delle sorti del contratto infirmato dall'esistenza di "zone d'ombra" dall'angolo visuale dell'investitore. Su questo versante, le diverse impostazioni proposte in via pretoria si attestano su posizioni divergenti, in quanto polarizzate su un'antitetica lettura del funzionamento delle tutele privatistiche. Cionondimeno, è dato riscontrare un *continuum* che avvince i più recenti arresti giurisprudenziali, di merito e di legittimità. Con le già richiamate sentenze coeve del 2007 – note anche come "sentenze Rodorf", dal nome del loro estensore – il Giudice di

di buona fede contrattuale, si v. più estesamente R. GALLI, *Nuovo corso di diritto civile*, 2017, CEDAM.

³⁶ In tal senso A. ZURLO, *Op. cit.*, 2019, IV, p. 1208.

Legittimità, nella sua più autorevole composizione, aveva avuto occasione di rimarcare la consueta distinzione civilistica intercorrente tra regole di validità e regole di condotta, calandola nel contesto contraddistinto dall'*agere* specifico degli intermediari³⁷. La ritenuta inderogabilità di tale fondamentale criterio anche nel settore *de quo* rendeva, perciò, cogente l'esigenza di espungere *in toto* la predicabilità della più radicale soluzione della nullità ex art. 1418 c.c., *sub specie* di nullità virtuale³⁸, in presenza di violazioni di sole regole comportamentali da parte dell'intermediario. Al riguardo, spiegavano gli Ermellini che – in assenza di indici legislativi orientanti nella opposta direzione – la violazione dei surriferiti doveri comportamentali sarebbe apparsa inidonea a riverberarsi sulla validità genetica del contratto stipulato con il cliente³⁹. Invero, trattandosi di vizi funzionali, gli stessi sarebbero naturalmente destinati a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale – nel caso abbiano inciso sugli obblighi che precedono od accompagnano la stipulazione dei contratti in parola – valendo ad integrare la possibilità per il cliente, vittima dei comportamenti scorretti della controparte in sede di trattative, di agire in via risarcitoria ex art. 1337 c.c.. Coerentemente con un tale argomentare giudiziale, laddove invece la violazione si sia concretata *in executivis*, assumerebbe i caratteri di un vero e proprio inadempimento contrattuale (o inesatto adempimento) del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione incombenti sul contraente

³⁷ M. PALADINI, A. RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano, GIUFFRÈ, 2019, pp. 1581 ss.

³⁸ Perciò a tenore del comma primo della medesima disposizione, sull'asserito presupposto, condiviso da pronunce meno recenti, che le norme contenute agli artt. 21, lett. a) e b) del t.u.f., nonché agli artt. 28-29 del R.I. 1998 hanno natura imperativa e come tale inderogabile, in considerazione degli interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (47 Cost.) che l'impianto normativo mira a tutelare. In particolare, si osserva che le conseguenze di tali violazioni andrebbero verificate in termini di incidenza, nel caso concreto, su elementi essenziali dell'atto negoziale ex 1325 c.c., ciò comportandone la nullità. Nullità che a sua volta importerebbe, come noto, la restituzione dell'importo versato dal cliente per l'operazione finanziaria; ai fini del risarcimento invece occorrerebbe la prova dell'entità del danno in concreto patito dal risparmiatore (altrimenti, in difetto, liquidato equitativamente dal giudice). Tra le numerose pronunce di merito affermantì la nullità ex 1418.1 c.c. del contratto di acquisto di strumenti finanziari concluso in violazione dei doveri di comportamento imposti agli intermediari si v. *ex plurimis* Trib. di Trani 13 febbraio 2007 in *Corti pugliesi*, 2008, n. 85, con nota di MANCO; Trib. di Milano 20 luglio 2006, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 809, con nota di TOMMASINI; Trib. di Pesaro 10 aprile 2006, in *Corti marchigiane*, 2007, 128; Trib. di Mantova 12 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, n. 614, con nota di V. ROPPO.

³⁹ Contrariamente a quanto ritenuto dai fautori della "tesi demolitoria" incentrata sulla nullità, i quali asserivano tra l'altro che il principio generale della trasparenza non fosse da considerarsi soltanto alla stregua di un "precetto di comportamento" facente capo all'intermediario, quanto piuttosto come vero e proprio "requisito genetico" degli atti negoziali in questione.

forte che, a sua volta, può essere causa di risoluzione del contratto⁴⁰ se sussistono gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c. e che (al pari della nullità originariamente ipotizzata) fa sorgere un obbligo restitutorio del *tantundem* a carico della banca⁴¹. Tuttavia, ad onta della dirompente portata chiarificatrice assunta dalle citate decisioni del massimo Consesso, si è fatta spazio una corrente interpretativa che – sotto la spinta di un approccio definito per l'appunto paternalistico – è sembrata riproporre la *vexata quaestio* delle sorti del contratto d'intermediazione, inizialmente culminata con le sentenze del 2007. Incrementando la casistica giurisprudenziale, con particolare riferimento ai contratti di "interest rate swap", tale filone ha così svilito il valore della *summa divisio* fra regole di condotta e di validità, riproponendo il rimedio della declaratoria di nullità. Un siffatto indirizzo muove però dal presupposto del difetto di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti su base del giudizio ex art. 1322 c.c., ovvero del difetto di causa in concreto⁴², "accantonando", invece, il richiamo all'art. 1418, primo comma c.c.. Ad ogni modo, è indubbio che il *fil rouge* che oggi affascia le pronunce dell'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità riecheggia l'insegnamento "tramandato" dalle Sezioni Unite, nel senso di voler limitare l'indiscriminato ricorso al rimedio "demolitorio" ex art. 1418 c.c.. Difatti ai giudici è sembrato che questa deriva

⁴⁰ Sempre congiuntamente al rimedio risarcitorio valevole indipendentemente dalla collocazione temporale della violazione.

⁴¹ In proposito, cfr. tra gli altri F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, in *Quad. banca borsa tit. cred.*, Milano, 2010, p. 135. Merita altresì menzione l'orientamento condiviso da certa giurisprudenza di merito che assume che la violazione dei doveri informativi possa incidere sul consenso, al più, inquinandolo anche se appare difficile credere che possa eliderlo del tutto. Pertanto, si configurerebbe – secondo detta tesi giurisprudenziale – un'ipotesi di annullabilità del contratto *de quo*; all'interno di un siffatto insieme di pronunce è opportuno distinguere quelle in cui il giudice parla di "dolo omissivo" della banca che ometta di fornire al cliente le informazioni cui è tenuta in forza del dovere di diligenza particolarmente qualificata, ai sensi dell'art. 1176.2 c.c. (in tal senso, Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005 in *Giur. It.*, 2006, III, p. 521 nota di COTTINO) e quelle in cui invece si ritiene venga in rilievo un «errore essenziale e riconoscibile» da parte dell'intermediario (cfr. Trib. Parma 17 novembre 2004; *a contrario*, v. Trib. Roma Sez. II, 16 maggio 2005 in *Contratti*, 2006, 5, p. 497; Cass. civ. sez. I, 19 ottobre 2012, n. 18039 in *CED Cassazione*, 2012). Più in generale, si v. G. FAPPIANO, *Gli obblighi informativi degli intermediari finanziari al vaglio della giurisprudenza*, in *i Contratti* 2019, IV, pp. 424 ss., cui si rinvia per un'analisi completa degli orientamenti giurisprudenziali che hanno contribuito a precisare la natura della responsabilità dell'intermediario e i rimedi giudiziali esperibili dal cliente investitore.

⁴² Emblematica in tal senso è Cass. civ. sez. I, 31 luglio 2017, n. 19013. A tal proposito, precisa il Collegio che la cura dell'interesse oggettivo del cliente – in forza della normativa dei citati artt. 21 t.u.f. e 26 R.I. 1998 – «si va a inserire nell'ambito della generale valutazione di meritevolezza degli interessi prescritta dall'art. 1322 c.c.». In dottrina, si v. per tutti G. LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi* in *Foro it.*, 2018, V, col. 221.

sia stata alimentata da un ingiustificato⁴³ "stravolgimento creativo" del tradizionale sistema di tutele civilistiche da parte dell'interprete. Sistema che, però, l'interprete stesso non è autorizzato a sovvertire adducendo il solo argomento che il settore normativo costituito dal t.u.f. e dal regolamento Consob è «*contrassegnato da una elevata prevalenza dell'interesse pubblico*»⁴⁴. Conclusivamente, i giudici nomofilattici possono pertanto dirsi concordemente allineati nel ritenere che le omissioni, ascrivibili all'intermediario e inquinanti la decisione del risparmiatore sull'*an* della stipulazione del contratto ovvero la corretta esecuzione dello stesso, debbono ricondursi al novero di quelle «*regole di responsabilità*»⁴⁵ che, in quanto strettamente connesse alle circostanze del caso concreto, sono per ciò stesso inidonee ad essere sanzionate con la nullità.

6. L'irrelevanza della profilatura del cliente in termini di "elevata propensione al rischio" agli effetti della prova del nesso causale.

Come sin qui riproposto, il variegato dibattito giurisprudenziale è sembrato spesso sconfinare in un modello che alcuni autori sono soliti definire "quasi-normativo"⁴⁶, in quanto contraddistinto dall'impavido intento dei giudici di sopperire, in via interpretativa, alle lacune regolamentari proprie della materia. Cionondimeno, il rigore delle soluzioni coniate sulla base dei classici principi civilistici si imbatte nelle sfuggenti logiche che orientano l'andamento dei prodotti negoziati sui mercati mobiliari, rischiando di condurre a risultati connotati da non meno accentuate sfumature di aleatorietà e incertezza. Al riguardo, l'attivismo degli interpreti in soccorso del risparmiatore reca con sé il rischio costante di sfociare in una vera e propria paralisi del sistema dei rapporti contrattuali relativi ai servizi di investimento. Ed è proprio la costante ricerca di ottimizzazione della tutela degli interessi del cliente-risparmiatore che ha ispirato anche i più recenti interventi della Corte di legittimità. In particolare negli ultimi anni, la Cassazione si è soffermata, con meticolosa attenzione, sullo studio di una delle macro-aree che costellano la sterminata galassia della responsabilità

⁴³ Stante l'«*assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedano*». Così, *mutatis mutandis*, SS.UU. cit. n. 26724.

⁴⁴ In tal senso, Trib. di Parma, 7 giugno 2005, in *Giuraemilia.it*, 2005.

⁴⁵ Così, G. FANCIARESI, *Gli obblighi informativi dell'intermediario finanziario tra nullità e responsabilità Op. cit.*, p. 1377.

⁴⁶ La paternità della locuzione è da attribuirsi a F. BASSAN, *La riforma della regolamentazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, in *Banca impr. soc.*, 2017, p. 385. Sul punto, si v. anche F. GRECO – M. LECCI, *Intermediazione finanziaria tra «precauzione» normativa ed alea giurisprudenziale: possibili rimedi*, op. cit., pp. 771 ss. in cui nello specifico gli AA. parlano di «*volatilità giurisprudenziale*».

civile degli intermediari finanziari: quella relativa al legame eziologico intercorrente tra inadempimento del professionista e danno patito dal cliente e dunque, sul piano propriamente processuale, relativa alla distribuzione degli oneri probatori tra i due terminali contrattuali. Ancora prima di addentrarsi *in subiecta materia*, è di preliminare importanza fissare a mente le coordinate normative dettate dal codice civile. Il caposaldo in tema di responsabilità da inadempimento delle obbligazioni contrattuali è costituito dalla previsione contenuta all'art. 1218 c.c., norma che – adattando alla materia della imputabilità dell'inadempimento *ex contractu* il principio generale di cui all'art. 2697 c.c. – enuclea la regola probatoria secondo la quale, qui, vige una presunzione di colpa in capo al debitore in caso di inadempimento, superabile da quest'ultimo solo con l'offerta della prova *«che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»*. A tali norme si frappono, puntualizzandone la portata, l'art. 23 co. 6 t.u.f., a tenore del quale: *«spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova (positiva) di aver agito con la specifica diligenza richiesta»*, non essendo sufficiente la mera prova dell'assenza di negligenza. Perciò, in ipotesi di (lamentata) violazione degli obblighi informativi, di precipuo interesse in questa disamina, sull'intermediario incomberebbe il dovere di provare che le informazioni – la cui mancanza o incompletezza formino oggetto di contenzioso – siano state correttamente fornite o che, alternativamente, quelle addotte dal ricorrente a motivo della relativa doglianza esulino dal novero di quelle altrimenti dovute. Di riflesso, spetterebbe all'investitore allegare specificamente l'inadempimento dei predetti obblighi, fornire la prova del danno e dimostrare altresì il nesso di causalità ricorrente tra il pregiudizio e il dedotto inadempimento, anche sulla base di presunzioni. Per lungo tempo, i giudici di piazza Cavour si sono assestati su una posizione univoca in punto di causalità, replicando pedissequamente nelle ipotesi *de quibus* il tradizionale meccanismo operativo del riparto degli oneri in sede giudiziale. Si apprende infatti dalla lettura di un'ampia congerie di pronunce in tema che, versandosi in ipotesi di causalità omissiva, la prova del nesso eziologico veniva scrutinata secondo i criteri generalmente applicati, ossia in ossequio alla regola del "più probabile che non". Detta regola, come noto, postula l'impiego del giudizio controfattuale: in altri termini, collocando ipoteticamente in luogo della condotta omessa quella legalmente dovuta – secondo un giudizio necessariamente probabilistico condotto sul modello della prognosi postuma – si sarebbe dovuto dimostrare che *«l'investitore, laddove adeguatamente informato, avrebbe desistito*

dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole». Ciò in quanto soltanto *bypassando*, in termini a sé favorevoli, il filtro frapposto da un siffatto cruciale giudizio, riguardato attraverso la lente dell'*id quod plerumque accidit*, il cliente sarebbe potuto addivenire all'agognato accertamento giudiziale della responsabilità dell'intermediario negligente⁴⁷. A ben vedere, però, una consimile soluzione si è mostrata da subito foriera di problematicità sul piano ermeneutico. Il ragionamento espresso nei termini suesposti, volto ossia a conferire un valore probatorio assorbente al giudizio controfattuale presuntivo, è difatti apparso viziato da una macroscopica incoerenza di fondo di natura giuridico-sistemica. Anzitutto, così operando, gli interpreti finivano per giustificare un indiscriminato esonero da responsabilità dell'intermediario. Infatti, secondo l'orientamento pretorio in commento, il giudizio sarebbe dovuto culminare inevitabilmente nella reiezione della domanda attorea da parte del decidente, ogniqualvolta lo stesso attore-investitore non fosse riuscito a confutare la tesi di controparte, incentrata sulla sussistenza di una peculiare propensione al rischio da parte del cliente. Propensione (induttivamente) ricavata dalle pregresse scelte d'investimento del risparmiatore e che, a sua volta, nel caso concreto – asseveravano i sostenitori del giudizio prognostico – lo avrebbe sospinto del pari al compimento di quella ulteriore scelta investitrice (di cui si duole), anche nell'opposta evenienza in cui il suo fabbisogno informativo fosse stato soddisfatto dal professionista secondo *leges artis*. Pertanto, la principale censura mossa avverso tali argomentazioni è risultata compendiabile in due punti focali: il primo secondo cui, così opinando, veniva valorizzato il "*profilo speculativo*" del cliente tanto da renderlo elemento in grado persino di comprovare l'irrelevanza civilistica dell'inadempimento dell'intermediario, quando in realtà si trattava di circostanza priva di «*capacità indiziante*»; il secondo aspetto critico, che a sua volta si pone quale logico corollario del primo, era quello per cui veniva ad essere del tutto "marginalizzata" e svilita la portata valoriale degli obblighi informativi, mandando esente la banca da qualsivoglia responsabilità, pur in presenza di una grave lesione degli stessi. Orbene, sulla scorta di siffatte considerazioni, con i più recenti arresti il giudice

⁴⁷ A tal proposito, si v., *ex plurimis*, Cass. civ. [ord.], sez. I, 24 aprile 2018, n. 10111 in *Intermediazione e consulenza finanziaria* 2018, n. 154, in cui si legge altresì che: «Tale giudizio per sua natura non si presta alla prova diretta, ma solo a quella presuntiva, occorrendo desumere (nel rispetto del paradigma di gravità, precisione e concordanza previsto dall'articolo 2729 c.c.) dai fatti certi emersi in sede istruttoria se l'investitore avrebbe tenuto una condotta, quella consistente nel recedere all'investimento, ormai divenuta nei fatti non più realizzabile (Cass. n. 17194/2016)». Nello stesso senso, cfr. Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4727 in *Giur. it.*, 2019, p. 293, con nota di CALDARELLI; Cass. civ., sez. I, 29 ottobre 2010 n. 22147 su www.italgiureweb.giustizia.it.

della nomofilachia ha inteso ribaltare il pregresso indirizzo giurisprudenziale e assumere, ancora una volta, vesti garantiste nei confronti della posizione creditoria (*id est*, del contraente debole). Pertanto, il filone testé richiamato è stato bollato come immeritevole di continuità, patendo – a giudizio del Collegio – un’evidente frattura sul piano logico-giuridico rispetto alla strategica centralità comunemente riconosciuta, nell’economia dell’operazione complessiva, al momento informativo che è congegnato (volendo prendere in prestito una metafora dall’architettura) quale “architave portante dell’intera struttura negoziale” tra banca e cliente, sulla quale si gioca la tenuta del medesimo rapporto sinallagmatico⁴⁸.

7. Cass. civ. n. 7905/2020: lo stato dell’arte in punto di causalità.

Da tali statuizioni⁴⁹ ha preso l’abbrivio l’orientamento, oggi prevalente, in ordine ai principi regolatori dell’*onus probandi* specificamente rivisitati alla luce del precetto contenuto all’art. 23 t.u.f.. In questo rinnovato bilanciamento di prospettive, teso a conciliare le istanze di protezione del contraente debole con il profilo speculativo di quest’ultimo, s’innesta la recente pronuncia n. 7905, emessa il 17 aprile scorso. Nella vicenda in commento, i giudici delle Corti territoriali erano investiti delle domande con le quali gli attori chiedevano l’annullamento dei contratti di acquisto di obbligazioni da loro conclusi e la condanna della banca convenuta alla restituzione delle somme impiegate per l’acquisto dei titoli, oltre che al risarcimento dei danni patiti, lamentando in particolare un comportamento dell’intermediario (ritenuto) non conforme al parametro di specifica diligenza richiesto ai sensi del surrichiamato art. 23 t.u.f..⁵⁰. Assunte queste necessitate premesse, la Prima Sezione della Corte si è

⁴⁸ Per meglio esprimere questi concetti, si riportano in proposito le parole dei giudici di legittimità: «L’esclusione del nesso causale desunta dalla Corte territoriale dalla cd. prova controfattuale (...) integra la violazione del richiamato sistema integrato di protezione dell’investitore che permea la disciplina normativa dalla fase precontrattuale fino alle conseguenze dannose dell’esecuzione degli ordini d’investimento, prescrivendo una rigida conformazione delle prestazioni di carattere informativo a carico dell’intermediario, in ordine alle quali deve indefettibilmente essere fornita la prova positiva per evitare le conseguenze risarcitorie (o solutorie) dell’inadempimento». Cfr. Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4727 (ordinanza) in *Giurisprudenza italiana* 2019, pp. 293 ss.

⁴⁹ Tra le prime pronunce con cui la Cassazione – nel compiere il “cambio di rotta” – rivitalizza il ruolo specifico dell’informazione, si v. Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2017, n. 12544.

⁵⁰ Nel caso di specie, quanto al contenuto delle formulate doglianze, gli attori hanno dedotto di aver «subito vere e proprie sollecitazioni all’investimento da parte dei dipendenti della Banca convenuta, che avevano loro evidenziato la natura particolarmente vantaggiosa delle operazioni proposte»; hanno lamentato «la mancata consegna del contratto di intermediazione, del prospetto informativo e di un documento sui rischi connessi alle operazioni finanziarie»; hanno infine

dovuta confrontare, primariamente, con il *decisum* del giudice d'appello di Firenze il quale aveva ben accolto l'argomentazione probatoria addotta dall'intermediario, ai fini del nesso causale. In particolare, la banca aveva costruito la sua difesa sull'assunto della ininfluenza del *deficit* informativo (addebitato) rispetto alle scelte compiute dai clienti-sottoscrittori, motivandolo sulla scorta «*degli investimenti in precedenza effettuati dai vari risparmiatori in strumenti speculativi e rischiosi, come azioni e obbligazioni strutturate convertibili*» (c.d. giudizio controfattuale). Sulla base di un siffatto quadro empirico, debitamente comprovato in via documentale dalla banca, al decidente in seconde cure era apparso agevole associare gli attori a quella classica figura di investitori connotati da un'alta propensione speculativa, valevole ad escludere di per sé la sussistenza del nesso causale tra i danni da questi sofferti e l'inadempimento del professionista. Tanto puntualizzato i giudici di Cassazione, con l'annotata pronuncia, colgono l'occasione per affermare, ancora una volta con estrema chiarezza, la relativa posizione in tema di distribuzione degli oneri probatori tra le parti del rapporto di intermediazione finanziaria. Dopo una ricognizione sistematica delle principali fonti regolative degli obblighi comportamentali facenti capo agli intermediari, il giudice di ultima istanza passa a definire il regime probatorio vigente in materia, perimetrando le aree ascrivibili ai contraenti, descrivendone i presupposti ed eleggendone i limiti ex art. 1218 c.c.. Entro le coordinate unificanti così tracciate, la scure del sindacato di legittimità si abbatte sulla parte motiva della sentenza di merito in cui il giudice territoriale ha *in toto* trascurato di valutare la rilevanza causale dell'inadempimento degli obblighi informativi, arroccandosi su posizioni che al Supremo Collegio paiono in completo stridore con quello che la stessa Corte di Cassazione considera ormai come *ius receptum*. In particolare il Collegio, nel solco dei principi da ultimo consacrati da una recentissima sentenza a Sezioni Unite del 2019⁵¹, ribadisce che l'obbligo informativo gravante sull'intermediario assolve ad una nevralgica funzione sistematica, giacché preordinato al riequilibrio dell'asimmetria del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore del cliente e «*in tal modo a consentire all'investitore una scelta consapevole e razionale*». Muovendo da un siffatto inamovibile baluardo giuridico, la Cassazione enuncia il principio di diritto secondo cui

sostenuto «*di non essere stati informati dell'alto rischio insito nell'operazione (...)*». Cfr. Cass. civ. Sez. I, 17 aprile 2020, n. 7905 in *foro.it*.

⁵¹ Il richiamo che fa il Collegio è a Cass. civ., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, di cui è possibile approfondire il testo in *Foro.it*, 2020, parte I, col. 946.

«l'inadempimento dei doveri informativi da parte della banca intermediaria costituisce di per sé un fattore di disorientamento dell'investitore che condiziona in modo scorretto le sue scelte di investimento e ingenera una presunzione di riconducibilità alla banca intermediaria della responsabilità dell'operazione finanziaria». Quindi – con ulteriore sforzo esplicativo – i giudici di legittimità puntualizzano che dalla condotta con cui il professionista abbia omesso di fornire al risparmiatore le notizie in concreto più adeguate, poiché confacenti al soddisfacimento di specifiche esigenze del singolo rapporto⁵² e da lui «*conoscibili in base alla necessaria diligenza professionale*»⁵³, scaturisca *ex se* una presunzione legale di sussistenza del nesso causale tra inadempimento informativo e pregiudizio, «*in quanto tali informazioni costituiscono i reali fattori per decidere, in modo effettivamente consapevole, se investire o meno*». Dall'anzidetta *praesumptio* – connaturata all'assolvimento di oneri informativi ragionevolmente esigibili e generalmente fronteggiabili dal soggetto che operi in veste di professionista del settore bancario-finanziario – i giudici fanno così discendere una peculiare *species* di responsabilità civile, declinata quale ipotesi di responsabilità (da violazione) di *status*, giacché attinge la sfera giuridica del responsabile-gestore dell'operazione economica. Trattasi, però, di presunzione avente natura *iuris tantum ex artt. 2727-2728 c.c.*, suscettiva di prova contraria da parte dell'intermediario che, malgrado l'appesantimento del suo carico probatorio, può vincerla adducendo, sulla base di elementi univoci e concludenti, «*la sussistenza di sopravvenienze capaci di deviare il corso della catena causale derivante dall'asimmetria informativa*». Sotto quest'ulteriore aspetto, i giudici della Cassazione – ricollegandosi alla prima parte della motivazione – destituiscono di qualsivoglia fondamento la tesi della Corte d'appello, mettendo in luce le fallacie argomentative⁵⁴ sottese al ragionamento del giudice territoriale nella parte in cui accoglie la possibilità per l'intermediario di spendere a proprio favore il giudizio probabilistico basato sul modello della prognosi postuma, assumendo (erroneamente) ad «*elemento indiziante*» il generico riferimento alle

⁵² «in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente; (...) [le] indicazioni idonee a descrivere la natura, la quantità e la qualità dei prodotti finanziari ed a rappresentarne lo specifico coefficiente di rischio» cfr. Id., 4 novembre 2019, n. 28314.

⁵³ Sempre con riferimento al contenuto degli obblighi in parola, vi si ricomprende l'esplicitazione da parte della banca: «in modo puntuale, di tutte le specifiche ragioni idonee a rendere un'operazione inadeguata rispetto al profilo di rischio dell'investitore, ivi comprese quelle attinenti al rischio di default dell'emittente con conseguente mancato rimborso del capitale investito».

⁵⁴ A voler essere maggiormente precisi, i giudici parlano di «*mera apparenza del discorso giustificativo*».

«*scelte pregresse di investimento degli investitori*»⁵⁵. Al riguardo spiegano gli ermellini che, invero, si tratta di elementi neutri, siccome del tutto insufficienti a ricostruire – anche solo ipoteticamente – il presumibile contegno che l'investitore avrebbe assunto qualora fosse stato correttamente informato. A sostegno, argomentano che anche il soggetto «*speculativamente orientato*» deve potersi autodeterminare liberamente nell'ambito di tutte le opzioni ugualmente rischiose ed alla luce dei fattori di rischio opportunamente segnalatigli⁵⁶. Aderendo a tale *iter* logico, *a fortiori*, prive di reale valore inferenziale nel giudizio di accertamento del nesso di causalità risulterebbe altresì «*l'adeguatezza dell'operazione al profilo di rischio del cliente*», così come «*la buona conoscenza del mercato finanziario*» da lui mostrata; quest'ultima, tutt'al più, potrebbe fungere da indizio della capacità dell'investitore di «*distinguere tra investimenti consigliabili e sconsigliabili*», permanendo pur sempre in capo al creditore tutto l'interesse a ricevere «*le necessarie informazioni sullo specifico prodotto oggetto dell'operazione*». Riprendendo perciò il discorso in termini positivi, il Collegio osserva che la prova contraria consentita ai fini del giudizio controfattuale debba assumere, invece, una pregnante concretezza, esemplificativamente ravvisabile in tutte le ipotesi in cui la banca dimostri che il cliente, allorquando debitamente avvertito del rischio in altra successiva ed analoga occasione, ha in concreto optato per l'investimento, seppur questo sia apparso da subito connotato da profili di rischio non dissimili da quello per cui è stata incardinata la causa. In

⁵⁵ La tesi fatta propria dalla Cassazione è stata invero criticata in dottrina in quanto estendendo l'inversione dell'onere probatorio anche al nesso causale i giudici di legittimità sembrerebbero aver unito due piani concettualmente distinti: «*prova positiva della diligenza, da un lato, e causalità giuridica, dall'altro*», tanto più laddove, come nel caso di specie, di causalità omissiva ove – a giudizio dell'Autore – «*l'intermediario inadempiente risulterebbe sempre e comunque responsabile, anche nel caso in cui l'applicazione del giudizio contro fattuale determinasse una valutazione diversa escludendo la causalità omissiva*». In tal senso, v. G. CALDARELLI, *Viraggio in chiave oggettiva per la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Giur. It.*, 2019, 2, pp. 293 ss., nota a sentenza Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4727. Dello stesso avviso, MAGGIOLLO, *Servizi e attività di investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU, MESSINEO, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 546, il quale muove da un dato letterale di fondo costituito dal richiamato art. 23 co. 6 t.u.f., che nulla dice in merito al rapporto di causalità ed appare perciò inidoneo a fondare una deroga rispetto al generale regime probatorio.

⁵⁶ Sia pure in pronunce diverse da quella in commento la Cassazione, nelle parti riferentesi alla determinazione del *quantum* da liquidarsi in favore del creditore, è giunta ad escludere che l'intermediario inadempiente possa giovare pur solo dell'applicazione del 1227 co. 1 c.c. (concorso colposo dell'investitore), ai fini di veder attenuata la sua responsabilità, dal momento che neppure la scelta del cliente di disattendere i consigli di disinvestimento ricevuti una volta che si sia data esecuzione ad un ordine in assenza di adeguata informativa varrebbe a testimoniare una sua volontaria esposizione al rischio. Cfr. Cass. civ. sez. 1, 31 agosto 2015, n. 17333 in *CED Cassazione*, rv. 636539-01 (m).

definitiva, i giudici hanno cassato la sentenza impugnata, rinviando alla Corte di appello di Firenze, in accoglimento del motivo riferito al nesso causale con cui i ricorrenti avevano denunciato la «*violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art. 21 e art. 23, comma 6, TUF, artt. 26, 28 e 29 Reg. Consob 11522/1998*».

8. Spunti conclusivi sulla rilettura in chiave oggettiva della responsabilità dell'intermediario finanziario.

Tirando le fila del discorso, si può correttamente concludere nel senso che i più recenti approdi giurisprudenziali mostrano, rispetto al passato, una più consistente inclinazione tutelare nei confronti del soggetto asseritamente debole del rapporto di intermediazione finanziaria, stravolgendo l'assetto avallato, come visto, dai giudici di legittimità sino a pochi anni fa e "forgiato", invece, sulla rigida prova dell'eziologia tra danno e inadempimento a carico del cliente. Sulla scorta di quanto sin qui brevemente illustrato, non è mancato chi – tra gli autori – non abbia paventato il rischio di una tendenziale oggettivizzazione della responsabilità dell'intermediario, ravvisandovi i connotati propri della responsabilità da posizione⁵⁷, tanto che alcuni di essi – seppur interpretando l'opinione condivisa da una corrente minoritaria della dottrina – sono giunti persino a identificarvi un parallelo con le ipotesi di responsabilità *ex art. 2050 c.c.*, accostando la gestione degli strumenti finanziari ad una vera e propria «*attività pericolosa*»⁵⁸. Ciò posto, in conclusione, chi scrive ritiene che non possa farsi a meno di condividere l'approccio dottrinale che ha lucidamente preso le distanze da una ricostruzione che irrealisticamente intravede nel perseguimento della «*perfetta informazione*» la «*panacea di tutti i mali (da) cui è afflitto l'investitore*», trascurando il peso cospicuo che pur rivestono – agli effetti del processo di concretizzazione del flusso informativo – fattori esogeni (estranei) alla sfera giuridica dell'intermediario. Ciò che accade, secondo quanto supportato dalle scienze comportamentali, nelle ipotesi in cui – per esempio –

⁵⁷ Sull'analisi dell'emblematico "viraggio in chiave oggettiva" del modello di responsabilità degli intermediari finanziari cfr.: G. CALDARELLI, *Op. cit.*, p. 300 che affronta la tematica alla luce di un'interessante prospettiva comparatistica con le contigue aree della responsabilità del medico e dell'avvocato, arricchendola di riflessioni sul ritenuto processo di rivitalizzazione da parte dei giudici di legittimità della classica dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, che pareva invece «avviata ad un irreversibile crepuscolo dogmatico». La paternità di tale ultima espressione appartiene invece a E. CARBONE, *Onere della prova - sviluppi in tema di onere probatorio e adempimento delle obbligazioni* in *Giur. It.*, 2018, 11, pp. 2516 ss.; tra gli altri autori che parlano di un'estensione dell'istituto della responsabilità oggettiva nella materia della responsabilità degli intermediari finanziari si v. anche MORERA, *Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela*, a cura di ROJASELQUETA-VARDI, *Oltre il soggetto irrazionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 207.

⁵⁸ Sia consentito rinviare, sul punto, a DE NOVA, *La responsabilità dell'operatore finanziario per esercizio di attività pericolosa*, in *I contratti*, 2005, p. 709.

sulla scia dell'iniziale percezione positiva suscitata dall'intermediario, si instauri tra banca e cliente un rapporto sorretto da un consenso negativamente condizionato dalla pura e semplice «*percezione sociale o personale di convenienza dell'affare*»⁵⁹. Nell'ottica di mitigare le incertezze giurisprudenziali che precarizzano le sorti dell'investitore è al centro di dibattiti di crescente interesse l'opportunità per lo stesso risparmiatore di ricorrere, in via alternativa, ai c.d. A.D.R. bancari (meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia), al novero dei quali, nel 2017, si è aggiunto l'Arbitro per le controversie finanziarie (A.C.F.), istituito presso la Consob⁶⁰.

⁵⁹ Tali osservazioni traggono spunto dalle riflessioni condotte da F. GRECO - M. LECCI, *Op. cit.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, III, 2018, p. 763. Gli AA. approfondiscono la questione dei c.d. *bias* psicologici che si ripercuotono sul rapporto negoziale, in termini di irrazionalità delle scelte compiute dall'investitore. Tali fisiologiche distorsioni cognitive non rilevano giuridicamente sotto il profilo dei vizi dell'atto, invero, perfettamente valido in tutte le ipotesi in cui il professionista abbia correttamente assolto al suo compito informativo.

⁶⁰ Si rinvia a G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le Controversie Finanziari* in *Riv. Dell'arbitrato*, 2017, 1, pp. 191 ss.; BONIFACIO, *Arbitrato per le Controversie Finanziarie: alcune riflessioni*, in *www.elegal.it*, 2017; DOLMETTA-MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR Consob»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, pp. 251 ss.

Profili generali e recenti evoluzioni della responsabilità medica

di Gianluca CASCELLA* e Giovanni BARILE**

SOMMARIO: 1. L'obbligazione del medico come obbligazione di mezzi. 2. L'obbligazione del medico come obbligazione di risultato. 3. Le critiche di dottrina e giurisprudenza. 4. I caratteri della responsabilità medica. 5. L'assetto dopo la riforma del 2017. 6. La responsabilità delle strutture sanitarie. 7. Recenti evoluzioni della giurisprudenza di legittimità.

ABSTRACT: *Medical liability is a sector that is certainly in continuous evolution, whose repercussions affect the entire community, both for the protection of everyone's right to health, and for the no less significant repercussions on the state budget. Furthermore, it constitutes a constant ground of comparison and contrast between doctrine and jurisprudence, in the continuous search for its definitive structure, with continuous oscillations between the contractual and Aquilian profile, in search of the best possible balance between protection of the right to health and sustainability, for the NHS, the costs of compensation, in a path characterized by sudden leaps forward and equally sudden steps backwards. This absence of stability appears, moreover, confirmed by the most recent legitimacy decisions, with which the Court of Cassation has substantially overturned the systematic structure that the United Sections had imparted to the case of medical liability since 2008, intervening in 2019 with particular regard to the profile of the burden of proof, its distribution and the consequent failure to perform it, causing heated criticism of the doctrine, but also some sharing.*

1. L'obbligazione del medico come obbligazione di mezzi.

Per individuare il contenuto dell'obbligazione che grava sul professionista sanitario non è superfluo richiamare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, relativa alla prestazione che ogni professionista intellettuale è tenuto a compiere, per la quale, nel primo caso il prestatore d'opera intellettuale si obbliga a tenere una determinata condotta mentre, nel secondo, a far

* Professore incaricato di Diritto Processuale Civile, Università "PEGASO", Napoli; già professore a contratto di Diritto Processuale Civile c/o S.S.P.L., Università "Federico II", Napoli; PhD in "Comparazione e Diritti della Persona" c/o Università Salerno; Avvocato cassazionista.

** Avvocato cassazionista, esperto di medmal.

conseguire al creditore della prestazione una determinata utilità/risultato. Distinzione che, anche se dottrina e giurisprudenza – salvo qualche imprevedibile ripensamento- tendono a ritenere superata, in ragione del fatto che alla stessa deve riconoscersi esclusivamente una valenza niente più che descrittiva, appare comunque utile quantomeno a far comprendere il contenuto effettivo dell'obbligo gravante sul medico.

Fatta tale premessa, se la si considera obbligazione di mezzi, il medico potrà ritenersi responsabile solo se abbia omissso quella condotta professionale che, in relazione alle circostanze del caso concreto, era legittimo attendersi da un professionista per c.d. "medio"¹: il medico, infatti, non può ritenersi obbligato a far conseguire al paziente il risultato della sua guarigione, ma solo a tenere una condotta professionale a tanto idonea, anche se poi detto obiettivo non venga, in concreto, ottenuto, per cui il suo obbligo si concretizza, ed esaurisce, nel rispetto delle c.d. *leges artis* del suo settore di attività²; in conseguenza, è da ritenersi in colpa, ex art. 1176, 2° c.c., il medico che tiene una condotta difforme da quella che, nelle medesime circostanze, avrebbe tenuto un professionista diligente³, ma tale inadempimento non consegue automaticamente al mancato raggiungimento del risultato utile che il cliente si proponeva di conseguire, dovendosi invece valutare in base a quella che si ritenga, ex art. 1176, comma 2 c.c., la diligenza propria della natura dell'attività esercitata⁴; diligenza che, indiscutibilmente, è di livello elevato, propria non di un medico mediocre, bensì molto competente, come da alcuni correttamente osservato⁵; in ogni caso, pur nell'ambito di uno standard "alto" di diligenza, sulla sua effettiva misura incidono alcune variabili, come riconosce la S.C., secondo cui *"La diligenza esigibile dal medico nell'adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella "rafforzata" di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c., non è sempre la medesima, ma varia col variare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico, e del grado di efficienza della struttura in cui si trova ad operare. Pertanto dal medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od*

¹M. CATALDI, P. STORANI, P. ROMANELLI, S. VAGNONI, P. MATRICARDI, *La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria. Dopo la Riforma Gelli (L.8 marzo 2017, n.24)*, S.A. Romagna, 2017, p. 84.

² M. CATALDI, P. STORANI, P. ROMANELLI, S. VAGNONI, P. MATRICARDI, *op. loc. cit.*

³ Cass. civ., sez. III, 22.10.2014, n. 22338, in *Guida al Diritto*, 2015, 3, 336.

⁴ Cass. civ., sez. III, 16.11.2012, n. 20216, in www.dirittoegiustizia.it

⁵ M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, 2^a ed., Milano, 2017, p. 994.

*inserito in una struttura meno avanzata*⁶; per la S.C., allora, solo se abbia assunto espressamente la relativa garanzia – con onere probatorio a carico del paziente - il medico dovrà ritenersi obbligato a garantire un determinato risultato (e quindi esito) dell'intervento, o della sua prestazione⁷.

2. L'obbligazione del medico come obbligazione di risultato.

Se invece la si considera obbligazione di risultato la situazione si inverte, in quanto oggetto della prestazione – e parimenti dell'interesse che il paziente, mira a conseguire - è costituito da una specifica utilità, con la conseguenza che, pure in presenza di una condotta professionale del medico rispettosa delle prescrizioni ricavabili dall'art. 1176, 2° comma c.c., questi sarà responsabile nel caso di mancato raggiungimento di tale risultato,⁸ poichè il mancato conseguimento del risultato integra, *in re ipsa*, l'inadempimento e quindi la responsabilità, del professionista debitore della prestazione⁹.

Si colloca tra queste quella del chirurgo estetico, in quanto il cliente/paziente che si rivolge tale professionista intende conseguire un ben preciso obiettivo, rappresentato dal migliorare la sua estetica, perché non soddisfatto del suo aspetto¹⁰; tale è il carattere dell'obbligazione quando l'intervento risulti non necessario dal punto di vista della terapia medica e privo di caratteristiche di incertezza metodologica, e quindi routinario;¹¹ del resto, è proprio la libertà di scelta che "obbliga" il chirurgo, che ha accettato di eseguirlo, a far conseguire al paziente il risultato, in quanto "*proprio perchè manca, negli interventi di chirurgia estetica, il carattere della necessità e dell'inderogabilità, e dunque il medico non è costretto ad intervenire, ma può scegliere liberamente se assumere o no l'obbligazione, si ritiene che egli debba valutare in maniera molto più rigorosa il bilancio rischi/benefici, ricomprendendo nei primi anche le semplici probabilità di insuccesso e assumendosene, pertanto, nel caso accetti di intervenire, la piena responsabilità*"¹²; in tale categoria rientra anche il dovere di

⁶ Cass. civ., sez. III, 9.10.2012, n. 17143, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2013, 3, 1588.

⁷ Cass. civ., sez. III, 13.7.2010, n. 16394, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2011, 1, 278.

⁸ M. CATALDI, P. STORANI, P. ROMANELLI, S. VAGNONI, P. MATRICARDI, *op. loc. ult. cit.*

⁹ L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, p. 189 e ss.

¹⁰ G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, "consenso informato" e responsabilità del medico*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, p. 937 e ss.

¹¹ C. App. Roma, sez. III, 10.1.2012, n. 89, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 2013, 1, 470.

¹² F. NADDEO, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche e mediche*, a cura di P. Stanzone e S. Sica, Bologna, 2005, p. 1127.

informazione del medico al paziente, il cui inadempimento è fonte di responsabilità da omissione, che si verifica sia in ipotesi di assenza delle informazioni, sia in ipotesi di informazioni errate¹³; infatti, solo se tale dovere venga assolto in modo adeguato, il paziente sarà effettivamente consapevole della natura e delle conseguenze dell'atto medico cui si va a sottoporre, potendo pertanto autodeterminarsi liberamente¹⁴; l'importanza di tale assolvimento emerge con evidenza ove si tenga presente che, come osservato da autorevole dottrina *"l'osservanza del dovere di informazione assume rilievo a prescindere dal titolo in forza del quale venga richiesta una pronuncia di responsabilità contro il medico, trovando fondamento nell'art. 13 cost., il quale sancisce l'inviolabilità personale, nel cui ambito deve ritenersi sicuramente inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nelle ipotesi e con le modalità previste dalla legge"*¹⁵; esso viene in rilievo, allora, come strumento utilizzato per rinvenire un punto di equilibrio e convergenza tra, da un lato, l'interesse alla cura, da parte del primo e, dall'altro, l'irrinunciabile esigenza di controllare l'attività professionale del medico¹⁶.

Per la giurisprudenza il corretto ed esaustivo assolvimento di tale dovere assume particolare rilevanza negli interventi di chirurgia estetica, in relazione ai quali si riscontra la concentrazione sia del dovere di corretta esecuzione della prestazione, sia di corretta informazione, che non appare infondato affermare diano luogo ad un duplice obbligo di risultato; si è affermato, infatti *"La responsabilità del chirurgo in relazione al danno conseguente all'eseguito intervento di chirurgia estetica, al quale sia seguito un inestetismo più grave di quello che si mirava a eliminare o attenuare, è conseguente all'accertamento che il paziente non sia, stato adeguatamente informato di tale possibile esito, ancorché l'intervento risulti correttamente eseguito. Il paziente, infatti, con la chirurgia estetica, insegue un risultato non declinabile in termini di tutela della salute, circostanza che fa presumere come il consenso all'intervento non sarebbe stato prestato se egli fosse stato compiutamente informato dei relativi rischi, senza che sia necessario accertare quali sarebbero state le sue concrete*

¹³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 380.

¹⁴ V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica*, in *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche e mediche*, a cura di P. Stanzione e S. Sica, Bologna, 2005, p. 1046.

¹⁵ M. FRANZONI, *L'Illecito*, in *Trattato della Responsabilità Civile*, diretto da M. Franzoni, vol. I, Bologna, 2010, p. 275.

¹⁶ V. ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 1049.

determinazioni in presenza della dovuta informazione";¹⁷ in ogni caso, anche il paziente non può esimersi dal prestare attenzione alle informazioni che gli vengono fornite dal chirurgo, affermandosi sostanzialmente come il medesimo risulti gravato, specularmente, da un onere connesso al primo ed al suo espletamento, in ottica di propria autotutela, in quanto *"Il paziente ha l'onere di prestare la dovuta attenzione alle informazioni che gli vengono fornite, al fine di valutare l'opportunità di sottoporsi all'intervento, di cui andrà ad assumere consapevolmente il rischio prospettato dallo specialista, nell'esercizio della propria autonomia privata. Quindi, è onere del chirurgo, prima di procedere a un'operazione, al fine di ottenere un valido consenso del paziente, specie in caso di chirurgia estetica, informare questi dell'effettiva portata dell'intervento, degli effetti conseguibili, delle inevitabili difficoltà, delle eventuali complicazioni, dei prevedibili rischi coinvolgenti probabilità di esito infausto"*.¹⁸

3. Le critiche di dottrina e giurisprudenza.

Dalla suddetta ricostruzione dissente autorevole dottrina, secondo cui ogni prestazione, e quindi ogni obbligazione, mira ad un risultato, per cui la prestazione che concretizza il relativo adempimento inevitabilmente non potrà esaurirsi in un mero dovere di condotta¹⁹; in posizione mediana tra quella di chi predica, nelle obbligazioni di mezzi, l'assoluta irrilevanza del risultato, e quella di chi, per converso, sostiene che esso, invece, sia di , si afferma che il mancato conseguimento del risultato *"può assumere grande rilievo sotto l'aspetto della prova della diligenza osservata dal debitore nell'esecuzione della prestazione: può, in particolare, essere assunto quale circostanza che fa presumere, fino a prova contraria (art. 2727), la negligente esecuzione della prestazione dovuta e quindi l'inadempimento"*²⁰.

Per giurisprudenza, la rilevanza di tale distinzione è duplice, sia dal punto di vista del rapporto esistente tra il risultato utile per il creditore della prestazione (tratto comune ad entrambe) con l'attività, e quindi con la prestazione, del debitore, dato che *"Le obbligazioni, siano esse "di risultato" o "di mezzi", sono sempre finalizzate a riversare nella sfera giuridica del creditore una "utilitas" oggettivamente apprezzabile, fermo restando che, nel primo caso, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non*

¹⁷ Trib. Palermo, sez. III, 6.6.2019, n. 1821, in *Guida al Diritto*, 2020, 9, 66.

¹⁸ Trib. Bari, sez. II, 19.2.2018, n. 753, in www.iusexplorer.it

¹⁹ C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, *sub art 1218-1219*, Bologna-Roma, 1993, p. 30 e ss.

²⁰ F. GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, 2^a ed., vol. II, Padova, 2010, p. 12.

*dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo, mentre nell'obbligazione "di mezzi" il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti (come, nella specie, fattori agronomici non controllabili dall'appaltatore, impegnatosi solo alla corretta esecuzione di un trattamento antiossidante della frutta stoccata in celle frigorifere). Ne consegue che il debitore "di mezzi" prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili"*²¹ sia dal punto di vista dell'onere della prova e del suo riparto, in quanto "Nella tipica obbligazione di mezzi, a differenza di un'obbligazione di risultato, ci si obbliga a svolgere un'attività determinata senza tuttavia garantire al committente il "risultato sperato" che può dipendere, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti non controllabili dall'obbligato. Pertanto, il debitore "di mezzi" prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre (differentemente dall'obbligato ad un risultato) non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili."²²

In ogni caso, ad opinione di chi scrive, una rigida distinzione e categorizzazione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato non appare verosimilmente predicabile, in ragione del fatto che vi sono obbligazioni che, per la natura della prestazione che ne costituisce oggetto, vanno inevitabilmente ricostruite in termini di obbligazioni di mezzi, quale ad esempio quella dell'avvocato, a proposito della quale la S.C., con recentissima decisione, ne ha sostanzialmente riaffermato la natura di obbligazione di mezzi,²³ ovvero, a determinate condizioni, costituisce obbligazione di risultato quella del commercialista nel caso in cui, in ragione dell'accordo intervenuto con il cliente, abbia pattuito lo svolgimento di una determinata attività finalizzata al conseguimento di un dato

²¹ Cass. civ., sez. II, 28.2.2104, n. 4876, in *Giust Civ.*, Mass., 2014.

²² Trib. Milano, sez. VII, 25.2.2019, n. 1875, in www.iusexplorer.it

²³ Cass. civ., sez. VI, 28.8.2020, n. 17974, in www.iusexplorer.it, in cui si è affermato inequivocamente "in tema di responsabilità civile del professionista, il cliente è tenuto a provare non solo di aver sofferto un danno, ma anche che questo è stato causato dall'insufficiente o inadeguata attività del professionista; pertanto poichè l'art. 1223 c.c. postula la dimostrazione dell'esistenza concreta di un danno, consistente in una diminuzione patrimoniale la responsabilità dell'avvocato per la mancata comunicazione al cliente dell'avvenuto deposito di una pronuncia sfavorevole - con conseguente preclusione della possibilità di proporre impugnazione - può essere affermata solo se il cliente dimostri che l'impugnazione, ove proposta, avrebbe avuto concrete possibilità di essere accolta".

obiettivo²⁴; ancora, con riguardo alla prestazione del medico, appare condivisibile l'opinione di chi sostiene che vi sono alcuni interventi medici (e quindi alcune prestazioni) che per la loro natura, consentono di controllare i rischi connessi alla loro esecuzione attraverso il rispetto di regole tecniche e di prudenza/protezione del paziente estremamente rigorose,²⁵ per cui sulla scorta di tale ricostruzione non appare infondato affermare che, tutte le volte in cui ciò non è possibile, l'obbligazione del predetto professionista si connota come obbligazione di mezzi.

In definitiva, allora, l'elemento distintivo tra le due tipologie potrebbe prudentemente individuarsi nella natura della prestazione che ne costituisce l'oggetto, da verificare caso per caso.

4. I caratteri della responsabilità medica.

Al riguardo, per brevità di trattazione si considerano solo i connotati assunti dalla stessa a seguito della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco (L.8.3.2017 n. 24) che ha completato il processo di revisione del regime della responsabilità medica avviato dalla legge Balduzzi (l.189/2012) che per prima aveva provato a ricollocare detta responsabilità nell'alveo dell'art. 2043 c.c., senza tuttavia riuscirci, anche per la contraria posizione assunta dalla S.C., che in proposito aveva affermato come il legislatore, con l'art. 3, comma 1, l. n. 189/2012, ha inteso esclusivamente escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, senza in alcun modo prendere posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità aquiliana, per cui con tale norma non aveva inteso superare l'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto sociale²⁶; compito agevolato dal testo della legge, connotato da un linguaggio farraginoso e dall'utilizzo di

²⁴Infatti, al riguardo la S.C., con la decisione n. 15107 del 22.7.2016 della III[^] sez., reperibile all'indirizzo <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>, ha affermato "Il professionista che si è impegnato a gestire un'operazione di ristrutturazione societaria di gruppo in esenzione d'imposta, laddove non realizzi lo specifico risultato erroneamente assicurato al cliente al momento della conclusione del contratto, è totalmente inadempiente ed è tenuto al risarcimento del danno".

²⁵G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento, Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del Convegno di Treviso 23-24-25 marzo 2006 per il cinquantenario della *Rivista di diritto civile*, Padova, 2006, p. 146, citato adesivamente da 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*, 2008, 8-9, p. 876, sub nt. 25.

²⁶Cass. civ., sez. VI, 17.6.2014, n. 8940, in *Foro it.*, 2014, 5, I, 1413.

espressioni nebulose²⁷; ancora, si è affermato che, essendo la legge Balduzzi risultata sostanzialmente "monca", visto il mero richiamo all'art. 2043 c.c., cui non aveva fatto seguito la – invece doverosa – specificazione delle conseguenze di simile richiamo, non poteva dirsi che avesse determinato l'abbandono della teorica del contatto sociale come fonte della responsabilità contrattuale dell'esercente una professione sanitaria.²⁸ L'autore innanzi richiamato motiva tale conclusione sul rilievo per cui il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nel primo comma dell'art. 3, l. 189/2012, aveva una valenza specifica, insuscettibile di generalizzazione, poiché si riferiva ad una data condotta che, se pur non penalmente rilevante, dal punto di vista civilistico appariva caratterizzata dalla colpa lieve²⁹. Altre opinioni, invece, hanno ritenuto non condivisibile il sopra citato arresto di legittimità, evidenziando innanzitutto come, proprio guardando alla lettera dell'art. 3 della Balduzzi, se il legislatore avesse inteso mantenere la responsabilità del medico nell'alveo di quella contrattuale, per nulla mutando il precedente assetto, invece del richiamo all'art. 2043 c.c., avrebbe verosimilmente e ragionevolmente inserito il richiamo alle norme codicistiche su cui si fonda tale responsabilità, e cioè gli artt. 1176 comma 2 e 2236 c.c., mentre proprio la sede scelta per inserire il richiamo all'art. 2043 c.c. appare sintomatica di un ben diverso intento del legislatore³⁰, osservandosi inoltre come il legislatore della Balduzzi, vista la situazione esistente, per cercare di conseguire il principale obiettivo avuto della novella, abbia consapevolmente "sacrificato" la teoria del contatto sociale per contrastare il deleterio (per la finanza pubblica) fenomeno della "medicina difensiva".³¹

Con la Gelli-Bianco il legislatore ha voluto chiarire che era suo compito esclusivo, e non della giurisprudenza, individuare le coordinate ed il regime di tale responsabilità, chiarendo ciò che non era riuscito a fare in precedenza³², in quanto la non felice formulazione del testo dell'art. 3 della legge Balduzzi ha reso

²⁷ A. PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione Giustizia*, 2018, I, p. 163. A. PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione Giustizia*, 2018, I, p. 163.

²⁸ D. SPERA, *La responsabilità sanitaria contrattuale ed extracontrattuale nella legge "Gelli-Bianco": da premesse fallaci a soluzioni inappaganti*, in www.ridare.it

²⁹ D. SPERA, *op. cit.*

³⁰ P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 3, p. 1047.

³¹ G. CASCELLA, *La responsabilità da contatto sociale tra medicina difensiva e riduzione della spesa sanitaria eccessiva*, in *Gazzetta Forense*, 2015, 7-8, p.41.

³² A. PALMIERI, *op. cit.*, p. 162.

necessario un taglio netto con il passato, con un deciso cambio di rotta in direzione dell'art. 2043 cc.³³

La conseguenza di tale riforma si ravvisa nel venire meno della teoria della responsabilità da "contatto sociale" (Cass. n. 589/1999) sulla scorta della quale, per quasi un ventennio, vi è stata la ricostruzione in termini contrattuali della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, pur in assenza di un rapporto contrattuale tra le parti,³⁴ mentre, secondo altri, il concetto del contatto sociale non appariva dirimente, in quanto la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria (in particolare pubblica) e del medico da essa dipendente per i danni causati al paziente poteva dirsi basata, per un verso, sulla natura pubblica del servizio offerto, e, dall'altro, sul fatto che la normativa speciale sugli impiegati civili dello stato non poteva ritenersi applicabile ai medici dipendenti di strutture sanitarie pubbliche³⁵; opinione indirettamente condivisa da chi sostiene che "il concetto di pubblico servizio non è incompatibile con quello di contratto (basti pensare ai trasporti pubblici, all'erogazione dell'energia elettrica, del gas, dell'acqua, al servizio postale)"³⁶.

Infine, va rilevato come, per il consolidato orientamento della S.C., l'esistenza del nesso eziologico non può essere affermata sulla base dei soli risultati della probabilità statistica, essendo indispensabile, invece, anche alla valutazione degli stessi si affianchi quella della probabilità logica, indispensabile alla valutazione di ogni singola e specifica fattispecie³⁷, di guisa che, come afferma la dottrina, per stabilire l'esistenza o meno del nesso causale non basta esaminare e prendere in considerazione la sola "probabilità quantitativa" (quella integrata dal dato quantitativo-statistico delle frequenze di classi di eventi), occorrendo infatti che le risultanze di tale verifica siano riscontrate attraverso il parametro della c.d. "probabilità logica" (o baconiana) utilizzando quindi le risultanze del caso concreto che operino quali fattori di conferma ovvero di esclusione: 38 al riguardo, con recente decisione, la S.C. ha attribuito a criteri come lo scopo della norma violata nonché l'incremento del rischio tipico, la rilevanza di strumenti cui il giudice può (e deve anche) servirsi nell'attività di accertare la sussistenza o meno del nesso di causalità materiale,³⁹ affermando infatti che la causalità

³³ A. PALMIERI, *op. cit.*, p. 164.

³⁴ M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 990.

³⁵ G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010, p. 900.

³⁶ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 670-671.

³⁷ Sez. Un., 11.1.2008, n. 582, in *Giust. Civ.*, 2009, 11, I, 532.

³⁸ M. BONA, *Più probabile che non e concause naturali: se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, in *Corriere giuridico*, 2009, 12, 1661.

³⁹ Cass. civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28992, in *Guida al Diritto*, 2019, 49-50, 30.

materiale " *attiene al collegamento naturalistico tra fatti accertati sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali. Essa 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'evento, mentre su un piano diverso si colloca la dimensione della imputazione. Questa ultima corrisponde all'effetto giuridico che la norma collega a un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore, che è rappresentato dalla inadempienza nella responsabilità contrattuale e dalla colpa o il dolo in quella aquiliana (salvo i casi di imputazione oggettiva dell'evento, nell'illecito aquiliano). La causalità materiale si iscrive a pieno titolo anche nella dimensione della responsabilità contrattuale trova una testuale conferma nell'articolo 1227, comma 1, del Cc che disciplina proprio il fenomeno della causalità materiale rispetto al danno evento sotto il profilo del concorso del fatto colposo del creditore, mentre il secondo comma attiene alle conseguenze pregiudizievoli del danno evento*"⁴⁰ e la dottrina ritiene che il richiamo a tali criteri, pur senza ergersi al diverso ruolo di *ratio decidendi*, si riveli utile a chiarire in maniera inequivoca il concetto della c.d. <probabilità logica o baconiana> in confronto all'altro criterio, quella della c.d. <probabilità quantitativa o pascaliana>⁴¹; in particolare, il riferimento agli argomenti in questione viene, dalla richiamata opinione dottrinale, ritenuto meritevole di positiva considerazione in ragione del fatto che i medesimi si rivelano di ausilio nell'accertamento della causalità materiale, rappresentando " *una conferma dell'idea che il rapporto di causalità di fatto non può essere sorretto soltanto dalla sola applicazione di una regola scientifica, ma deve risultare dalla combinazione logica di più criteri*"⁴².

5. L'assetto dopo la riforma del 2017.

All'esito della riforma del 2017, la responsabilità si incanala su binari differenziati, doppi per alcuni ed addirittura triplici secondo altri; non senza nascondersi la singolarità di una previsione, quale l'art. 7 della citata legge, che disciplina la medesima fattispecie in termini esattamente opposti, qualificando in termini

⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28992, *cit.*

⁴¹ M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, 1, p. 201.

⁴² M. FRANZONI, *op. loc. ult. cit.*

contrattuali quella dell'ospedale (e del medico privato), al primo comma, ed invece in termini extracontrattuali quella del medico dipendente ospedaliero al successivo terzo comma, previsione antinomica foriera di non pochi problemi per interpreti ed operatori;⁴³ infatti, cercando di raggiungere l'obiettivo non perseguito con la legge Balduzzi, il legislatore con tale sdoppiamento ed il conseguente alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul medico ospedaliero, ha inteso contrastare la c.d. medicina difensiva, nelle sue differenti declinazioni (attiva e passiva) ed i suoi riflessi negativi per la collettività, con effetti deflagranti⁴⁴; tanto nell'ottica di riequilibrio del rapporto tra esercenti le professioni sanitarie e pazienti, per arginare le pratiche difensive indotte dal timore di incorrere in declaratoria di responsabilità, ed in tal modo deflazionare il contenzioso e ridurre i costi della sanità⁴⁵; obiettivo che, per altri, si è inteso conseguire individuando le strutture sanitarie come il soggetto a cui i danneggiati, di preferenza, dovranno rivolgere le loro istanze risarcitorie, in quanto ove una responsabilità risulti effettivamente accertata, le stesse sono state ritenute, rispetto al medico, indiscutibilmente più idonee a sostenere il peso economico di un eventuale accertamento⁴⁶; ciò in ragione della capacità organizzativa e di controllo della propria attività, che le strutture indiscutibilmente possiedono, e che non può non indurle ad attuare ogni possibile accorgimento onde evitare l'insorgere di ipotesi di danno, con una responsabilità che assume connotati sostanzialmente oggettivi⁴⁷; infine, l'art. 7 della l. n. 24/2017, prevedendo che sono da ritenersi responsabili a titolo contrattuale solo coloro che sono in grado di esercitare un controllo totale sull'attività che svolgono e, conseguentemente, sia delle risorse occorrenti per l'esercizio della predetta attività, sia dei rischi connaturati allo svolgimento della stessa, ha con superiore armonia ultimato il processo riformatore avviato dalla l. n. 189/2012⁴⁸.

⁴³ M. ROSSETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ R. CAMINITI, P. MARIOTTI, *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in *La nuova responsabilità professionale in sanità*, a cura di Genovesi U. e Martini F., S.A. Romagna, 2017, p. 70; p. 81.

⁴⁵ R. CAMINITI, P. MARIOTTI, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁶ M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, 721 e ss.

⁴⁷ M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 80 e ss.

⁴⁸ E. MUSI, G. NOZZETTI, A. PENTA, *Responsabilità sanitaria*, in AA.VV., *Formulario della responsabilità civile*, diretto da D. Spera e coordinato da A. Penta, Milano, 2018, p. 395.

La giurisprudenza ha preso atto di tale cambiamento di rotta, affermando innanzitutto che *"Il rapporto tra il paziente, il medico e la struttura ospedaliera va configurato in termini di responsabilità da "contatto sociale" avente natura contrattuale. Tale regime non era stato sostanzialmente modificato dalla legge 189/2012 (cd. legge Balduzzi art. 3) ed è stato rimarcato dalla recente legge c.d. Gelli Bianco n. 24/17 art. 7, che ha stabilito una duplice natura della responsabilità (c.d. doppio binario): la struttura sanitaria risponde dell'operato degli esercenti professioni sanitarie ex artt. 1218 e 1228 c.c., l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ex art. 2043 c.c."*(Trib. Mantova, sez. II, 5.9.2019, n. 642, in www.iusexplorer.it) e poi che *"La legge n. 24 del 2017 ha - quindi - operato in via immediata e diretta la qualificazione giuridica dei rapporti inerenti ai titoli di responsabilità civile riguardanti la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria, per un verso (quello concernente la struttura) recuperando la interpretazione fornita dalla giurisprudenza consolidatasi nel tempo, per altro verso (quello del sanitario operante nell'ambito della struttura, salva l'ipotesi residuale della obbligazioni assunta contrattualmente da quest'ultimo), discostandosi nettamente dal diritto vivente che, a far data dal 1999, aveva qualificato come di natura contrattuale la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, facendo leva sulla teorica del cosiddetto "contatto sociale". Tale operazione il legislatore ha compiuto in base alle disposizioni del codice civile, senza che, dunque, via sia stata alcuna successione di leggi nel tempo che abbiano dettato tra loro una disciplina sostanziale (almeno in parte) differente".*⁴⁹

Con specifico riguardo agli effetti prodotti dall'art. 7, per i fautori della tesi del c.d. *double track*, la scelta del legislatore ha replicato quella all'epoca accolta dalla legge Balduzzi, sdoppiando i profili e regimi di responsabilità⁵⁰, e si tratta di uno sdoppiamento attuato, da un lato, attraverso la definitiva qualificazione, in termini aquiliani, della responsabilità del professionista sanitario dipendente della struttura e, dall'altro, attraverso una organica sistemazione dei criteri e presupposti applicativi della responsabilità contrattuale delle strutture, in particolare attraverso il richiamo delle norme del codice civile che la disciplinano⁵¹.

⁴⁹ Cass. civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28994, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, I, 169.

⁵⁰ R. CAMINITI, P. MARIOTTI, *op. cit.*, p. 80.

⁵¹ M. CATALDI, P. STORANI, P. ROMANELLI, S. VAGNONI, P. MATRICARDI, *op. cit.*, p. 33.

Di contro, chi sostiene che i binari siano diventati addirittura tre, fonda tale affermazione sul rilievo che il professionista sanitario può essere chiamato a rispondere sia ex art. 1218 c.c., sia ex art. 2043 c.c. ma da tale versante sotto un duplice profilo, e cioè non solo per il diverso titolo di responsabilità che la riforma del 2017, innovando l'assetto preesistente, gli ha riconosciuto, ma anche per la sua responsabilità verso il proprio datore di lavoro, nell'ipotesi venga accertato che egli abbia agito con dolo o colpa grave, parimenti ricondotta all'art. 2043 c.c.⁵²: tuttavia, anche in tale ipotesi, ad avviso di chi scrive, si resta comunque nell'ambito del c.d. doppio binario, dato che, guardando alla norma codicistica che individua le fonti dell'obbligazione, ovvero l'art. 1173 c.c., si rimane comunque nell'ambito del binomio tra le due ipotesi di responsabilità.

Di contro, potrebbe forse parlarsi di un triplice binario da diverso punto di vista, in quanto, essendo tre le fonti dell'obbligazione previste dalla suddetta norma, nell'ambito della responsabilità medica è possibile riscontrare la presenza di tutte e tre le fonti; infatti, vi è quella da "contatto sociale" della struttura sanitaria, che concordemente viene fatta rientrare, da dottrina e giurisprudenza, nella terza categoria prevista dall'art. 1173 c.c., quella residuale cui autorevole studioso assegna, per un verso, una collocazione sulla linea di confine tra le prime due, e per altro verso, l'importante funzione di rimediare alle lacune che presenta ognuna delle prime⁵³, anche se, ad avviso di altra autorevole dottrina, nel suo interporre tra le prime due, finisce, in realtà, per ampliare il perimetro operativo di quella contrattuale, contestualmente riducendolo per quella aquiliana⁵⁴; vi è poi quella contrattuale per c.d. "pura", che riguarda, ad esempio, il rapporto tra il paziente ed il proprio medico di fiducia (che infatti la riforma del 2017 ha mantenuto nei predetti termini) nonché quella della struttura, ex art. 1218 c.c., per l'inadempimento alle obbligazioni nascenti dal c.d. *contratto di ospitalità*; infine, vi è quella extracontrattuale, declinata sia per il professionista sanitario dipendente di una struttura sanitaria, sia per il medesimo soggetto di cui sia stata accertata una condotta dolosa ovvero gravemente dolosa, in relazione al suo agire, e per il cui titolo sarà chiamato a rispondere nei confronti della predetta struttura, suo datore di lavoro, in sede di azione di rivalsa e/o responsabilità amministrativa, come nell'ipotesi prospettata da un autore sopra

⁵² M. RODOLFI, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, a cura di Martini-Rodolfi, Milano, 2017, p. 61 e ss.

⁵³ A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Rivista Critica Diritto Privato*, II, 1984, 323.

⁵⁴ C. CASTRONOVO, *Il ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 3, 679 e ss.

richiamato⁵⁵: titolo di responsabilità, in quest'ultimo caso, che a ben vedere appare simmetrico a quello che si pone a fondamento dell'azione di rivalsa, e coerente, altresì, con la previsione dell'art 9 della legge Gelli-Bianco.

Nel prendere atto che con la riforma del 2017 vi è stato un alleggerimento della posizione del medico strutturato, conseguente al più gravoso onere probatorio gravante sul paziente in conseguenza della riqualficata natura della responsabilità di tale soggetto, si afferma che, comunque, esso non sia definitivo, in quanto la riforma, nel contempo, ha previsto ulteriori meccanismi, quali l'azione di rivalsa, quella di responsabilità amministrativa nonché il litisconsorzio necessario nell'ipotesi dell'azione diretta di cui all'art. 12 della predetta legge, che in sostanza finiscono per coinvolgere ancora, nella vicenda risarcitoria e nel correlato suo peso economico, il medico "strutturato"⁵⁶: eventualità, questa, che rischia di far rimanere sostanzialmente immutata la situazione, poiché i benefici conseguenti alla potenziale riduzione del contenzioso appaiono destinati ad essere erosi da un aumento del contenzioso, per effetto della proposizione delle azioni di rivalsa, da introdurre obbligatoriamente entro un anno da quando si è concluso il procedimento civile in cui è stata accertata la responsabilità del medico/operatore sanitario.⁵⁷ Infatti come da altri osservato, non è affatto detto che il solo mutamento del titolo della responsabilità del medico dipendente della struttura sia in grado di permettere il raggiungimento degli obiettivi avuti di mira dal legislatore, e cioè scoraggiare la proposizioni di azioni avventate, rendere possibile che strutture e professionisti sanitari riescano a munirsi della copertura assicurativa ed, infine, abbattere il contenzioso di settore⁵⁸.

Di recente, tuttavia, la S.C., con una decisione relativa ai limiti e presupposti dell'azione di rivalsa della struttura sanitaria verso il proprio dipendente, sembra aver portato indiretto sostegno al raggiungimento degli obiettivi della riforma; con tale pronuncia, infatti, avendo limitato al solo 50% di quanto eventualmente pagato al danneggiato, l'importo che la struttura che agisce in rivalsa potrà recuperare dal proprio dipendente (con la sola eccezione dell'ipotesi in cui la struttura riesca a dimostrare non solo che il danno si prodotto per conseguenza

⁵⁵ M. RODOLFI, *op. loc. cit.*

⁵⁶ D. DALFINO, *Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in www.questionegiustizia.it, par. 17.

⁵⁷ G. CASCELLA, *I potenziali effetti della legge Gelli-Bianco*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2017, 4, par. 5.

⁵⁸ A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *I Contratti*, 2017, 2, 219 e ss.

esclusiva della condotta del proprio dipendente, ma anche l'assoluta anomalia di tale condotta) viene in aiuto al medico, consentendogli di svolgere la propria attività se non in modo più sereno, quantomeno con minore preoccupazione di essere esposto alla rivalsa ed alle sue conseguenze economiche, magari permettendogli anche di assicurarsi per la propria responsabilità civile con minore difficoltà⁵⁹; decisione ritenuta, da alcuni, astrattamente suscettibile di ridurre il contenzioso originato dalle azioni di rivalsa, dato che la regola - con l'eccezione di una condotta del medico assolutamente abnorme, oggetto ovviamente di rigorosa allegazione e prova da parte della struttura - nell'esito di tali giudizi, non potrà che essere quella dell'accertamento di una pari responsabilità tra medico e struttura.⁶⁰

6. La responsabilità delle strutture sanitarie.

Il contratto con cui la struttura sanitaria è chiamata a fornire la prestazione al paziente non rinvie concordia di ricostruzioni in dottrina, essendo risultate molteplici le tesi: per alcuni, si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive e, pur se innominato, da ritenersi socialmente tipico;⁶¹ per altri, invece, pur condividendosi la carenza di tipicità, detto contratto è da ricondursi al contratto di locazione d'opera, la cui conclusione determina a carico della struttura l'insorgere di una obbligazione di risultato⁶²; infine, vi è anche chi ne esclude l'atipicità, ritenendolo riconducibile ad un contratto tipico, di prestazione d'opera intellettuale ma funzionalizzando il requisito della personalità della prestazione, così ammettendo che la prestazione possa venir fornita non necessariamente in forma individuale, e quindi la sua conclusione anche da parte di un soggetto come una struttura⁶³; opinione, quest'ultima, non condivisa da chi ritiene che la configurazione legislativa di tale contratto, prevedendo che la prestazione professionale vada eseguita personalmente dal professionista intellettuale, impedisce di configurare la struttura sanitaria come soggetto "professionista" nel senso inteso dagli artt. 2230 e ss. del c.c., dato che detto contratto rinvie

⁵⁹ Cass. civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28987, in *Guida al Diritto*, numero speciale *La Nuova Responsabilità Sanitaria. La Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, dicembre 2019, p. 64.

⁶⁰ M. RODOLFI, *Niente colpa al 50% solo se viene provata la straordinarietà*, in *Guida al Diritto*, numero speciale *La Nuova Responsabilità Sanitaria. La Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, dicembre 2019, p. 71.

⁶¹ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 767.

⁶² F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1984, 711 e ss.

⁶³ F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998, 165 e ss.

quale suo oggetto la prestazione non del contraente, bensì di un terzo, ausiliario del primo⁶⁴; esclusione a maggiore ragione giustificata poichè la possibilità per il prestatore d'opera di servirsi dell'opera di terzi per fornire la propria prestazione professionale è ammissibile soltanto se occasionale, o se anche continuativa, comunque non prevalente⁶⁵, il che, invece, è ciò che accade per la struttura sanitaria, che si serve dell'opera di terzi in modo addirittura esclusivo per adempiere le proprie obbligazioni⁶⁶.

Con riguardo agli obblighi specifici della struttura, la prestazione che è chiamata a fornire al paziente in forza del contratto di ospedalità si articola e sviluppa in diversi profili, essendo caratterizzata da una indubbia complessità, che coniuga obblighi di prestazioni definibili in senso ampio alberghiere, con obblighi di eseguire prestazioni mediche e diagnostiche⁶⁷; al riguardo, la giurisprudenza ha affermato *"L'accettazione di un paziente presso una struttura ospedaliera comporta la conclusione di un contratto atipico c.d. di ospedalità, che fa sorgere in capo alla struttura un'obbligazione di assistenza sanitaria che comprende al proprio interno la prestazione medica ed obblighi di protezione ed accessori, tra i quali l'obbligo di garantire locali salubri ed idonei, di mettere a disposizione personale qualificato e strutture adeguate nonché l'assistenza post operatoria e la somministrazione del vitto. Da ciò discende che la responsabilità della struttura sanitaria (pubblica o privata) nei confronti del paziente può derivare, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dall'inadempimento delle obbligazioni poste a suo carico e, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dall'inadempimento della prestazione medico professionale svolta dal sanitario che agisca in veste di suo ausiliario"*⁶⁸.

Con specifico riguardo al carattere della atipicità che si afferma connotare il contratto di ospedalità, per la S.C.⁶⁹ e per alcune decisioni di merito che ad essa si sono conformate, l'atipicità che connota il contratto di ospedalità inerisce al contratto di prestazione d'opera, che, proprio in ragione di tale atipicità, viene definito in modi differenti⁷⁰; in particolare, si afferma che *"l'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico, definito talora di ospedalità, talora di*

⁶⁴ F. GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, 2^a ed., vol. II, Padova, 2010, p. 672.

⁶⁵ M.A. LIVI, *Il contratto d'opera*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, *I Contratti*, Milano, 2009, p. 387.

⁶⁶ M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 992 M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 992.

⁶⁷ R. CAMINITI, P. MARIOTTI, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁸ Trib. Roma, sez. XII, 9.3.2020, n. 4939, in www.iusexplorer.it.

⁶⁹ Cass. civ., sez. III, 30.9.2015, n. 15941, in

⁷⁰ Trib. Novara, 2.9.2019, n. 655, in www.iusexplorer.it

*assistenza sanitaria*⁷¹; in ogni caso, per la S.C., connotato essenziale del contratto in questione è l'effettuazione delle cure mediche e chirurgiche,⁷² e tanto in ragione del fatto che la funzione sociale della struttura sanitaria non può che ravvisarsi nella cura del paziente, come affermato dalla giurisprudenza⁷³. Con riguardo alla responsabilità che sorge dall'inadempimento delle obbligazioni nascenti da tale contratto, la S.C. ha affermato in modo univoco come essa sia del tutto slegata da quella, eventuale, legata all'esecuzione della prestazione sanitaria ed al suo esito dal momento che *"È configurabile una responsabilità autonoma e diretta della struttura ospedaliera ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad una inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico, anche in vista di eventuali complicanze od emergenze; una responsabilità dell'ospedale può configurarsi anche nella insufficienza delle apparecchiature a disposizione per affrontare la prevedibile emergenza, ovvero nel ritardo nel trasferimento del paziente in un centro ospedaliero attrezzato"*⁷⁴; infatti, ove il danno sia stato causato dal materiale utilizzato dalla struttura sanitaria per erogare la prestazione medica, riconosciuto come difettoso all'esito degli accertamenti espletati in giudizio, per andare esente da responsabilità, è tenuta fornire la prova che il difetto in questione sia insorto prima che il materiale sia effettivamente entrato nella sua sfera di controllo, e comunque che, prima di essere utilizzato per il compimento dell'atto medico cui era destinato, era stato sottoposto agli indispensabili controlli per assicurarne l'efficienza⁷⁵, di guisa che *"La clinica è chiamata a rispondere sia dei pregiudizi eziologicamente ricollegabili alle proprie inadempienze specifiche latu sensu alberghiere che a quelle eventualmente imputabili all'operato dei propri medici, ancorché non legati alla stessa da vincolo di lavoro subordinato"*⁷⁶.

La dottrina, rilevando come tale autonoma responsabilità sia del tutto slegata ed indipendente da quella conseguente all'accertamento di un eventuale errore commesso dagli ausiliari di cui si serve per erogare la prestazione, trovando invece la sua fonte in difetti di organizzazione che la rendono incapace e/o inidonea a fornire nel migliore modo possibile tale sua prestazione⁷⁷, afferma come il difetto di organizzazione rappresenti l'inadempimento di uno specifico

⁷¹ Trib. Novara, 2.9.2019, n. 655, *cit.*

⁷² Cass. civ., sez. III, 31.10.2017, n. 25844, in *Giust Civ.*, Mass., 2018.

⁷³ Trib. Roma, 22.2.2018, n. 4009 in *www.rivistaresponsabilitàmedica.it*.

⁷⁴ Cass. civ., sez. III, 11.5.2009, n. 10743, in *Ragiusan*, 2009, 307-308, 204.

⁷⁵ Trib. Ravenna, 20.3.2017, in *www.rivistaresponsabilitàmedica.it*

⁷⁶ Trib. Roma, 22.2.2018, n. 4009 in *www.rivistaresponsabilitàmedica.it*

⁷⁷ R. BREDA, *La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, II, 103 e ss.

obbligo gravante sulle strutture, quello di "buona organizzazione"⁷⁸; si è preso atto, in sostanza, che "*l'attività del medico costituisce ormai solo un momento di una più complessa prestazione, alla cui realizzazione provvede un assetto organizzativo istituzionalmente diretto ad erogare servizi medico-sanitari*"⁷⁹; in particolare, si evidenzia come, non potendosi ritenere che la struttura sanitaria sia tenuta a fornire al paziente la sola prestazione professionale medica del proprio dipendente, bensì quella che la legge istitutiva del S.S.N. qualifica in termini di assistenza sanitaria, intuitivamente più complessa ed estesa di quella del medico, inglobata in quest'ultima, allora la struttura ben potrà rispondere a titolo proprio, in relazione alla carenza del proprio apparato, evidenziata da un'organizzazione che si riveli non idonea a permettere alla struttura medesima di fornire quella prestazione di assistenza che la legge pone a suo carico⁸⁰, ravvisandosi quindi una "*responsabilità della struttura sanitaria per proprie autonome carenze*"⁸¹.

7. Recenti evoluzioni giurisprudenziali.

Per concludere, occorre tenere presente alcune recentissime decisioni della S.C. che hanno fissato alcuni principi destinati, nel bene e nel male, a produrre rilevanti riflessi applicativi sul contenzioso in tema di responsabilità medica – ed a cui si accennerà qui brevemente - quali la portata retroattiva o meno delle norme della legge Gelli-Bianco, l'onere della prova del nesso causale ed il suo concreto riparto nonché, infine, il danno da perdita di *chance* e la sua risarcibilità. Quanto all'applicabilità o meno retroattiva delle norme sostanziali della legge del 2017, la S.C., con una delle decisioni di S. Martino 2019, ha escluso l'applicabilità retroattiva non solo delle norme della legge Gelli-Bianco, ma anche di quelle della legge Balduzzi, affermando "*In tema di responsabilità sanitaria, le norme poste dagli artt. 3, comma 1, del d.l. n. 158/2012, convertito dalla l. n. 189/2012, e dall'art. 7, comma 3, della l. n. 24/2017, non hanno efficacia retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore*";⁸² orientamento, questo, non del tutto condiviso dalla giurisprudenza di merito, ed in particolare da quella del Tribunale di Milano che, anche dopo la richiamata

⁷⁸ G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2001, 1, 3 e ss.

⁷⁹ A. LEONARDI, *La responsabilità della struttura sanitaria: riflessi assicurativi*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2005, 6, 1385 e ss.

⁸⁰ F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 672-673.

⁸¹ A. PALMIERI, *op. cit.*, p. 164.

⁸² Cass. Civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28994, in *Guida al Diritto*, 2020, 1, 105.

pronuncia della S.C. di novembre 2019, è pervenuta ad affermare la totale retroattività (quindi anche delle norme aventi carattere sostanziale) della legge Gelli-Bianco;⁸³ in definitiva, come affermato dalla dottrina, la suddetta decisione di legittimità presenta luci ed ombre, in quanto se da un lato si basa su di una premessa di fondo sostanzialmente condivisibile, ovvero il riconoscimento dell'eccezionalità di una legge retroattiva, per altro verso, nella parte in cui individua il divieto di retroattività come strumento per porre rimedio ad eventuali abusi del legislatore, non va esente dal rischio di risultati contraddittori,⁸⁴ in ragione del fatto che in tal modo perviene a ritenere legittimo un trattamento differenziato tra situazioni *ante* legge Gelli-Bianco e situazioni verificatesi dopo l'entrata in vigore della stessa, con specifico riguardo al potere del giudice di definire e qualificare la domanda giudiziale sottoposta al suo esame, dato che i fatti anteriori restano sottratti al suo esercizio, a differenza di quelli verificatisi successivamente:⁸⁵ un orientamento, quello palesato dalla S.C. con la innanzi richiamata decisione, che appare forse eccessivamente restrittivo, dato che, come da alcuni osservato, l'applicazione retroattiva delle norme della legge Gelli-Bianco (ovviamente non soltanto quelle relative alla liquidazione del danno), in un'ottica finalistica, consentirebbe alla riforma di incrementare il proprio livello di efficacia;⁸⁶ al riguardo si è affermato, infatti *"in tal modo, infatti, si amplierebbe considerevolmente, dal punto di vista del numero di controversie su cui andrebbe ad impattare la riforma del 2017, il perimetro applicativo della medesima (nonchè, verosimilmente, anche il suo concreto effetto); ammettendone infatti l'applicazione retroattiva, risulterebbe possibile, per la riforma – almeno presumibilmente – incrementare le possibilità di effettivo*

⁸³ Trib. Milano, sez. I, 19.11.2019, n. 10651, in www.iusexplorer.it, al riguardo si è espresso affermando *"Sul punto, non sono mancate differenti prese di posizione, sostanzialmente riconducibili a due linee interpretative. Da una parte, coloro che sostengono che la legge non possa essere applicata ai rapporti giuridici esauritisi prima dell'entrata in vigore della legge giacché, in assenza di una norma transitoria che autorizzi l'applicazione retroattiva di tale ius superveniens ai fatti generatori di responsabilità pregressi rispetto alla sua entrata in vigore, deve ritenersi operante la regola generale di cui all'art. 11 disp. prel. cod. civ. D'altra parte, coloro che ritengono che le regole introdotte dalla legge 24/2017 abbiano veste di norme di interpretazione autentica, con il corollario che le stesse trovano applicazione anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore. In questa sede si intende aderire alla seconda opzione ermeneutica. Deve invero ritenersi che la Legge Gelli - Bi. fughi qualsiasi dubbio in merito al titolo della responsabilità in discorso e che possa altresì intendersi quale norma interpretativa di un orientamento già accolto dalla giurisprudenza post legge c.d. Balduzzi."*

⁸⁴ C. CONSOLO, S. BARONE, *Responsabilità del medico e regolazione della successione delle leggi di qualificazione*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, 1, 179.

⁸⁵ C. CONSOLO, S. BARONE, *op. loc. cit.*

⁸⁶ G. CASCELLA, *L'importanza dell'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nelle controversie in tema di responsabilità medica*, in *Rivista Italia di Medicina Legale*, 2019, 1, 396 e ss.

*raggiungimento degli obiettivi avuti di mira dal legislatore; interpretazione, questa, che ex art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, appare quella maggiormente corrispondente all'intenzione del legislatore quale si desume dalla legge*⁸⁷; e del resto, anche se in un'ottica non del tutto coincidente, al riguardo autorevole dottrina ha messo in evidenza come sia da ritenersi ragionevole che l'intento del legislatore sia quello di dare il maggiore spazio possibile alle norme più recenti, per cercare di conseguire sin da subito quei benefici che dall'applicazione delle stesse auspica di ottenere⁸⁸.

Circa l'onere della prova del nesso causale, occorre innanzitutto tenere presente che, in simili controversie, esso non è unitario, bensì, come afferma la dottrina, si articola in un duplice profilo, uno statico ed uno dinamico⁸⁹: il primo che risulta integrato sulla base delle allegazioni attoree contenute nell'atto introduttivo, e che definisce sostanzialmente la posizione delle parti al momento in cui il processo prende il suo avvio, ma che è suscettibile di modificarsi – di qui, pertanto, il secondo profilo, quello dinamico – allorquando il convenuto si costituisce, ben potendo il medesimo dedurre, in sede di sua costituzione, allegare nuove circostanze fattuali che possono rendere per l'attore indispensabile modificare e/o adeguare la sua impostazione difensiva iniziale⁹⁰; su tale premessa, necessaria a meglio spiegare la rilevanza del cambio di orientamento ed i suoi riflessi sulle posizioni delle parti, con un netto cambio di orientamento, staccandosi da quanto affermato dalle SS.UU. nel 2008, la terza sezione civile ha capovolto il precedente assetto e, facendo leva sull'incertezza connaturata all'attività medica e le conseguenze della c.d. causa ignota, ha posto a carico del paziente/creditore un onere probatorio ben più gravoso, affermando *"Ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o insorgenza di nuove patologia per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione"*⁹¹; non si ritiene più sufficiente, allora, per far sorgere a carico del medico l'onere di provare, ex art. 1218 c.c., l'inesistenza dell'inadempimento, o comunque la non imputabilità di esso alla sua condotta, l'allegazione di un c.d.

⁸⁷ G. CASCELLA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ B. CAPPONI B., *Cosa è retto dal tempus*, in www.iudicium, par. 6.

⁸⁹ M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, 199.

⁹⁰ M. FRANZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁹¹ Cass. civ., sez. III, 26.7.2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2018, I, 1348.

*inadempimento qualificato*⁹²; in tal modo, il rischio è quello di ridurre le possibilità, per il paziente/creditore/danneggiato, di ottenere effettiva tutela, dato che tale onere probatorio, pur in presenza di una riaffermata natura contrattuale della responsabilità, si avvicina molto, per il suo rigore, a quello proprio della responsabilità aquiliana, in quanto è solo dopo un duplice accertamento che potrà affermarsi la responsabilità del medico e/o struttura sanitaria⁹³; duplice accertamento che si rende indispensabile in ragione del fatto che, con tale decisione, il nesso causale viene frammentato in due parti, con attribuzione differenziata del relativo onere probatorio ai soggetti in causa e subordinazione del suo assolvimento, insorgendo il secondo solo a seguito dell'avvenuto positivo espletamento del primo, con gli inevitabili dubbi che tale ricostruzione comporta: al riguardo si è affermato che la sentenza in questione "sul versante dell'onere della prova del nesso causale crea un (ri)bilanciamento da doppio livello eziologico 'causalità costitutiva/causalità estintiva', col secondo attingibile solo quando l'attore abbia sfidato e vinto la sua asimmetria informativa. La svolta ha il sapore della restaurazione, che minaccia di lasciare il danno lì dove cade"⁹⁴, orientamento, inoltre, secondo alcuni sintomatico di una evidente quanto censurabile sovrapposizione tra le due diverse fattispecie di responsabilità,⁹⁵ a fronte di tale situazione e nonostante qualche decisione successiva che, invece, aveva provato ad attuare una sorta di *contro-restaurazione*, ponendosi in linea di continuità con l'insegnamento delle Sezioni Unite del 2008⁹⁶, tale orientamento ha ricevuto recente conferma.

Con decisione di fine 2019, infatti, la S.C. ha affermato "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

⁹² SS.UU., 11.1.2008, n. 577, in *Giust. Civ.*, 2009, 11, I, 2532.

⁹³ I. RICCETTI, *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*, 2018, 2, 712 e ss.

⁹⁴ R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e Responsabilità*, 2018, 1, 13.

⁹⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e Responsabilità*, 2019, 250 ss.

⁹⁶ Cass. civ., sez. III, 13.10.2017, n. 24073, in *Giust. Civ.*, Mass., 2017.

*ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione*⁹⁷: in particolare, è richiesta al preteso danneggiato la prova della c.d. *causalità materiale*, la quale, per la S.C., attiene al collegamento naturalistico tra fatti accertato sulla base delle cognizioni scientifiche ovvero su basi logico inferenziali, risolvendosi in una valutazione probabilistica di tipo oggettivo tra condotta ed evento basata su di un criterio di regolarità integrato, ove necessario, dall'eventuale aumento del rischio tipico.⁹⁸

Tale indiscutibile *revirement* ha attirato gli strali della dottrina, secondo cui la S.C. "ha deciso di perseverare in quella "strana teoria" che tende a ricostruire la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica o privata con regole che sono tratte dalla responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.), ma che sono inconciliabili sia con la disciplina dell'inadempimento di cui all'art. 1218 c.c., sia con la regola iscritta nell'art. 2697 c.c.",⁹⁹ con conseguente contrasto tra l'orientamento della terza sezione e quello delle Sezioni Unite, sia in ordine alla prova del nesso causale, sia in ordine alla individuazione del soggetto su cui gravi il mancato accertamento del nesso medesimo, *id est* la causa ignota, determinando la necessità di rimessione della questione alle Sezioni Unite¹⁰⁰; in definitiva, allora, la corretta esecuzione della prestazione esonera da responsabilità il professionista, pur in assenza del risultato avuto di mira mentre, nel caso opposto, affinché il paziente possa ottenere tutela del suo interesse primario, dovrà provare il nesso causale tra le condotta del medico e l'evento che ha danneggiato detto interesse;¹⁰¹ per altra opinione ancora, poi, sostanzialmente le peculiarità della responsabilità da inadempimento contrattuale sarebbero state messe da parte in favore di una applicazione generalizzata, o quasi, delle regole della responsabilità aquiliana, nonostante, invece, i caratteri peculiari della stessa, e le problematiche, anche e soprattutto in termini di imputazione, che essa determina, siano insuscettibili di trovare alcun margine applicativo in relazione alla responsabilità che insorge da un rapporto obbligatorio che nasce a seguito della relazione che si instaura tra medico e paziente;¹⁰² di contro, vi è anche chi si è espresso a favore della ricostruzione (e

⁹⁷ Cass. civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28991, in *Guida al Diritto*, 2019, 49-50, 16.

⁹⁸ Cass. civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28991, *cit.*

⁹⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità materiale: perseverare diabolicum*, in *Danno e Responsabilità*, 2020, 1, p. 75 e ss.

¹⁰⁰ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰¹ G. SILECI, *Principio distributivo dell'onere della prova sul nesso di causalità materiale in responsabilità sanitaria*, in www.ridare.it.

¹⁰² F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. It.*, 2019, p. 713 e ss.

scomposizione) del nesso causale come ribadita dalla S.C. nelle richiamate decisioni del 2019, rilevando infatti come, se tale aspetto, alla luce delle critiche rivoltegli da svariate opinioni dottrinali contrarie, necessiti indubbiamente di un aggiustamento che tenga conto delle indiscutibili peculiarità delle prestazioni mediche c.d. "ad alta vincolatività",¹⁰³ comunque tale ricostruzione, lungi dall'essere "eversiva" del consolidato orientamento inaugurato da SS.UU. n. 13533/2001, costituisce invece, ad avviso di tale opinione, la manifestazione di un ben diverso intento, avente i sostanziali caratteri di una specificazione del relativo profilo,¹⁰⁴ quello cioè di "costruire un assetto degli oneri della prova nelle azioni intese a far valere le conseguenze dell'inadempimento di un'obbligazione, il più possibile calibrato sulle specificità della prestazione oggetto della medesima"¹⁰⁵: letture delle medesime decisioni, come appare evidente, assolutamente inconciliabili, e produttive, all'evidenza, per la posizione del danneggiato, oltre che per gli oneri, di allegazione non meno che di prova, gravanti sul medesimo proprio in tali ipotesi di azioni di responsabilità, parimenti tra loro incompatibili, con la conseguenza di vedere quest'ultimo, alla luce dei più recenti arresti di legittimità, di un onere certamente diverso rispetto al passato, oltre che, indiscutibilmente, più complesso ed articolato; sul punto, va poi aggiunto che, con una recente decisioni, i giudici di legittimità sono ritornati sull'argomento, evocativamente definito "regola iuris", relativa all'accertamento del nesso di causalità materiale, con l'evidenziare che al criterio del c.d. <<preponderanza dell'evidenza>>, va attribuito un duplice significato,¹⁰⁶ nel senso detto criterio rappresenta, per utilizzare le parole della Corte, "la combinazione di due regole: la regola del "più probabile che non" e la regola della "prevalenza relativa" della probabilità";¹⁰⁷ tali due criteri, rispettivamente, operano il primo nel caso in cui unica si assume essere la causa dell'evento, ed in ordine alla sua esistenza si fronteggiano, specularmente, una ipotesi positiva ed una negativa, per cui l'ipotesi su cui cadrà la scelta del giudice risulterà essere quella che gli elementi probatori a disposizione fanno apparire maggiormente probabile, sul piano logico, rispetto all'altra; il secondo, per converso, nelle ipotesi di eventi di danno ad eziologia potenzialmente multifattoriale, in modo che, ove di uno stesso evento si ipotizzino cause diverse,

¹⁰³ C. SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, 1, 211 e ss.

¹⁰⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ Cass. civ., sez. III, 6.7.2020, n. 13872, in *www.altalex.com*

¹⁰⁷ Cass. civ., sez. III, 6.7.2020, n. 13872, *cit.*

tutte astrattamente possibili, e ciascuna di tali possibili cause abbia ricevuto un riscontro probatorio all'esito dell'istruttoria, la regola della prevalenza relativa indurrà il giudice a ritenere veritiera quella ipotesi causale che, rispetto alle altre, in base alle prove raccolte abbia ricevuto un grado di conferma relativamente superiore;¹⁰⁸ nel ragionamento della Corte, all'evidenza, il diverso perimetro applicativo dei suddetti criteri sembra trovare la propria giustificazione in ragione dell'unicità ovvero della pluralità dei fattori eziopatogenetici del danno lamentato.

Altro interessante aspetto di recente inciso dalle note decisioni di S. Martino 2019 della S.C. risulta essere quello della risarcibilità del danno da perdita di *chance*. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che *"In tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, la perdita di chance a carattere non patrimoniale consiste 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 integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perduta possibilità sia apprezzabile, seria e consistente"*,¹⁰⁹ così delineando i caratteri indispensabili per l'ammissione a risarcimento di tale posta di danno, ovvero apprezzabilità, serietà e consistenza; condivide quanto appena evidenziato anche la dottrina, secondo cui la S.C., con tale ricostruzione, nella predetta decisione, ha inteso escludere la risarcibilità di *chance* così labili e teoriche da non poter essere, in concreto, determinate¹¹⁰; posizione questa, condivisa da chi, sulla premessa che l'incertezza del risultato incide sulla individuazione del danno, e non sull'analisi del nesso causale¹¹¹, afferma – in modo invero condivisibile – che, in conseguenza, deve escludersi ogni risarcimento per l'irrilevanza causale della condotta, allorquando, sul piano probabilistico, ci si trovi in una situazione di insuperabile incertezza sull'eziologia, stante la multifattorialità dell'evento,¹¹² in definitiva, come osservato da altra opinione, a seguito della decisione n. 28993/2019 della S.C. può dirsi affermato il principio per il quale il diritto al risarcimento del danno c.d. da perdita di *chance* può ritenersi sussistere solo

¹⁰⁸ Cass. civ., sez. III, 6.7.2020, n. 13872, *cit.*

¹⁰⁹ Cass. civ., sez. III, 11.11.2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187.

¹¹⁰ M. BONA, *Causalità da perdita di chance ed anticipazione della morte: il decalogo riassuntivo della Cassazione del "San Martino II"*, in *www.ridare.it*.

¹¹¹ A. CISTERNA, *Risultati incerti per scelte dei giudici troppo schematiche*, in *Guida al Diritto*, 2020, 2, 161.

¹¹² A. CISTERNA, *Risultati incerti per scelte dei giudici troppo schematiche*, *op. loc. ult. cit.*

nelle situazioni in cui *“l’errore clinico abbia certamente inciso sulle possibilità concrete di un miglioramento non raggiunto”*,¹¹³ non sono mancate, poi, ulteriori posizioni critiche rispetto a tale orientamento, sul rilievo che, avendo affermato la S.C. la natura della chance ad una sopravvivenza più lunga in termini di durata o migliore in termini di qualità quale situazione avente natura strumentale rispetto al diritto alla salute nonché a quello di autodeterminarsi liberamente, appare non sostenibile l’affermazione della S.C. per la quale il risarcimento della chance possa intendersi quale anticipazione del momento di tutela delle due situazioni giuridiche soggettive innanzi richiamate¹¹⁴; infatti, quanto all’asserita anticipazione della tutela del diritto alla salute, ciò si ritiene impossibile in ragione del fatto che manca un presupposto indispensabile perché ciò avvenga, in quanto *“l’arretramento del confine accordato alla protezione del bene principale consente di individuare un nuovo oggetto di tutela, sì, concettualmente legato al bene di riferimento, ma nondimeno postula l’esistenza di una situazione suscettibile di costituire oggetto autonomo di una domanda di tutela giurisdizionale”*¹¹⁵ mentre, con riguardo all’asserita anticipazione della tutela del diritto all’autodeterminazione, si ritiene la stessa non conseguibile tramite il risarcimento della perdita di chance, in quanto essendo stato il diritto alla autodeterminazione oggetto di recente espressa previsione legislativa, con la l. n.219/2017, tale tipizzazione legislativa della relativa situazione giuridica si ritiene idonea a realizzare l’effetto di anticipazione della tutela.¹¹⁶

Allora, appare evidente come anche l’elaborazione della *chance* come posta di danno dotata di autonoma risarcibilità, anche alla luce del richiamato recente arresto di legittimità, non possa dirsi giunta ad un approdo consolidato, residuando certo non pochi dubbi.

¹¹³ F. MARTINI, *Rc sanitaria, il nuovo decalogo dei risarcimenti*, in *Guida al Diritto*, 2019, 49-50, p. 20.

¹¹⁴ E. BUFANO, *Statuti risarcitori dell’incertezza giuridicamente rilevante. La chance perduta come <Forma dell’Acqua> nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, 1, 191.

¹¹⁵ E. BUFANO, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁶ E. BUFANO, *op. loc. ult. cit.*

Art. 2638 c.c.: Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza

*di Carolina SMITH**

SOMMARIO: **1.** Premessa: panorama normativo e antecedenti storici del delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza. **2.** Interesse tutelato e il caso MPS. **3.** Soggetti attivi. **4.** Il delitto di false comunicazioni alle Autorità pubbliche di vigilanza (comma 1). **5.** La condotta di ostacolo alle funzioni dell'Autorità pubblica di vigilanza (comma 2). **6.** Destinatari della tutela penale garantita dall'art. 2638 c.c.: le Autorità pubbliche di vigilanza. **7.** L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca centrale europea. **8.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The essay analyzes the national crime aimed at preventing public supervisory authorities from exercising their functions, is article 2638 of the civil code and through the deepening of the concept and role of "public supervisory authorities", therefore, the document asks the interpreter a reflection aimed at ascertaining whether, or within what limits, the European Central Bank falls within the protection provided for by national legislation such as the Banca d'Italia and C.O.N.S.O.B.*

1. Premessa: panorama normativo e antecedenti storici del delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza.

Le "false comunicazioni sociali" rappresentano una figura centrale nel panorama del diritto penale societario italiano, proprio per questa ragione nel corso della sua esistenza, tale fattispecie è stata oggetto di diverse riforme; tra le più risalenti vi sono quelle intervenute nel 1930-1931 volte a contrastare l'illegalità societaria in un momento di crisi economica mondiale¹ queste, hanno preceduto le rigorose innovazioni apportate dal codice civile 1942², il quale presentò la

* Dottore in giurisprudenza La Sapienza, tirocinante presso la Corte di Cassazione.

¹ A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, p. 4; spiega che l'intervento legislativo del 1930 non ebbe molta fortuna, al dettame non fece seguito un'applicazione considerevole, innalzò sostanzialmente le pene, da tre a dieci anni di reclusione.

² A. CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, (a cura di) G.Rossi, in *Riv. soc.*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 218; a riguardo il codice civile del 1942 addensò il sistema dei reati societari al

disciplina dei reati societari come disciplina manifestamente servente a quella civilistica costituita dall'impiego in via principale del modello del pericolo, meglio definito come "diritto penale del comportamento"³; vi sono poi in ultimo le novità apportate dalla legge del 2002 e la più recente riforma introdotta con la l. n. 69/2015. Questa evoluzione è stata costantemente accompagnata, per via legislativa e giurisprudenziale da vivaci discussioni poiché tutti gli interventi in materia, hanno trovato le loro radici in motivi di natura strettamente politica ed economica. La riforma del 2002, che investì tutti i reati societari previsti dal codice civile, puntò a risolvere in radice tutti i problemi che ancora oggi ci troviamo ad affrontare in riferimento alle valutazioni di bilancio e ai conseguenti criteri di accertamento della falsità delle stesse⁴. Ciò portò ad un annichilimento del sistema, cui fecero eccezione fortuitamente solo alcune disposizioni come quella costituita dall'art. 2638 c.c. che rappresenta quindi l'ultima evoluzione, a seguito del d.lgs. 11 aprile del 2002 n.61, di quella tipologia di incriminazioni poste a tutela dell'attività degli organi di vigilanza⁵ introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con il d.l. 8 aprile 1974 n. 95⁶, istitutivo della C.O.N.S.O.B.

L'incessante diffusione dei fenomeni corruttivi, la loro evoluzione fenomenologica, gli intrecci con la criminalità organizzata e in alcuni casi l'incontro con lo scenario politico, hanno condotto il legislatore ad intervenire con la l. n. 69/2015. Quest'ultima ha profondamente rinnovato la disciplina delle «false comunicazioni sociali»; fu conferita rilevanza penale all'esposizione di

cui principio si collocavano le false comunicazioni sociali e la riparazione di utili, a conferma del loro stretto legame che avrebbe anche incentivato discussioni sui rapporti tra l'indebita ripartizione e l'approvazione del bilancio.

³ A. MANNA, *La riforma dei Reati societari: Dal Pericolo Al Danno*, in *Il Foro It.*, vol. 125, 2002, pp. 111 ss.

⁴ Nel 2002 il legislatore ha saldato le diverse norme incriminatrici presenti in un'unica figura criminosa di portata generale collocandola nel capo IV del titolo XI del codice civile, nonostante tale previsione non fosse una novità propria della riforma del 2002. Già da tempo infatti erano presenti disposizioni riguardanti i soggetti operanti nei mercati, previste nelle diverse legislazioni di settore e i testi unici in materia bancaria, in particolar modo in materia di intermediazione finanziaria che avevano già dato una risposta incisiva, ma ancora parziale, alla richiesta della dottrina di procedere ad una generale opera di rivisitazione e di omogeneizzazione di tali ipotesi criminose.

⁵ G. LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, Cacucci Editore, 2004, p. 161.

⁶ Con tale provvedimento furono inseriti nel nostro sistema giuridico i reati di "ostacolo alle funzioni della C.O.N.S.O.B" e di "false comunicazioni" a cui poi fecero seguito la disciplina dei nuovi soggetti operanti sui mercati e l'istituzione di nuove autorità di vigilanza, è il caso, ad esempio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

fatti materiali non rispondenti al vero, ciò creò un evidente squilibrio essendo, il restante ambito dei diritti societari, rimasto immutato.

Attualmente l'impianto del diritto penale societario, dal punto di vista sanzionatorio è incentrato sulle due figure dell'ostacolo all'attività di vigilanza e del falso in bilancio. Si tratta di due autonome fattispecie delittuose, disciplinate rispettivamente dal primo e dal secondo comma dell'art. 2638 c.c. recante il titolo di «Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza»⁷.

Per entrambi i delitti è comminata la pena della reclusione da uno a quattro anni: scelta criticabile in quanto accomuna entro la medesima previsione sanzionatoria due fattispecie di diverso rilievo, incentrate rispettivamente sul disvalore dell'intenzione e sul disvalore dell'evento⁸.

Il legislatore sembra aver volontariamente fatto emergere una tutela generale delle Autorità di controllo esterno in virtù della rilevante natura del bene giuridico tutelato ossia la correttezza dei rapporti tra soggetto vigilato ed autorità vigilante. La finalità della norma è quella «di garantirne l'affidabilità nel mercato e nel rapporto con il pubblico»⁹; sarebbe quindi proprio la trasparenza informativa a costituire oggetto di tutela.

In via di prima approssimazione, desta molte perplessità la logica che ha ispirato il legislatore nel creare il prototipo di incriminazione riguardante la fattispecie di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza contenuta nell'art. 2638 c.c.¹⁰, e cioè quella della repressione nei confronti di coloro che

⁷ In tal senso M. GAMBARELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, p.141.

⁸ Così S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 687.

⁹ Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234, in *www.dejure.it*.

¹⁰ Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorchè oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi (comma 1). Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni (comma 2). La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati

non offrono piena e fedele collaborazione nei riguardi di programmi preventivi predisposti dagli organismi di pubblica vigilanza, nell'ottica di recuperare anche coattivamente la fiducia nelle istituzioni (e forse la credibilità nella stabilità del sistema) e implementare i controlli di tipo istituzionale, in particolare la *governance* delle Autorità di vigilanza sul mercato finanziario¹¹. Un'adeguata tutela della veridicità delle informazioni trasmesse alle Autorità di vigilanza, anche attraverso la previsione di sanzioni penali, è necessaria per consentire alle stesse di svolgere efficacemente le loro funzioni e indirettamente, per assicurare la salvaguardia degli interessi pubblici coinvolti¹².

La collocazione della disposizione nell'ambito del codice civile, nel capo IV del titolo XI, non trova una fondata giustificazione, essa ricomprende ogni Autorità e forma di vigilanza esercitata dalle stesse verso qualsiasi soggetto, non solo la vigilanza operata dalle classiche Autorità di controllo nei confronti di società quotate e non. Una norma di carattere generale, quale quella in commento, potrebbe trovare invece un'adeguata collocazione nell'ambito di un moderno codice penale come disposizione posta a tutela del corretto funzionamento degli organi pubblici di vigilanza.

Più opportuno sarebbe forse disciplinare, da un lato in forma unitaria la materia delle prescrizioni dell'Autorità di vigilanza e dall'altro creare nello stesso codice penale una norma che incrimini nella forma delittuosa e dolosa, il falso in comunicazioni ad organi di controllo da parte di imprese o altri soggetti¹³. Proprio in virtù di tale configurazione generale, la norma in questione rientra tra quelle che, quantomeno prima della riforma del 2015, sono state maggiormente ricorrenti nella prassi applicativa. La magistratura, in particolare quella inquirente, preso atto della debole disciplina "sul falso in bilancio", ha proceduto ad un'applicazione diffusa talvolta anche impropria della stessa congiuntamente a quella in materia di manipolazione di mercato, spesso più per esprimere un parere giuridico relativamente a problemi politici, che non per garantire

regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (comma 3). Agli effetti della legge penale, le autorità e le funzioni di risoluzione di cui al decreto di recepimento della direttiva 2014/59/UE sono equiparate alle autorità e alle funzioni di vigilanza (comma 3-bis).

¹¹ Cfr. M.B. MAGRO, *Il diritto penale della macrocriminalità economica e il pendolo delle idee: tendenze e deviazioni nell'era della globalizzazione*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, Editoriale Scientifica Editore, 2013, p. 982.

¹² In tal senso v. O. Capolino - R. D'Ambrosio, *La tutela penale dell'attività di vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale. Banca d'Italia*, n. 67, 2009, p. 3.

¹³ F. BRICOLA, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in AA.VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, p.43.

un'effettiva necessità di tutelare il funzionamento e l'operato delle Autorità di vigilanza¹⁴.

2. Interesse tutelato e il caso Monte dei Paschi di Siena.

Il bene giuridico tutelato dall'art. 2638 c.c. corrisponde ad un interesse di natura pubblicistica e consiste nel corretto e regolare funzionamento delle attività svolte dagli organismi a ciò preposti nel loro rapporto con i soggetti controllati al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'attività di controllo¹⁵. È evidente che, una corretta e affidabile informazione societaria verso il pubblico, costituisca presupposto logico imprescindibile per la tutela dell'interesse informativo delle Autorità¹⁶. L'interesse giuridico tutelato nel caso in esame, è intermedio e strumentale alla tutela del regolare funzionamento¹⁷ e alla salvaguardia dell'efficienza e affidabilità del mercato; il reato provoca indirettamente effetti benefici sullo stesso. La strumentalità porta infatti a delimitare l'ambito di applicazione della fattispecie, a tal fine rilevano penalmente le sole condotte di omissione o di incompletezza delle comunicazioni obbligatorie connesse all'interesse al risparmio e al corretto funzionamento del mercato, purché potenzialmente lesive dello stesso¹⁸. Sono sottoposti al controllo anche gli interessi patrimoniali dei risparmiatori e investitori quale bene finale ultimo¹⁹. La protezione dell'interesse viene apportata attraverso l'incriminazione della messa in pericolo (comma 1) o dell'effettiva lesione (comma 2) dell'attività istituzionale degli enti pubblici di vigilanza²⁰, la tutela penale retrocede in quanto

¹⁴ V. N. ROSSI, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina di falso in bilancio*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2016, n.1, p. 84.

¹⁵ Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2002, n. 1252, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, p. 916.

¹⁶ M. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia problemi e casi*, Padova, Cedam Editore, 2018, p. 201, egli sottolinea in particolare il rischio che la carente tutela della prima (l'affidabile informazione societaria verso il pubblico), rifletta negativamente sulla seconda (tutela dell'interesse informativo delle Autorità) rendendola non effettiva: a fronte di una debole protezione di fatto dell'interesse dei soci e dei creditori e di una corretta e affidabile informazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, la garanzia dell'informazione all'Autorità di vigilanza rimaneva del tutto eccessiva, sganciata dalle finalità reali ultime, per cui l'informazione è giuridicamente obbligatoria e in ultima istanza segnata da un considerevole incisività. In virtù di queste considerazioni la riforma n. 69 del 2015 ha riscritto la fattispecie delle false comunicazioni sociali commisurandone in maniera equilibrata la pena.

¹⁷ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale 1*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 541.

¹⁸ Il problema dell'individuazione dei comportamenti effettivamente punibili si pone in particolar modo relativamente al secondo comma della disposizione in esame, con riguardo all'ostacolo a condotta libera.

¹⁹ Cfr. ad es. F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, vol. I, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 32.

²⁰ Cass. pen., sez. V, 20 luglio 2011, n. 28932, in *www.dirittobancario.it*

per definizione lo scopo per il quale il soggetto agisce non necessariamente deve realizzarsi con l'integrazione dell'illecito penale²¹. Si tratta di una peculiare modalità di anticipazione della tutela, caratterizzata da una trasformazione dell'oggetto della tutela stessa, le istituzioni quindi appaiono come un qualcosa rispetto al quale il comportamento illecito non va a conformarsi a prescrizioni di carattere strategico o a regole distanti dagli interessi dei singoli soggetti, i quali potrebbero vedersi pregiudicati²².

Per inquadrare al meglio l'ambito di riferimento del fatto relativamente all'interesse giuridico tutelato, è opportuno in via preliminare indicare come, in prospettiva accusatoria, il caso Monte dei Paschi di Siena riguardi l'occultamento verso gli organi di vigilanza e segnatamente nei riguardi della Banca d'Italia di uno specifico documento, denominato *Mandate Agreement* sottoscritto il 31 luglio 2009 dagli imputati quali, Direttore Generale e Responsabile dell'Area Finanza della banca M.P.S., rinvenuto tre anni dopo nella cassaforte sita in un locale comunicante con l'ufficio del Direttore Generale. L'addebito nei confronti degli imputati consiste nell'aver occultato in concorso tra loro con mezzi fraudolenti - aver celato per tre anni in cassaforte - il contratto *Mandate Agreement* ostacolando "consapevolmente" le funzioni di vigilanza della Banca d'Italia. Nella motivazione della sentenza del Tribunale di Siena n. 762/2014, si legge testualmente:

«il bene giuridico tutelato appare identificabile con il corretto esercizio delle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche cui è affidato il controllo dei singoli segmenti del mercato finanziario, e dunque, consiste nella correttezza dei rapporti tra soggetto vigilato e soggetto vigilante al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'azione di vigilanza. La norma pertanto, tutela obblighi informativi che, se correttamente adempiuti garantiscono il corretto esercizio delle funzioni di pubblica vigilanza [...]»²³.

²¹ M. GAMBARELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 144.

²² L. CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 81.

²³ Trib. Siena, 31 ottobre 2014, n.762, in www.penalecontemporaneo.it, p.6; in tal senso si è più volte pronunciata la Corte di Cassazione, affermando che l'interesse tutelato dalla norma in questione è «la correttezza dei rapporti tra ente controllato ed ente controllante, al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'attività di controllo», cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234, in *C.E.D. Cass.*, n. 232849; con riguardo alla giurisprudenza di merito, cfr. Trib. pen. Milano, 25 gennaio 2005, in www.reatisocietari.it, nel c.d. caso Parmalat si afferma che «il bene giuridico tutelato dal reato di cui all'art. 2638 è costituito dal regolare svolgimento dell'esercizio delle funzioni di vigilanza svolte dalle autorità pubbliche a dette funzioni preposte».

Il collegio giudicante ha ritenuto – essendosi verificato, nel caso di specie, l'evento di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza – realizzata la forma più nutrita di lesione al bene giuridico descritta dal secondo comma della norma. La sentenza chiarisce la necessità di:

«concretizzare il bene giuridico così individuato in modo tale che l'ostacolo di cui al secondo comma possa essere integrato non da qualsiasi disobbedienza o scorrettezza meramente formale, bensì da una condotta che effettivamente leda l'esercizio delle funzioni di vigilanza strumentali e idonee al raggiungimento degli scopi alla cui salvaguardia è preposta l'autorità stessa».

Il bene giuridico tutelato dall'art. 2638 c.c. viene dunque individuato nel corretto esercizio delle funzioni di vigilanza delle Autorità pubbliche, cui è affidato il controllo di singoli segmenti del mercato finanziario e, dunque, nella correttezza dei rapporti tra soggetto vigilato ed ente vigilante, al fine di consentire la piena legittimità ed efficacia dell'azione di vigilanza. La norma, in buona sostanza, tutela obblighi informativi che, se correttamente adempiuti, garantiscono il corretto esercizio delle funzioni di pubblica vigilanza²⁴.

3. Soggetti attivi.

Nell'art. 2638 c.c. l'individuazione dei soggetti attivi del reato viene operata in termini assolutamente identici per entrambe le fattispecie delittuose di cui al primo e al secondo comma. La disposizione si apre con un'elencazione tassativa dei destinatari del reato di ostacolo, si tratta innanzitutto di amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori di società, cui la l. n. 262/2005 ha aggiunto la categoria dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari. In maniera più appropriata il soggetto attivo è qualificato, pertanto il legislatore ha abbandonato la tecnica utilizzata dalle omologhe e abrogate norme del testo unico bancario e del testo unico in materia di intermediazione finanziaria, le quali presentavano i soggetti attivi sulla base delle funzioni esercitate, adottando la tecnica classica fondata sulla qualifica formale loro assegnata; è stato così eliminato quel carattere indefinito che connotava l'individuazione delle funzioni dirigenziali. Tale elenco è accompagnato in via conclusiva e successiva, da una clausola di tipo generale che ascrive le condotte di reato anche ad «enti e altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti», inciso di "dubbia determinatezza"²⁵ che presenta

²⁴ I. GITTARDI, nota a Trib. Siena, 29 gennaio 2015, in *Riv. dir. pen. cont.*, n. 762, 2014.

²⁵E. M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli Editore, 2016, p. 235.

una categoria di soggetti di difficile identificazione²⁶; le incriminazioni rientrano perciò nella categoria del reato proprio. Tale riferimento introduce un margine di estensione nell' applicazione della norma, che risulta notevolmente ampliato dal riferimento all' art. 2639 c.c., disposizione che estende la responsabilità a tutti coloro che di fatto esercitano funzioni di amministrazione, direzione, liquidazione e controllo²⁷. Le qualifiche soggettive riguardano quindi i soggetti che sono tenuti a svolgere le medesime funzioni pur se diversamente qualificati dal punto di vista civilistico, ossia coloro che esercitano in maniera continuativa e significativa i poteri tipici che contrassegnano la qualifica o la funzione e – relativamente al comma 2 – anche coloro che sono incaricati dalle Autorità di pubblica vigilanza o dall' Autorità giudiziaria ad amministrare la società, i beni da questa posseduti o gestiti per mezzo di terzi²⁸. Ciò significa che colui il quale, in forza delle norme giuscommercistiche, bancarie o finanziarie è tenuto rispetto alla C.O.N.S.O.B. e Banca d' Italia ad obblighi di collaborazione e/o doveri informativi - si tratta dei revisori, promotori finanziari, agenti di cambio - nel caso in cui ostacolino le funzioni di tali enti, risponderanno del reato in esame. I soggetti di cui parla la disposizione, non espressamente menzionati, sono però individuabili *per relationem* tra coloro che sono sottoposti "per legge alle autorità pubbliche di vigilanza", qualora sussista un obbligo di informazione ex art. 156 d.lgs. 58/1998 – come modificato dal d.lgs. 39/2010 – e la società di revisione o il revisore legale non comunichi in via tempestiva alla C.O.N.S.O.B. un giudizio negativo ovvero l'impossibilità di esprimere un giudizio sul bilancio o in presenza di richiami all'informativa, dubbi consistenti relativi la continuità aziendale²⁹ anche nei casi in cui la legge indichi alle società di revisione di dare informazione alla C.O.N.S.O.B. e alla Banca d'Italia circa i soggetti abilitati a svolgere servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio in quanto soggetti tenuti ad obblighi verso le Autorità di vigilanza competenti³⁰. È inoltre emerso come la clausola generale potrebbe riferirsi anche a persone fisiche; agenti di cambio e promotori finanziari ad esempio. Al contrario i soggetti che non sono investiti da incarichi di collaborazione informativa con le predette Autorità in forza di previsione generali e astratte, ma che sono comunque tenuti a fornire

²⁶N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia problemi e casi*, cit., p 116.

²⁷A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, cit., p. 198.

²⁸L. CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Giurisprudenza commerciale*, cit., p. 75 ss.

²⁹ In tal senso V. TORRE, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. Comm.*, 2012, p. 583.

³⁰ O. CAPOLINO - R. D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di vigilanza*, cit., p 86.

informazioni in virtù dell'attribuzione di poteri istruttori, nel caso in cui dichiarino il falso od ostacolino le medesime attività di vigilanza, risponderanno dei reati e/o illeciti amministrativi posti alla tutela dei vari organi di controllo ma non dei delitti *ex art. 2638 c.c.*

A riguardo l'art. 170-*bis* t.u.f.³¹ descrive un reato comune che incrimina chi, al di fuori dei casi dell'art. 2638 c.c., commette falsità e ostacola le attività della C.O.N.S.O.B. e della Banca d'Italia. Risponderanno di tale reato quindi coloro verso i quali possa essere richiesto fornire informazioni alle predette Autorità, ad esempio il privato investitore cui la C.O.N.S.O.B. si rivolge in virtù dei poteri conferiti dall'art. 187-*octies* t.u.f.³², si può trattare anche dei dirigenti e dei dipendenti delle società vigilate che sono soggetti che non ricoprono le qualifiche apicali indicate dall'art. 2638 c.c.³³.

Il novero dei soggetti attivi che la norma contempla è dunque ampio rispetto a quello dei reati societari, si pone quindi il dubbio circa la corretta collocazione sistematica della norma nell'ambito civilistico compiuta dal legislatore, fermo restando l'indiscutibile importanza che tale norma di portata generale, ha assunto nel corso del tempo all'interno del nostro ordinamento per la protezione di interessi collettivi di rilievo costituzionale.

³¹ Norma introdotta dal d.lgs. n. 58/1998 volta a punire l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della C.O.N.S.O.B. e, a seguito della modifica apportata dall'art. 24 d.l. 18.12.2012 n.179, anche della Banca d'Italia. Detta disposizione, che fa espressamente salva l'applicazione dell'art. 2638 c.c., si pone però su un piano diverso da quello sul quale opera la norma in esame. Infatti se l'incriminazione madre, l'art. 2638 c.c., costituisce un reato proprio richiedendo specifiche qualifiche soggettive tassativamente indicate dalla legge, la disposizione del t.u.f. delinea un reato comune, il cui soggetto può essere chiunque, oltre che un reato a forma libera; l'ostacolo può essere posto in essere in qualsiasi modo. Questa è la prima significativa nota differenziale rispetto al delitto indicato nel secondo comma della previsione civilistica. È proprio tale caratteristica che permette di delineare un autonomo ambito di operatività della fattispecie in commento. La clausola di riserva con cui si apre infatti l'art. 170-*bis* fa sì che tutte le situazioni di vita che siano suscettibili nell'una e nell'altra previsione vengano ricondotte unicamente all'art. 2638 c.c., pertanto la principale area di autonomia dell'art. 170-*bis* è costituita dai casi in cui gli autori del fatto risultano essere soggetti diversi da quelli interni al delitto *ex art. 2638 c.c.*, comma 2.

³² A. F. TRIPODI, *Ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, (a cura di) F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI, in *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, falso in prospetto. Lezioni*, Padova, Cedam Editore, 2013, pp. 197 ss., afferma a riguardo che la fattispecie di illecito amministrativo disciplina, fatta salva la disposizione civilistica in esame, le ipotesi di ritardo nell'ottemperanza alle richieste della C.O.N.S.O.B., ovvero i casi di ritardo dell'esercizio delle funzioni di vigilanza. Si tratta di una disposizione introdotta con la l. 65/2005, la quale ha attribuito alla C.O.N.S.O.B. l'espressione più evidente del potere di autotutela delle funzioni di vigilanza.

³³ E. INFANTE, *Ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob*, (diretto da) A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, in *Diritto penale dell'economia*, Torino, Utet Giuridica Editore, 2017, Tomo I, pp. 426 ss.

4. Il delitto di false comunicazioni alle Autorità pubbliche di vigilanza (comma 1).

Il delitto di false informazioni all'autorità di vigilanza previsto al primo comma dell'art. 2638 c.c. è un reato di mera condotta, si consuma nel momento in cui viene posta in essere una delle due condotte tipiche alternativamente descritte dalla fattispecie criminosa, celando così all'organo di vigilanza la realtà economica, patrimoniale o finanziaria dei soggetti destinatari sottoposti al controllo. A titolo esemplificativo, con riguardo alla condotta posta in essere in caso di presentazione di documentazione scritta su richiesta della C.O.N.S.O.B, che neghi ambiguamente l'esistenza di un accordo volto ad eludere l'obbligo di procedere ad O.P.A., è la data di comunicazione del reato da cui decorre il termine di prescrizione quella della ricezione della comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza³⁴.

Ritornando alla struttura del primo comma, il delitto in esame si articola in una duplice previsione di condotte, entrambe di natura commissiva e connotate dalla medesima finalità specifica: ostacolare l'attività di vigilanza. Il delitto è integrato sia dall'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni sulla situazione economico-patrimoniale dell'ente, sia dall'occultamento, con altri mezzi fraudolenti, avvenuto in tutto o in parte, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati circa la medesima situazione³⁵.

Il legislatore per descrivere le condotte penalmente rilevanti attraverso l'analisi delle due figure di reato fa ricorso alla tecnica c.d. "del reato a forma vincolata" pretendendo che la loro realizzazione avvenga secondo modalità circoscritte³⁶; ciò perché sono emersi timori, trattandosi di una fattispecie non del tutto aperta, sulla legittimità costituzionale, a causa della possibile violazione del principio di legalità in materia penale. Dunque, attraverso il rinvio delle determinazioni alle Autorità, per l'individuazione dei rapporti informativi suscettibili di avere tutela penale e, con l'individuazione di un criterio legislativamente posto, il legislatore effettua agevolmente una selezione delle condotte penalmente rilevanti³⁷.

³⁴Cfr. Cass., sez. V, 4 luglio 2013, n. 51897, in *C.E.D. Cass.*, n. 258033, v. anche Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2014, n. 26596, in *C.E.D. Cass.*, n. 262637; in questo senso E. MONTANI, *Le attività di ostacolo*, (a cura di) A. ALESSANDRI, in *Reati in materia economica*, cit., p. 206 ss.

³⁵In proposito v. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 143.

³⁶M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, *idem*, p. 144.

³⁷E. INFANTE, *Gli obblighi comunicativi e le condotte di mendacio*, in A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, Cedam Editore, 2018, p. 450 ss., spiega che nella parte in cui la disposizione in analisi incrimina le condotte di falso e di occultamento con mezzi fraudolenti, l'applicazione di questo criterio permette di separare la condotta genericamente anti giuridica,

Parlando di "false comunicazioni" ciò che rileva è il "veicolo" attraverso il quale la falsità è portata a conoscenza delle autorità, questo trova ragion d'essere nella «comunicazione alle predette autorità previste in base alla legge», il legislatore ha realizzato quindi una tipizzazione delle stesse individuandole solamente in quelle divulgazioni effettuate sotto ogni forma – per iscritto, per via telematica – che siano però espressamente previste dalla legge, non si tratta dunque di una qualsiasi notizia trasmessa dai destinatari della disposizione. Rilevano quindi sia le comunicazioni obbligatorie imposte dalla legge ad esempio le comunicazioni relative al rischio creditizio a cui sono tenute le banche nei confronti della Banca d'Italia, sia quelle fornite su richiesta o che scaturiscono dai regolamenti delle Autorità purché agiscano nell'ambito dei poteri loro conferiti legislativamente; sono degne di considerazione anche le comunicazioni orali in quanto previste dalla legge: si pensi alla convocazione effettuata dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 53, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 385/1993³⁸.

La prima condotta, l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero³⁹, è caratterizzata da un comportamento attivo, la falsa attività e riprende quella, che al momento dell'introduzione della norma nella versione del d.lgs. n. 61/2002 era prevista nei delitti di false comunicazioni sociali di cui agli art. 2621 e 2622 c.c.⁴⁰. Gran parte della più riconosciuta dottrina, risalente al d.lgs. del 2002, sempre riguardo le false comunicazioni sociali, ritiene che non vi sia stata alcuna modifica di estrema rilevanza; la riforma del 2015 non ha creato alcuna

violazione degli obblighi comunicativi o collaborativi posti dalle Autorità, da quella specificamente penalistica, falsità o occultamento con mezzi fraudolenti. All'interno delle varie condotte contrastanti le prescrizioni specifiche delle Autorità, il potere legislativo ha attribuito rilevanza penale solo a quelle caratterizzate dalla falsità e dalla fraudolenza. Questo basta per parlare di un sufficiente livello di osservanza del dettato costituzionale in tema di riserva di legge.

³⁸ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, in *Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, Giuffrè Editore, p. 203 ss., precisa che rilevano, sia le comunicazioni obbligatorie imposte dalla legge ad esempio le comunicazioni relative al rischio creditizio a cui sono tenute le banche verso la Banca d'Italia, sia quelle fornite su richiesta o che scaturiscono dai regolamenti delle autorità, purché agiscano nell'ambito dei poteri loro conferiti legislativamente; sono degne di considerazione anche le comunicazioni orali in quanto previste dalla legge: si pensi alla convocazione effettuata dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 53, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 385/1993.

³⁹Nella prima bozza del decreto legislativo la formulazione della disposizione era la seguente: «espongono fatti materiali non rispondenti al vero», presente anche nelle abrogate figure criminose quali l'art. 134 d.lgs. n. 385/1993 e l'art. 171 d.lgs. n. 58/1998. La Commissione di giustizia della Camera dei deputati avanzò un suggerimento che portò, per ragioni di uniformità, ad utilizzare un'espressione innovativa per gli allora nuovi reati di false comunicazioni sociali quella di fatti materiali ancorché oggetto di valutazioni», formula che, nonostante la riforma avvenuta nel 2015 dei reati di falso in bilancio, permane ancora oggi.

⁴⁰ S. SEMINARA, *v.s. Reati societari (le fattispecie)*, in *Enc. dir. ann.*, vol. IX 2016, Milano, Giuffrè Editore, p. 785.

frattura con il precedente sistema, ha mantenuto una continuità e ha specificato che, anche le valutazioni, possono essere oggetto di comunicazioni; si va così ad evidenziare un elemento di relazionalità verso terzi dato dalla condotta di esposizione di fatti nei confronti delle Autorità pubbliche di controllo destinatarie di comunicazioni mendaci⁴¹. Infatti, rispetto alla rilevanza delle false valutazioni, la giurisprudenza ha ritenuto penalmente apprezzabile, il c.d. falso valutativo nelle comunicazioni dirette alle Autorità di vigilanza. In questo senso quindi si considera integrato il reato anche nel caso in cui la falsità sia contenuta in giudizi estimativi delle poste in bilancio, tuttavia secondo quanto previsto dal delitto in argomento, la prima condotta descritta sembrerebbe andare a sottolineare come solo i "fatti materiali" integrino la tipicità; escludendo il rilievo penale delle mere valutazioni soggettive quali opinioni, illazioni, pronostici, anche se supportati da competenze tecniche. Si è riscontrato come l'attività conoscitiva comporti la costante valutazione e la riduzione ad unità di complessi e distinti elementi e come le valutazioni stesse assumano rilevanza penale se sostenute da fatti materiali che ne costituiscono il fondamento obiettivo, in questo senso saranno meritevoli di considerazione in termini di falsità, in quanto corrispondenti alla non rispondenza al vero dei fatti. La giurisprudenza ha indicato l'espressione "ancorché soggetti a valutazione" in senso concessivo, in conformità con quanto stabilito dalla norma. In questo modo, non si aggiungerebbe alcun elemento rilevante rispetto all'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, dovendo essere «escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo»⁴². Per concludere l'analisi della prima condotta prevista dal primo comma è importante evidenziare come le false comunicazioni debbano avere ad oggetto la situazione economica, finanziaria o patrimoniale dei soggetti sottoposti alla

⁴¹ S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, cit., p. 677.

⁴² Cfr. Cass. pen., sez. V, 28 settembre 2005, n. 44702, in *C.E.D. Cass.*, n. 232535; in tal senso cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2006, n. 17290, in *Riv. pen.*, 2007, n. 5, p. 581, la Corte di Cassazione ha chiarito, che ad integrare gli estremi del reato previsto dall'art. 2638 c.c., c'è la condotta del Presidente di un istituto di credito soggetto alla vigilanza che invia alla Banca d'Italia una nota, ancorché successiva all'ispezione, contenente controdeduzioni al verbale ispettivo, con la quale si espongono fatti materiali, oggetto di valutazioni, non rispondenti al vero – nel caso di specie riguardanti le condizioni economiche e finanziarie che si riflettono sulle previsioni di perdite di un'azienda sottoposta a sequestro preventivo – trattandosi di comunicazione pertinenti e rilevanti al fine dell'esercizio della funzione di vigilanza, alla cui falsità dei fatti esposti consegue l'ostacolo alla vigilanza stessa. Secondo quanto indicato dalla sentenza, «l'obbligo giuridico del soggetto sottoposto alla vigilanza di comunicarli, risulta determinato sotto il profilo oggettivo della natura stessa del dato, tipicamente definita in relazione alla funzione di vigilanza informativa cui la comunicazione di esso è coordinata».

vigilanza, degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci, dei liquidatori o concernere beni che la società possiede o amministra per conto di altri soggetti. La necessità di inserire quest'ultima precisazione è giustificata dalla circostanza dovuta al fatto che le Autorità di vigilanza esercitano il loro controllo anche sull'attività svolta per conto di terzi da parte di soggetti abilitati all'esercizio dei servizi di investimento. Si tratta di formule aventi carattere limitativo poiché le false comunicazioni sono circoscritte ad un oggetto determinato. Sono rilevanti ad esempio le comunicazioni fittizie in materia di partecipazione azionaria o riguardanti l'ammontare delle riserve tecniche per le imprese assicurative, al contrario non sono meritevoli di considerazione quelle relative ai nominativi dei soci⁴³.

La seconda condotta di cui parla il primo comma dell'art 2638 c.c. è l'occultamento, totale o parziale, con altri mezzi fraudolenti, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati, si tratta di una fattispecie che presenta una natura commissiva ed implica l'esistenza di una relazione di tipo comunicativo; non si parla di natura omissiva poiché l'occultamento richiede necessariamente un'attività ossia un obbligo specifico di comunicazione⁴⁴.

La Suprema Corte ha precisato che «la seconda fattispecie di reato prevista nel comma 1 dell'art. 2638 c.c. può considerarsi omissiva solo nel senso che si risolve complessivamente in un'omissione di comunicazione di fatti rilevanti ai fini dell'esercizio dell'attività di sorveglianza e perciò destinati ad essere ad essere comunicati»⁴⁵.

Passando all'individuazione del contenuto dell'occultamento dei fatti interni a una comunicazione rivolta all'Autorità di vigilanza, si deve specificare in primo luogo che l'occultamento rileva solo se realizzato con mezzi fraudolenti, ciò fa comprendere che si è in presenza di una condotta commissiva, reperire e conseguentemente utilizzare i mezzi fraudolenti implica il compimento di un'azione, si va ad indicare un atteggiamento che non si esaurisce nel semplice silenzio sull'esistenza dei fatti da comunicare, al contrario questi devono

⁴³R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 203 ss.

⁴⁴In tal senso L. FOFFANI, Art. 2638, in Commentario breve alle leggi penali, (a cura di) C.E. Paliero - F.C. PALAZZO, Padova, Cedam Editore, 2007, p. 1914 ss.

⁴⁵Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2006, n. 17290, in *C.E.D. Cass.*, n. 234533, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «in realtà la condotta tipica è costituita da un'azione, consistente nell'occultamento con mezzi fraudolenti, dei dati predetti, individuati perché relativi alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del soggetto alla vigilanza. È obbligo giuridico del soggetto alla vigilanza di comunicarli risulta determinato sotto il profilo oggettivo dalla natura stessa del dato, tipicamente definita in relazione alla funzione di vigilanza informativa cui la comunicazione di esso è coordinata».

risultare necessariamente rilevanti per la situazione economico-patrimoniale della società⁴⁶. La formula utilizzata dal legislatore appare dunque alla stregua di una clausola generale in linea con quella contenuta nell'art. 2625 c.c. "con altri idonei artifici". Nel caso di specie la fraudolenza dovrà essere considerata come modalità idonea a sviare la verifica o l'indagine da parte delle Autorità ostacolando l'attività di vigilanza, la quale non guarderà a rischi e difformità.

In secondo luogo l'occultamento deve essere connesso ad una comunicazione, attività che emerge anche in questa seconda fattispecie di reato, si tratta pertanto di un'altra azione. Centrale è la figura del soggetto che, sottoposto a vigilanza non adempie a tale dovere sottraendosi dal fornire indicazioni collegate alla fonte dell'obbligo⁴⁷.

L'obbligo di comunicazione però, può derivare anche da una richiesta da parte dell'Autorità di vigilanza; rilevante in verità è qualsiasi informazione fornita alle Autorità di controllo purché suscettibile di essere utilizzata a tal fine; questo è quanto emerge da un passo della sentenza già precedentemente citata dove i giudici di legittimità hanno indicato come premessa che l'art. 2638 c.c. consente di individuare solo comunicazioni rilevanti ai fini dello svolgimento della funzione di vigilanza in base al criterio oggettivo della pertinenza e non considera invece, le comunicazioni tipiche ad esempio quelle fornite su richiesta delle Autorità di vigilanza o comunicazioni di diversa natura⁴⁸.

Ritornando alla formula "comunicazioni previste in base alla legge" e al significato da attribuire alla stessa locuzione si percepisce come la Corte abbia voluto estendere il novero degli strumenti informativi idonei ad attivare una responsabilità penale del dirigente bancario, e dunque proporre un'interpretazione estensiva della fattispecie orientata a tutelare il bene "funzione".

⁴⁶ Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 40164, in *C.E.D. Cass.*, n. 248821.

⁴⁷ Rilevante a riguardo è il caso che ha dato vita al Processo Antonveneta cfr. Trib. pen. Milano, sez. II, 28 maggio 2011, in *Riv. dir. pen. cont.*; la sentenza parla di una banca che nel contesto di un O.P.A. obbligatoria ha omesso la comunicazione dell'avvenuta stipulazione di un patto parasociale; a riguardo cfr. anche Trib. pen. Roma, sez. VI., 2 novembre 2004, n. 23093, in *Il merito*, p. 53, in cui si parla di un istituto di credito che non ha segnalato alla Banca d'Italia un credito classificato come sofferenza.

⁴⁸ Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2006, in *www.IforoItaliano.it*, vol. 131, p. 49, nel caso di specie «la nota inviata alla Banca d'Italia da un istituto di credito soggetto alla vigilanza e contenente controdeduzioni a un verbale ispettivo deve ritenersi pertinente all'esercizio della predetta funzione ed esporre fatti materiali conformi al vero, in quanto alla falsità di tali atti si ricollega l'ostacolo alla vigilanza e non alla circostanza che l'esposizione di essi sia contenuta o meno nella risposta alla richiesta di un istituto competente».

Rientrano quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 2638 c.c. non solo le comunicazioni espressamente previste da una specifica disposizione legislativa e quelle emesse su richiesta dell'organo di controllo, ma anche quelle genericamente connesse all'esercizio delle funzioni di controllo spettanti alle autorità di settore.

5. La condotta di ostacolo alle funzioni dell'Autorità pubblica di vigilanza (comma 2).

La seconda e autonoma fattispecie criminosa prevista dal secondo comma dell'art. 2638 c.c. è un reato a forma libera pertanto può realizzarsi "in qualsiasi forma" e si caratterizza per l'incremento sul piano dell'offensività, dal pericolo al danno. L'ostacolo nel caso di specie non caratterizza l'elemento soggettivo ma assurge a vero e proprio evento della fattispecie delittuosa, ciò implica che il reato debba essere accertato e analizzato puntualmente in sede processuale⁴⁹. Questo delitto che nel primo comma costituisce oggetto di dolo specifico, rappresentato dal fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza che deve caratterizzare le due modalità alternative di condotta previste, diviene nel secondo comma una fattispecie punita a titolo di dolo generico e trova fondamento nella necessaria coscienza dell'antigiuridicità ossia la consapevole contrapposizione all'attività di controllo attraverso l'ostacolo. È proprio il riferimento alla consapevolezza che va ad escludere il dolo eventuale; essendo l'agente tenuto a mostrare gli esiti negativi della propria condotta come assodati, si tende a limitare il dolo al solo dolo diretto⁵⁰, rimanendo però soggetto al medesimo trattamento sanzionatorio previsto per il primo comma.

La condotta tipica che si incentra nell'evento naturalistico dell'impedimento, si concretizza appunto nell'ostacolare l'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza, condotta che può essere realizzata anche ponendo in essere un comportamento omissivo⁸⁷ purché sia verificata con il potere ispettivo delle varie Autorità di vigilanza; se ne richiede dunque solo l'effettiva produzione. Integra quindi il delitto in questione, anche l'omissione delle comunicazioni dovute alle Autorità di vigilanza senza indicarne l'oggetto, si tratta per esclusione

⁴⁹ A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, cit., p. 206, l'autore precisa che la necessaria lesività richiamata, è utilizzata per evitare il rischio di un'applicazione della norma a fatti privi d'incidenza sulle funzioni di controllo; in virtù della carente tipicità dell'evento considerato è emersa la necessità di soffermarsi sulle forme di ostacolo non momentaneo e non rilevante rispetto alle attività di vigilanza.

⁵⁰ In proposito S. Seminara, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto*, cit., p. 687, così anche N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 119 ss.

di tutte quelle condotte diverse da quelle contemplate nel primo comma, non riguardanti quindi la situazione economica, patrimoniale, finanziaria dei soggetti vigilati⁵¹, ritenendo che per le condotte particolarmente insidiose, quali la falsità e l'occultamento, il legislatore abbia previsto una tutela anticipata, mentre per tutte le altre richiede il verificarsi dell'evento.

Il legislatore non va ad imporre delle specifiche modalità di realizzazione, sono puniti gli agenti qualificati che indifferentemente, "in qualsiasi forma" vadano ad ostacolare le funzioni⁵².

Quindi qualsiasi omessa o falsa informazione rileverebbe poiché incide sulla correttezza dei rapporti tra soggetti destinatari del divieto e soggetti vigilanti, si tratta ad esempio del caso in cui le informazioni richieste dall'Autorità per controllare l'andamento dei mercati finanziari, risultino del tutto sconnesse con la tutela del bene, in virtù del quale sono attribuiti i poteri di vigilanza alle stesse Autorità.

Secondo la giurisprudenza per ostacolo deve intendersi «qualcosa che sta davanti o contro, che intralcia, un impedimento, una barriera; dunque ostacolare significa intralciare in modo da rallentare, rendere più difficile o addirittura impedire il raggiungimento di qualcosa»⁵³.

L'impedimento può essere di varia intensità fino a comportare l'insuperabilità dell'ostacolo. La dottrina e la giurisprudenza d'altro canto hanno affermato che non è sempre richiesto questo impeto, la fattispecie può configurarsi anche attraverso un semplice comportamento ostruzionistico che impedisce il regolare svolgimento delle funzioni delle autorità di controllo.

Significativo è il caso Bnl-Unipol, la Suprema Corte ha ritenuto che anche la condotta dei vertici societari che avessero reso false spiegazioni su richiesta delle autorità di controllo, rispetto a mere intenzioni, configurasse la condotta di ostacolo; il celare la volontà di tentare una contro-scalata, avrebbe ostacolato le funzioni della C.O.N.S.O.B. impossibilitata di adempiere ai suoi compiti di vigilanza, nel caso di specie, vigilare correttamente sul mercato⁵⁴.

⁵¹ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 603.

⁵² Si tratta di una formula assai generica che rende ardua l'individuazione della condotta tipica poiché possono essere ritenute implicitamente rilevanti svariati tipi di situazioni che vanno dal mero ritardo ingiustificato a condotte ostruzionistiche più incisive: opposizione ad ispezioni, distruzione o occultamento di documenti, fino a giungere all'impedimento.

⁵³ Trib. pen. Milano, sez. I, 31 ottobre 2011, in *Riv. dir. pen. cont.*

⁵⁴ G. LOSAPPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, cit., p. 303.

Un'ultima osservazione riguarda la natura di reato di danno a forma libera, in particolare il fatto che questa ne autorizza la determinazione anche come reato eventualmente permanente.

La consumazione del reato, escludendo le comunicazioni dovute all'Autorità, si dilaziona per tutto il tempo in cui, nonostante le comunicazioni siano proficuamente effettuate, continuano ad essere omesse; l'indice da cui rinvenire la permanenza sarà la pluralità di omissioni aventi il medesimo contenuto e poste in essere dal soggetto agente, che trovano giustificazione nel motivo unificante caratterizzato dall'ostacolo alle funzioni di vigilanza.

6. Destinatari della tutela penale garantita dall'art. 2638 c.c.: le autorità pubbliche di vigilanza.

A seguito dell'approfondito esame circa la fattispecie relativa al delitto di cui all'art. 2638 c.c., occorre analizzare quali siano le figure riconducibili alla nozione di "Autorità pubblica di vigilanza". Possiamo dire innanzitutto che a partire dalla metà degli anni '70 si sono susseguiti diversi interventi legislativi di riassetto degli enti pubblici, questi interventi hanno avuto esiti distinti; alcuni enti sono stati eliminati, altri hanno subito profonde modifiche circa potere di azione e struttura, ma ciò che ha segnato radicalmente alcuni enti è stata la loro trasformazione in soggetti di diritto privato. Per mezzo di questi interventi legislativi, nei primi anni '90, nel panorama organizzativo della P. A. sono emerse nuove figure denominate "Autorità indipendenti"⁵⁵ dalle caratteristiche del tutto innovative rispetto a quelle proprie dell'organizzazione amministrativa tradizionale, fondata sul potere amministrativo discrezionale esercitato da soggetti riconducibili, direttamente o indirettamente, all'autorità politica.

⁵⁵ Volendo delineare un quadro sintetico dei soggetti che oggi sono comunemente annoverati tra le Autorità indipendenti, possiamo ricordare: la Banca d'Italia, la più "antica" Autorità presente nel nostro ordinamento, la cui disciplina è contenuta nel testo unico in materia bancaria e creditizia, il t.u. 385/1993; la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (C.O.N.S.O.B.), istituita con il d.l. n. 95/1974, convertito nella l. n. 216/1974, le cui funzioni sono state da ultimo disciplinate nuovamente con il t.u. 58/1998; l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private (I.V.A.S.S.), istituito con l. 576/1982 e varie volte oggetto di interventi normativi che ne hanno profondamente mutato gli assetti, fino alla recente l. 57/2001; l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.C.O.M.), istituita con la l. 249/1997; l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.), istituita con la l. 287/1990; l'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.), istituita con l. 114/2014; l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambienti (A.R.E.R.A.), istituita con l. 481/1995, istituita con la l. 481/1995. A queste si aggiungono: il Garante per la Protezione dei Dati Personali, istituito con la l. 675/1996, nonché la Commissione di Garanzia per l'attuazione della legge sullo Sciopero nei Servizi Pubblici essenziali, istituita con la l. 146/1990.

Queste trasformazioni sono connesse al mutamento dell'azione statale causato dal ridimensionamento in ambito economico conseguente al processo di integrazione comunitaria e finalizzato alla realizzazione di un mercato unico. Questo è stato il motivo per cui gli Stati membri hanno avviato processi di privatizzazione e liberalizzazione attraverso una normativa nazionale a tutela della concorrenza in grado di garantire il confronto paritario sul mercato e tra le autorità di regolazione che promuovono l'apertura e la competizione nei settori liberalizzati bilanciando le asimmetrie e le disuguaglianze che avvantaggiavano gli *ex monopolisti*⁵⁶. L'istituzione di tali Autorità è stata considerata dai più come un'autorevole soluzione per l'attuazione dei programmi comunitari, al contrario però sono emersi problemi sul piano strettamente nazionale, in particolar modo sul punto, la dottrina italiana ha ritenuto controverso l'inquadramento delle *Authorities* come enti rientranti nella categoria delle Autorità pubbliche di vigilanza qualora si trovino a capo di settori divenuti privatizzati; esemplificativi sono i segmenti dell'energia e gas rispetto ai quali la dottrina ha affermato che l'omissione di comunicazioni relative tali servizi alle Autorità incaricate in tal senso, non integra il reato in questione⁵⁷. Non sono state sollevate polemiche per la C.O.N.S.O.B. o la Banca d'Italia considerati paradigmi di riferimento; nel noto caso "Lande" è stata affermata:

«la legittimazione della C.O.N.S.O.B. costituitasi parte civile nei procedimenti relativi al delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, trattandosi di un ente dotato di soggettività esponenziale per la rappresentanza di interessi diffusi propri del mercato mobiliare, affidati alla sua tutela e caratterizzati dalla salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, dalla competitività di esso e dall'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria in ordine ai quali in legislatore le ha affidato compiti di vigilanza informativa previsti dall'art. 8 t.u.f.⁵⁸».

Anche altri enti cui sono stati attribuiti compiti di vigilanza su settori diversi dai mercati finanziari, tra cui l'Autorità garante per la *privacy* ed anche la Commissione di vigilanza sulle società di calcio professionistiche, sono state annoverate tra le Autorità pubbliche di vigilanza⁵⁹ nonostante le innumerevoli perplessità destate da tale estensione. La giurisprudenza ha affrontato la dubbio

⁵⁶ A. ARGENTATI, s.v. *Autorità indipendenti – Dizionario di Economia e Finanza*, www.treccani.it, 2012.

⁵⁷ Cass. pen., sez. V, 11 febbraio 2013, n. 28070, in *C.E.D. Cass.*, n. 255565.

⁵⁸ V. note M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 142.; cfr. anche, Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 2015, n. 28157, in *C.E.D. Cass.*, n. 264915.

⁵⁹ A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, Torino, Giappichelli Editore, p. 198 ss.

questione nel caso concreto, ritenendo prospettabile il delitto di ostacolo con riferimento al ricorso per Cassazione sollevato contro l'ordinanza del Tribunale del riesame di Padova mediante la quale è stata rigettata la richiesta di riesame del decreto di sequestro probatorio avente ad oggetto l'imputazione elevata nei confronti di un presidente di una squadra di calcio per avere omesso dolosamente agli organi di vigilanza – nella fattispecie la F.I.G.C.⁶⁰ – informazioni obbligatorie inerenti i reali rapporti intercorrenti con altre società di calcio professionistiche, circa forme di partecipazione, gestione e controllo, espressamente vietate dallo Statuto della F.I.G.C. all'art. 7⁶¹.

Il Tribunale del riesame ha respinto la critica della difesa volta a sostenere la non configurabilità della F.I.G.C. come Autorità pubblica di vigilanza, ma unicamente come ente di natura privatistica.

L'organo giudicante ha fatto propria la tesi della Corte di Cassazione riguardo la sentenza n. 28164 del 2013, in cui si è ritenuta protetta dall'art. 2638 c.c. la funzione di vigilanza – sui bilanci delle società calcistiche – propria della CO.VI.SOC. (Commissione di Vigilanza sulle Società di Calcio Professionistiche) organo reso, dall'art. 20, comma 4 dello Statuto del C.O.N.I., titolare di funzioni pubblicistiche, in una situazione quale quella in analisi, di bilancio infedele volto ad occultare sia gli squilibri altrimenti evidenti, affinché la società calcistica potesse prender parte al campionato, ottenendone quindi l'iscrizione, sia a raggirare le verifiche e ostacolare l'esercizio delle funzioni della Commissione di Vigilanza⁶².

La Cassazione, pronunciandosi sulla possibilità di includere tra le Autorità pubbliche di vigilanza l'Ufficio Italiano Cambi, ha evidenziato che «oggetto della tutela è la funzione amministrativa di vigilanza tipica delle autorità pubbliche» e che «l'art. 2638 c.c. si riferisce [...] ad un concetto tecnico di vigilanza, che deve essere inteso nel senso di potere di tipo ispettivo, funzionale ad esercitare un controllo preventivo e successivo sull'attività di soggetti sottoposti, al fine di garantire l'affidabilità nel mercato e nel rapporto con il pubblico»⁶³.

Alla luce di quanto affermato si ritengono incluse oltre alla Banca d'Italia e alla C.O.N.S.O.B; l'I.V.A.S.S., la C.O.V.I.P (Commissione di vigilanza sui fondi

⁶⁰ La Federazione Italiana Gioco Calcio nota anche come Federcalcio è l'organo di organizzazione e controllo del calcio in Italia; in tal senso A. ALESSANDRI, *Reati materia economica*, cit., pp. 98 ss., la definisce come Autorità cui "è stata riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica relativo alla regolarità nella gestione delle società professionistiche di calcio".

⁶¹ Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10108, in *C.E.D. Cass.*, n. 262629.

⁶² Cass. pen., sez. III, 29 maggio 2013, n. 28164, in *C.E.D. Cass.*, n. 257142.

⁶³ Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 44234, in *C.E.D. Cass.*, n.232849.

pensione), la c.d. Autorità Garante della Privacy, l' Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'A.N.A.C.⁶⁴. Al di fuori di quelle sopra elencate, le *Authorities* devono essere individuate caso per caso in riferimento alla normativa extrapenale cui è attribuita la competenza di stabilire i poteri di vigilanza, gli obblighi di collaborazione e i soggetti obbligati. Sulla base di ciò, quello che rileva sono le funzioni attribuite e svolte dalle Autorità non la qualifica formale, considerando e ribadendo che la nozione di vigilanza ha un connotato strettamente funzionale⁶⁵. Indubbiamente è necessario che si tratti di un'entità di matrice pubblicistica, caratteristica che non elimina però definitivamente le perplessità circa l'individuazione dei soggetti a cui estendere la tutela prevista dall'art. 2638 c.c. D'altra parte l'espressione, facendo leva esclusivamente sulla funzione non è dotata di valore tecnico con la conseguenza che possa riferirsi sia alle Autorità amministrative indipendenti sia agli enti tradizionali. Generalmente si ritiene considerata come opzione preferibile – non essendovi indicazione neppure nei lavori preparatori – che la norma sia rivolta a tutte le Autorità di vigilanza operanti nel nostro ordinamento giuridico⁶⁶.

Nello specifico alcuni autori favoriscono un'interpretazione più restrittiva che consideri applicabile la norma a tutte quelle autorità:

«che hanno compiti o funzioni di governo in un certo settore economico o rispetto ad alcune categorie di enti o soggetti e che lo manifestano con un'attività di vigilanza, sia di tipo ispettivo, sia nel senso di poter chiedere informazioni o chiarimenti o integrazioni delle comunicazioni già avvenute, sia nel senso generale di essere destinatarie di informazioni periodiche o rispetto ad eventi di particolare significato»⁶⁷.

7. L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca centrale europea.

Con la realizzazione del Sistema di vigilanza unico⁶⁸, ed il conseguente riconoscimento e trasferimento, in capo alla Banca centrale europea, di

⁶⁴F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli Editore, p. 601.

⁶⁵ S. Amorosino, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, (a cura di) E. Bani - M. Giusti, Padova, Cedam Editore, 2004, p. 725.

⁶⁶ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 578, cosciente del fatto che l'attività di vigilanza delle Autorità gode attualmente di tutela penale ai sensi dell'art. 2638 c.c.

⁶⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 371.; in tal senso anche A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino Editore, p. 270.

⁶⁸ Il Sistema europeo di vigilanza finanziaria è stato istituito dall'UE nel 2010, per mezzo di una serie di regolamenti volti a sopperire lacune in materia di vigilanza finanziaria sorte a seguito delle crisi degli anni 2007 e 2008.

competenze primarie in materia di vigilanza, è stata sollevata in merito, la questione sulla possibilità di accertare se e in quali limiti la fattispecie descritta dall'art. 2638 c.c. sia disposta ad ampliare il novero dei destinatari della tutela prevista e dunque, garantire anche la B.C.E. dalle condotte di ostacolo all'esercizio delle proprie funzioni di controllo.

Per dare una risposta è necessario verificare se, oltre i confini nazionali la B.C.E. possa essere considerata alla stregua della Banca d'Italia, C.O.N.S.O.B. ed I.V.A.S.S., titolari anche del potere ispettivo, funzionale all'esercizio della funzione di vigilanza e oggetto di tutela da parte della disposizione civilistica.

L'art. 1 del Regolamento U.E. n. 1024/2013⁶⁹, precisa che attualmente la B.C.E. ricopre «compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi», che «la portata dei compiti di vigilanza della B.C.E. si limita alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi» e che «il presente regolamento fa salve le competenze delle autorità competenti degli Stati membri partecipanti, volte ad assolvere i compiti di vigilanza non attribuiti dal presente regolamento alla BCE, e i relativi poteri». Da ciò si deduce che l'ambito della vigilanza prudenziale, prima attribuito alla sola Banca d'Italia, attualmente sia riconosciuto anche in capo alla B.C.E.; il Regolamento ha quindi provveduto ad una effettiva equiparazione *ratione materiae* tra le due Autorità, nazionale e sovranazionale. Anche solo per questo motivo, intuitivamente delineato, non avrebbe alcun senso privare la B.C.E. della qualifica di Autorità, perlomeno sul fronte della vigilanza prudenziale; d'altra parte dal punto di vista fattuale il Regolamento ha indicato fra le varie cose, che i soggetti vigilati sono tenuti ad essere sottoposti, a seguito di una decisione dell'istituto europeo, alle indagini o ispezioni *in loco* proposte da quest'ultimo. Questa decisione deve precisare – tra gli elementi essenziali – che qualsiasi ostacolo all'indagine o all'ispezione da parte della persona che vi è sottoposta costituisce una violazione della decisione della B.C.E. «fatto salvo il diritto nazionale»⁷⁰, violazione che sarà sanzionata dalla stessa istituzione. In definitiva anche se volessimo assecondare l'esistenza di una nozione tipizzata del concetto di "Autorità pubblica di vigilanza" non si incontrerebbero opposizioni nel far rientrare la B.C.E. entro tale categoria in virtù

⁶⁹ Ha delineato il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la B.C.E. e le Autorità nazionali, necessario al fine di preservare la stabilità finanziaria dell'Unione, aumentare gli effetti positivi sulla crescita e il benessere dell'integrazione dei mercati e conseguentemente, favorire la credibilità nell'Eurosistema attraverso la stipulazione di regole e prassi omogenee.

⁷⁰ Artt. 142, lett. c) e 143, comma 2, lett. b) del Regolamento n. 468/2014 della BCE.

del costante esercizio dei poteri di vigilanza prudenziale riconosciute dal Regolamento U.E.

Sappiamo inoltre che, la teoria su cui si basa la vigilanza prudenziale va ad affermare che il conformarsi a *standard* di capitale e ai coefficienti di bilancio adeguati, possa contribuire a ridurre il rischio e i costi dell'insolvenza, in modo tale da non vanificare in caso di dubbio, quanto delineato dall'art. 2638 c.c., ossia le comunicazioni trasmesse tra soggetto vigilato e vigilante richieste dalla vigilanza prudenziale, devono aver ad oggetto la situazione patrimoniale, economica o finanziaria dei vigilati⁷¹.

È essenziale approfondire anche alcuni aspetti contrastanti.

Sono diverse le disposizioni penali del nostro ordinamento che contemplano i soggetti comunitari come destinatari di condotte criminose; esemplificative sono le seguenti disposizioni: i reati contro la Pubblica Amministrazione, l'art. 322-*bis* c.p. o l'art. 640-*bis* c.p.; ciò serve a comprendere che quanto affermato precedentemente, non sembra introdurre elementi di novità nel nostro ordinamento.

Conseguentemente, una prima contestazione che potrebbe essere sollevata contro l'attribuzione della qualifica di Autorità pubblica di vigilanza è la seguente: una cosa è l'estensione da parte del legislatore delle disposizioni nazionali a tutela della generalità delle istituzioni sovranazionali in esse non espressamente menzionate, altra cosa è la specifica identificazione di un'Autorità in particolare, quale ad esempio l'espressa indicazione negli articoli della B.C.E.

In ogni caso è il legislatore nazionale che si occupa della descrizione della condotta tipica, richiedendo che il rapporto di vigilanza debba essere istituito per legge e che l'ostacolo si traduca in falsità sulle comunicazioni alle predette Autorità previste dalla legge.

Il rapporto di vigilanza in esame, quello teso a comprendere anche la B.C.E., è descritto da un Regolamento europeo, ed è indubbio che nella nozione di "legge" possano rientrare i regolamenti comunitari, ossia atti normativi dell'Unione con portata generale e carattere obbligatorio a diretta applicabilità in tutti gli Stati membri.

⁷¹ G.P. ACCINNI, *Configurabile il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza in danno della BCE?*, in *Arch. pen. web*, n. 1, 2018, p. 11 ss

Il Regolamento va a riconoscere tra l'altro alla B.C.E. funzioni di vigilanza in senso stretto, si tratta anche di quelle funzioni precedentemente appartenenti in via esclusiva alla sola Banca d'Italia⁷².

Nel caso in cui si instauri una collaborazione tra le due – così come richiesta dal M.V.U. – nell'esercizio dei poteri di vigilanza prudenziale, non sembra che sussistano ostacoli neppure a ritenere che la condotta criminosa possa avere ad oggetto entrambi gli istituti di vigilanza.

Un'altra obiezione potrebbe derivare dall'inserimento, sempre per volontà del legislatore nazionale, di un'ulteriore comma nell'art. 2638 c.c., il comma 3- *bis*, il quale sancisce «agli effetti della legge penale, le autorità e le funzioni di risoluzione di cui al decreto di recepimento della Direttiva 2014/59/UE sono equiparate alle autorità e alle funzioni di vigilanza». Si tratta della *Bank Recovery and Resolution Directive* (B.R.R.D.)⁷³, la quale introduce nei Paesi membri dell'Unione, regole armonizzate per prevenire e gestire le crisi delle banche e delle imprese di investimento nell'ambito del Meccanismo Unico di Risoluzione (M.U.R. o S.R.M. – *Single Resolution Mechanism*)⁷⁴. L'inserimento di questo nuovo comma va ad estendere lo *status* penale alle autorità e alle funzioni di vigilanza, assoggettandole alla tutela prevista dall'art. 2638 c.c.

Parlando di risoluzione di crisi bancarie, al livello nazionale la funzione di risoluzione è attribuita alla Banca d'Italia⁷⁵, mentre al livello europeo è stato

⁷² L. CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, p. 79, cit.

⁷³ La Direttiva B.R.R.D. è entrata in vigore a partire dal 1° gennaio 2015, con l'eccezione della parte relativa al *bail-in* operativa invece dal 1° gennaio 2016; la nuova disciplina estremamente innovativa, trova applicazione in tutti gli Stati membri dell'U.E. Con essa è stato introdotto un nuovo sistema di regole e strumenti per la gestione delle crisi ed è stata disposta l'attribuzione di ampi poteri all'Autorità di risoluzione. Scopo primario della Direttiva è quello di dotare la sopracitata Autorità di una serie di strumenti per gestire in maniera ordinata eventuali situazioni di dissesto, anche in via preventiva e non solo nel momento in cui il fatto si manifesta.

⁷⁴ Il 15 luglio 2014, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'U.E., con Regolamento U.E. n. 806/2014, hanno istituito il Meccanismo di Risoluzione Unico (M.U.R.) e il Fondo di Risoluzione Unico (S.R.F.). La complessità di questo meccanismo ha reso necessario adottare anche altri provvedimenti legislativi: la già descritta Direttiva n. 2014/59/UE (B.R.R.D.) e la Direttiva n. 2014/49/UE, hanno proceduto ad aggiornare i sistemi di garanzia dei depositi. Queste hanno inoltre attuato una profonda armonizzazione dei regimi nazionali di garanzia, istituiti in ogni Stato membro. Il M.U.R. è stato definitivamente attivato il 1° gennaio 2016; tutti i Paesi membri che partecipano al M.V.U., rientrano nello stesso così che il controllo e la gestione si esprimano sullo stesso livello.

⁷⁵ È necessario far presente preliminarmente che il termine "risoluzione" per l'ordinamento giuridico italiano esprime un concetto assai nuovo, ossia un modo alternativo rispetto alla liquidazione atomistica o al salvataggio pubblico (*bail-out*), volto a gestire le situazioni di insolvenza bancaria. Nell'ambito della disciplina presentata dalla B.R.R.D. la "*resolution*" è considerata come un processo di ristrutturazione e riorganizzazione della banca in dissesto, tende

istituito il Comitato di Risoluzione Unico, si può notare come si sia sviluppato un sistema di cooperazione e di coordinamento molto simile a quello definito dal M.V.U., con la distinzione che l'entrata in vigore di quest'ultimo non è accompagnata da alcuna modifica integrativa della fattispecie incriminatrice. La critica all'eventuale privazione della qualifica di Autorità pubblica di vigilanza in capo alla B.C.E. potrebbe avere senso solo in merito ad una norma incriminatrice intesa in modo rigoroso e non attraverso concetti atecnici e indefiniti. Basti pensare che il legislatore negli ultimi anni ha posto accanto alla disposizione civilistica in esame altre fattispecie di ostacolo che riguardano l'I.V.A.S.S., la C.O.V.I.P. (art. 19-*ter* d.l. 252/2005 introdotto dall'art. 6 d.lgs. 28/2007) oltre a quelle riguardanti la C.O.N.S.O.B. e la Banca d'Italia, senza che questi interventi aggiuntivi abbiano mai fornito alla dottrina e alla giurisprudenza un qualche motivo per definire l'ambito semantico del concetto di "Autorità pubbliche di vigilanza"; in questo contesto, ultima è l'introduzione del comma 3-*bis* cui non pare potergli attribuire maggiore dignità ermeneutica, nel senso di poter escludere con certezza la B.C.E. dal novero delle "Autorità pubbliche di vigilanza".

Un'altra importante osservazione si incentra sul primo comma dell'art. 2638; questo integra un reato di mera condotta finalizzato all'ostacolo che si consuma nel momento e nel luogo in cui i soggetti attivi pongono in essere la condotta criminosa ossia omettono di trasferire le comunicazioni dovute ai soggetti vigilanti ovvero espongono fatti materiali non rispondenti al vero, questo significa che la condotta si deve esplicare sul territorio nazionale, ciò è anche confermato da una pronuncia di merito dove viene indicata come «la consumazione del reato deve essere individuata nel momento in cui le comunicazioni vengono portate a conoscenza o siano comunque conoscibili, per effetto della loro divulgazione, all'Autorità destinataria delle stesse e va dunque individuata in concreto di volta in volta dipendendo dalle caratteristiche e dalle modalità intrinseche delle "comunicazioni" e dal momento in cui l'Autorità destinataria è posta in grado di avere cognizione della comunicazione»⁷⁶, non nel luogo in cui ha sede l'Autorità di vigilanza.

ad evitare la liquidazione dell'intermediario «quando gli effetti di quest'ultima risultano potenzialmente pregiudizievoli per la continuità delle funzioni essenziali della banca e per la stabilità finanziaria nel complesso», E. Spina – I. G. Bikoula, *Dal bail-out al bail-in. La BRRD e il quadro di prevenzione gestione e risoluzione delle crisi nell'Unione Bancaria*, Roma, Ecre Editore, 2015.

⁷⁶ Trib. pen. Milano, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1934, in *Riv. dir. pen. cont.*

Abbiamo precedentemente specificato che la fattispecie descritta al secondo comma integra invece un reato di evento, per la cui consumazione è fondamentale aver verificato un effettivo ostacolo alle funzioni di vigilanza, in questo caso potrebbe sollevarsi la questione della collocazione territoriale qualora l'Autorità abbia sede all'estero, nel caso di specie la B.C.E.; profilo che analogamente al primo non pone un difetto di giurisdizione italiana, quindi non si mostra come necessariamente impeditivo trattandosi di un reato la cui consumazione potrebbe riconoscersi come iniziata sul territorio nazionale.

In conclusione possiamo affermare che con l'entrata in vigore del M.V.U., si è enfatizzata la necessità – dal punto di vista politico criminale – di qualificare la B.C.E. come Autorità pubblica di vigilanza al pari degli enti italiani, ma anche a considerarla come soluzione per l'applicazione di principi di diritto al fine di evitare vuoti rispetto alle varie condotte gravi e certamente in contraddizione con la *ratio* di base del M.V.U.⁷⁷.

8. Conclusioni.

Al fine di inquadrare correttamente i temi affrontati, è necessario sottolineare in via conclusiva, come l'importanza riconosciuta dall'ordinamento alla trasparenza informativa nei confronti delle Autorità di vigilanza, sia confermata dal disvalore rivolto a situazioni di falsità ed opacità nelle comunicazioni sociali ed è proprio per tale ragione che sin dalla prima metà del Novecento queste, hanno rappresentato la figura simbolo nel diritto penale dell'economia, rilevanza evidenziata in particolar modo dal complesso apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, previsto per la repressione di condotte divergenti⁷⁸. In tale ambito l'azione penale si orienta in termini di efficienza e funzionalità essendo la normativa penale destinata ad intervenire a tutela del buon andamento dell'economia allorché i comportamenti involontari degli operatori non si conformino alle disposizioni poste a garanzia del mercato, dei singoli soci, i quali potrebbero pregiudicare i diritti e più in generale il pubblico interesse. La vulnerabilità del settore economico-finanziario porta costantemente a rischi sistemici, interconnessi, complessi, settoriali, intersettoriali e conseguentemente richiede una valutazione delle situazioni e delle istituzioni che possono entrare

⁷⁷ G.P. ACCINNI, *Configurabile il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza in danno della BCE?*, cit., 2018, p. 14.

⁷⁸ C. COSTA, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli Editore, Tomo I, 2013, p. 523.

in crisi innescando un impatto sistemico. Sono infatti le varie crisi economiche che si sono susseguite nel corso degli anni ad aver condotto a queste considerazioni; abbiamo infatti visto come la regolamentazione, oltre a rafforzare ed affinare gli strumenti della supervisione, non solo nel contesto nazionale ma anche e soprattutto in ambito comunitario, sia andata a valorizzare in maniera progressiva l'attività di vigilanza, ponendo attenzione in particolar modo, alla verifica del controllo e della gestione dei rischi, alla conformità delle condotte al testo normativo e all'adozione di criteri di trasparenza e correttezza per garantire una prudente e sana gestione⁷⁹.

L'art. 2638 c.c. nonostante la sua ambigua collocazione all'interno del codice civile, preoccupandosi della tutela delle Autorità di vigilanza e della loro funzione ha permesso di comprendere come, alla base delle punizioni inflitte dal sistema penale per la falsità documentale, sia necessario in primo luogo l'identificare la natura, la portata del medesimo e in via successiva l'individuare il tipo di "falsità" analizzandola anche nel suo significato. Nel caso di specie è proprio la disposizione in esame ad intervenire irrogando sanzioni finalizzate a ripristinare l'equilibrio sistemico violato con condotte dolose – si tratta dell'intenzione di ingannare o di indurre in errore i destinatari – e volte a delineare il quadro normativo entro cui gli amministratori, i soci da una parte e gli *stakeholders* dall'altra, debbono muoversi.

Con riguardo al profilo sovranazionale, si è parlato nei paragrafi precedenti anche del fondamentale contributo fornito dal M.V.U., il quale una volta analizzato il ruolo della B.C.E. in materia, risponde alla necessità di recuperare e mantenere la stabilità finanziaria quale condizione indispensabile per la crescita di tutti gli Stati membri dell'Eurozona.

Nel contesto europeo la concentrazione di funzioni in un'unica entità avrebbe dato luogo ad un carico operativo difficilmente gestibile, per questo motivo si è mostrata congeniale l'individuazione di autorità differenti – nonostante i compiti vengano attribuiti sempre ai medesimi soggetti le banche – evitando così che i rischi derivanti dalla complessità strutturale possano compromettere la fluidità e l'efficacia del processo decisionale creando sovrapposizioni nello svolgimento delle funzioni⁸⁰.

⁷⁹ G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria, Profili economici e giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p.52 ss.

⁸⁰ Intervento di C. BARBAGALLO, *La vigilanza bancaria unica: sfide ed opportunità*, in *Ass. banc. It.*, 2015, p. 5 ss.

Proprio a tal fine è stato istituito il Regolamento n.1024/2013, che ha delineato il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la B.C.E e le Autorità nazionali, necessario al fine di preservare la stabilità finanziaria dell'Unione, aumentare gli effetti positivi sulla crescita e il benessere dell'integrazione dei mercati⁸¹ e conseguentemente, favorire la credibilità nell'Eurosistema attraverso la stipulazione di regole e prassi omogenee.

Il Sistema europeo al fine di garantire un'integrazione comunitaria di alto livello qualitativo, fa riferimento alle Autorità di vigilanza nazionali, relativamente al processo decisionale e alla gestione operativa della vigilanza, per la praticità e la competenza maturata nell'esercizio dell'attività di supervisione⁸², nonostante le significative responsabilità e la discrezionalità cui è investita la B.C.E., a prova del suo ruolo sovraordinato e della sua tendenza accentratrice nell'assolvimento delle funzioni di controllo⁸³.

Nonostante la fondatezza delle cause che hanno portato all'abbandono del modello di vigilanza nazionale armonizzata è ancora vivo il dibattito circa la preferenza di un potere centralizzato o meno. Non si è giunti ad una conclusione definitiva; questo studio ha condotto solo ad una considerazione oggettiva: non è possibile prevedere l'applicazione dello stesso modello per tutte le situazioni, per cui una soluzione ultima non è agevolmente individuabile in quanto muterebbe caso per caso in funzione dei mutamenti economico – sociali del contesto in cui si applica.

Da quanto appena affermato è possibile comprendere come ancora oggi in molti Stati esista un problema di vigilanza non risolvibile con la sola introduzione del M.V.U.⁸⁴ nonostante la speranza del suo funzionamento sia insita nella cooperazione tra B.C.E. e A.N.C.

⁸¹ Considerando 5, Regolamento Ue, del 15 ottobre 2013, n. 1024, che attribuisce alla B.C.E. compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, cfr. anche F. Capriglione, *Considerazioni a margine di un provvedimento della Banca d'Italia sull'entrata in funzione del Single Supervisory Mechanism*, in *Apertacontrada*, n. 2, 2014, il quale ha indicato che il Regolamento 1024/2013, all'art. 9, prevede una doverosa cooperazione in buona fede comprendente anche un obbligo di scambio delle informazioni.

⁸² C. Barbagallo, *La vigilanza bancaria tra presente e futuro*, Relazione al seminario *Vigilanza bancaria e correttezza nelle relazioni con la clientela*, Università Luiss Guido Carli, 2014, p. 10,

⁸³ *Relazione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio*, 2012, par. n. 1, parla di "univocità di comando" per qualificare la posizione della B.C.E. nel quadro del M.V.U.; in tal senso anche L. Torchia, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2015, p. 7 ss. *contra* M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2013, p. 986, secondo cui il Meccanismo di vigilanza unico rappresenta invece un modello peculiare di cogestione dei poteri amministrativi in cui la cooperazione tra i due livelli si realizza tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale.

⁸⁴ Audizione di C. BARBAGALLO, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano*, Camera dei deputati, 2015, p. 6.

Breve osservazione sui delitti contro la personalità dello stato. Spunti critici e giurisprudenziali.

di Pierluigi ZARRA*

SOMMARIO: **1.** L'evoluzione normativa dei delitti contro la personalità dello Stato. **2.** L'aspetto "antropomorfo" della personalità statale. **3.** La struttura dell'illecito: i delitti d'attentato. **4.** La legislazione emergenziale. **5.** Attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato. **6.** Attentato per finalità terroristiche o di eversione. **7.** L'art. 280 e 280bis del codice penale. Il rapporto di specialità. **8.** Atto di terrorismo con ordini micidiali o esplosivi. **9.** Insurrezione armata contro i poteri dello Stato. **10.** Devastazione, saccheggio e strage. **11.** I delitti associativi per finalità eversive, sovversive e terroristiche. **12.** Le associazioni sovversive. **13.** Il rapporto di specialità tra le associazioni sovversive e le associazioni con finalità terroristiche. **14.** Associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico. **15.** La definizione giurisprudenziale di terrorismo. **16.** Le condotte di addestramento e di arruolamento con finalità terroristiche. **17.** La banda armata.

ABSTRACT: The purpose of this contribution is to make it easier to understand the crimes contained within the first title of the second book of the Italian Criminal Code, in the field of crimes against the personality of the State, with particular reference to the primary types of crimes that constitute the substantive regulatory framework. In order to provide a more complete and complex legal overview, it was considered essential to include, for the individual forms of crime, a detailed jurisprudential reference, with the main rulings of the Italian Constitutional Court and the Italian Supreme Court: this is certainly necessary to allow the reader to learn about the most influential decisions on the matter.

1. L'evoluzione normativa dei delitti contro la personalità dello Stato.

Il presente elaborato suole proporre un'attenta analisi del complesso insieme delle varie figure criminose che ledono ed offendono una serie di diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico, con particolare riferimento a tutte le

* *Dottore in giurisprudenza presso l'Università degli studi di Foggia nonché specializzando in professioni legali presso l'Università "La Sapienza" di Roma.*

forme di reato che, nella struttura gerarchica dei beni protetti nella parte speciale del codice penale, offendono l'interesse ed il diritto politico di ogni singolo membro della collettività, ma altresì provvede a sanzionare quelle condotte idonee ad alterare, modificare, stravolgere la struttura democratica dello Stato: il legislatore del '30 ha infatti collocato all'interno del primo titolo del codice penale i delitti politici per eccellenza, intitolandoli "delitti contro la personalità dello Stato". La scelta adottata da parte del legislatore ben sottintende l'intenzione dello stesso a dar maggior rilievo alla tutela della personalità dello Stato, infatti il codice Rocco ha voluto, anche in modo simbolico, evidenziare l'importanza prioritaria che la tutela penale dello Stato sia il primario, ed emblematico, interesse dell'ordinamento, anche a discapito di altre condizioni oggettive meritevoli di tutela: scelta dettata dalla concezione di Stato così come indotta dal regime fascista che ha inesorabilmente influenzato la cultura penalistica del codice¹. L'esigenza di procedere all'emanazione di un preciso e complesso costrutto penale che sanzionasse le più gravi ed efferate condotte che ponessero in reale pericolo la stabilità statale trova fondamento ancor prima del codice Rocco. Primo, in ordine di tempo, tra le codificazioni che hanno provveduto ad istituire apposite fattispecie di reato poste a tutela della persona giuridica dello Stato vi è il codice del Regno delle Due Sicilie: in cui, per la prima volta, si giunse a distinguere le attività dirette ad abbattere o modificare il potere politico da quelle svolte al fine esclusivo di spargere il malcontento; "riservò la pena capitale ai soli colpevoli di delitti realmente pericolosi per la stabilità politica"². Il codice del 1930 si è ispirato a principi nettamente opposti, affermando essere non soltanto la sicurezza dello Stato l'unico vero obiettivo da tutelare penalmente, ma anche tutto quel complesso di interessi fondamentali di altra indole, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la propria personalità³ ed il proprio grado di supremazia garantista. Si consideri che i maggiori interessi penalmente tutelabili vengono definiti mediante un processo di valutazione sulla meritevolezza del bene giuridico, fino a giungere alla ricerca del miglior prestigio politico che allo Stato compete valutare e considerare in rapporto al profondo mutamento costituzionale verificatosi nell'immediato dopoguerra. Occorre, in tal

¹ Forme di illecito punite più vistosamente e direttamente connesse al regime fascista. In riferimento a ciò, si veda

T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nell'età della codificazione*, in *Questione criminale*, n.1, 1981, p. 90.

² R. MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 11.

³ R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, parte speciale, tomo primo*, Torino, U.T.E.T., 1957, p. 7.

caso, chiedersi se in un processo di inversione degli interessi statuali sia necessario intervenire nel ridefinire l'impostazione normativa che il codice penale ha assunto dal 1930 sino ai nostri giorni, dando maggior valore a principi diversi rispetto alla personalità dello Stato, favorendo tutto ciò che concerne le individualità e le libertà generalmente riconosciute al cittadino, sia dalla legislazione ordinaria statale che da quella comunitaria ed internazionale. L'impostazione tradizionale contenuta dal codice penale, nel primo titolo, appartiene al sistema dittatoriale fascista che pone l'accento sull'autorità dello Stato, il quale non è un'entità che si contrappone agli individui per opprimerne le personalità e soffocarne le libertà, ma "è una realtà in cui la collettività trova garanzia ed ausilio per il perseguimento di finalità superiori"⁴. Il titolo primo del libro secondo del codice penale contiene le fattispecie di reato che offendono e ledono la personalità dello Stato. Il suddetto titolo è suddiviso in cinque capi. Il primo capo sanziona i delitti contro la personalità dello Stato; il secondo riguarda i delitti contro la personalità interna dello Stato; il terzo capo annovera le fattispecie di delitto contro i diritti politici del cittadino; il quarto, invece, i delitti contro gli Stati esteri ed infine le disposizioni generali e comuni ai capi precedenti. La scelta di criminalizzazione adottata dal legislatore riveste un determinato significato politico-ideologico, da cui emerge anche la tendenza ad anticipare la soglia di punibilità rilevante grazie all'utilizzazione del delitto di attentato, concepito quale modello delittuoso di per sé idoneo a reprimere fatti non ancora penalmente rilevanti, secondo la classica definizione riconducibile alla figura del tentativo, di cui all'art. 56 del codice penale. Risulta alquanto facile dedurre che il codice penale abbia subito numerose e peculiari modifiche in rapporto alle forme di reato contenute nel titolo primo del medesimo: le principali fattispecie criminali contenute attualmente all'interno del codice sono il frutto di un lungo e particolare processo di proliferazione normativa, derivante dalla legislazione emergenziale che ha caratterizzato un ampio periodo storico del Paese, in cui si sono susseguiti svariati fenomeni terroristici di matrice politica, negli anni '70 del secolo scorso.

2. L'aspetto "antropomorfo" della personalità statale.

L'interesse protetto riguarderebbe la persona fisica e giuridica dello Stato in sé, nella sua concezione unitaria e nella propria identità operativa, non solo giuridica, ma anche fattuale. Il legislatore, nel codice Zanardelli del 1889, disponeva che i reati contro la personalità dello Stato derivassero da interessi

⁴ M. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1984, p. 17.

politici fondamentali, in cui lo Stato intendesse esercitare e manifestare concretamente la propria personalità, anche autoritaria. All'interno del codice del 1889, i diritti politici del cittadino andavano tutelati in quanto espressione della libertà individuale, quindi nel pieno interesse del singolo. Nel sistema del codice Rocco, invece, la tutela penale dei diritti politici viene accordata nella finalità ulteriore che il cittadino possa partecipare, mediante le svariate forme riconosciute dal sistema costituzionale, al corretto funzionamento dell'apparato statale, nei limiti e nei casi imposti, in cui tale partecipazione viene riconosciuta dall'ordinamento giuridico stesso. In considerazione di ciò, la legge penale non si limita a riconoscere i diritti e gli interessi dei cittadini in quanto tali, ma li disamina quali strumenti e mezzi per assicurare, in ogni ambito ed in ogni campo, la precipua affermazione dello Stato quale garante collettivo. Si tratta, quindi, di forme di reato che offendono ed aggrediscono la sicurezza stessa della Nazione e dell'apparato statale. Il legislatore vuole far intendere che lo Stato ha una sua esistenza e un valore intrinseco, al punto di rappresentarlo "antropomorficamente" come ente dotato di personalità autonoma⁵, infatti è quest'ultima l'oggetto della tutela penale rispetto ai fatti che mettono lo stesso nella condizione di doversi difendere da offese e pericoli esterni. Non può quindi dubitarsi che lo Stato sia, oltre che un ente reale, anche una persona giuridica, anzi, la più eminente persona giuridica di diritto pubblico, così come riferisce autorevole dottrina: "lo Stato è un ordinamento giuridico che in Italia assume la qualità di persona giuridica in tutte le sue manifestazioni"⁶. L'oggetto del reato si identifica, in forma completa, con il soggetto passivo che è la persona giuridica dello Stato. Premettendo che gli interessi che formano l'oggetto della tutela penale sono interessi pubblici, spesso si verifica che lo Stato assuma come propri gli interessi della collettività, che si concretizzano in determinate persone fisiche o in altri soggetti con qualificazione giuridica. Nel caso dei delitti di cui al titolo primo del libro secondo del codice penale, l'interesse protetto attiene sempre alla persona stessa dello Stato, in sé considerata, cioè nei riguardi di quei principi fondanti: sulla struttura stessa che permette l'esistenza del Paese, sugli apparati statali che operano a vantaggio di tutti: lo Stato, quindi, è la fonte d'ogni tutela giuridica e provvede a difendere se stesso, per tutelare gli altri e la sua collettività sociale. La nozione dei reati contro lo Stato, quale ente giuridico e politico, trova forza già nel primario interesse relativo alla conservazione,

⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. 1, Bologna, Zanichelli, 1997, p. 2.

⁶ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1932, p. 49. In senso conforme D. DONATI, *La personalità reale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1921, p. 3.

autonomia ed indipendenza dell'ente Stato che gli internazionalisti chiamano "diritti fondamentali degli Stati", ciò costituisce la ragione generale della repressione dei delitti contro la sicurezza dello Stato. La natura giuridica dei delitti che verranno trattati nel presente contributo sono caratterizzati dal criterio di difesa necessaria che trova base sugli interessi fondanti dello Stato, infatti è la sicurezza dello Stato, quale bene giuridico primario, ad essere aggredito e ciò obbliga lo stesso a porsi in posizione difensiva nei riguardi di tutte le possibili forme di aggressione previste dall'ordinamento. Nonostante ciò, una simile concezione della tutela penale riservata alla personalità dello Stato presta il fianco a numerose obiezioni. La categoria della personalità dello Stato non riesce a riflettere sul piano prettamente concettuale quale sia realmente il bene giuridico meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico, soprattutto se si considera che la personalità statale coincide direttamente con la tutela dei diritti politici riconosciuti dall'ordinamento nei confronti della collettività. Il concetto di personalità dello Stato tende, da un lato, ad enfatizzare la dimensione valoriale dello Stato, inteso quale entità personificata e dotata di vita propria, dall'altro lato, occulta più di quanto non indichi il reale, effettivo e specifico interesse che l'ordinamento è tenuto a garantire: l'ossequioso rispetto dei diritti politici riconosciuti dalla legislazione nazionale ed internazionale. Nella dogmatica è consolidato il pensiero secondo cui non sia possibile effettuare una specifica distinzione tra le forme di delitti che offendono e ledono la personalità interna dello Stato ed internazionale, infatti tale discrasia, seppur formale, è una vera e propria forzatura di natura codicistica, sorta dall'esigenza legislativa, di differenziare strutturalmente le numerose modalità e forme di aggressione contenute nel titolo primo. Non a caso è possibile affermare che il capo primo sia caratterizzato dal fatto che, al suo interno, viene individuato un valore meramente classificatorio, caratterizzato dalle tipiche forme di reato che ledono il prestigio e la sicurezza interna della Nazione. Il secondo capo, invece, riguarderebbe quelle condotte volte a turbare l'ordinamento nella sua concezione e struttura verticistica, organicistica e democratica, quindi in azioni dirette a ledere gli organi costituzionali ed il loro regolare ed ordinario funzionamento.

3. La struttura dell'illecito: i delitti d'attentato.

In primo luogo viene in rilievo che il legislatore, nel processo di strutturazione del suddetto titolo, abbia predisposto un'anticipazione della soglia della

punibilità⁷, ritenendo penalmente rilevanti anche gli atti meramente preparatori⁸. In riguardo a ciò si afferma che la struttura delle fattispecie di reato inerente alla personalità dello Stato sia caratterizzata dalla tipica figura del delitto di attentato, contraddistinta dalla presenza dell'espressione "atti diretti a"⁹. Secondo una parte della dottrina¹⁰, infatti, la formula in esame andrebbe interpretata dando rilievo all'elemento soggettivo che sorregge l'azione, rilevante ai fini penali, posta in essere dal reo, ovvero il delitto di attentato, il quale si può configurare nel momento in cui vengono posti in essere atti diretti in modo non equivoco a cagionare il fatto previsto dalla norma, ma l'atto meramente preparatorio è un'azione già strutturata e sorretta da una volontà specifica dell'agente, orientata alla commissione del reato. Secondo i sostenitori della teoria oggettivistica¹¹, l'atto meramente preparatorio non necessita di alcuna carica strettamente soggettiva e psicologica, infatti, l'attentato non si costituisce solo da un processo intenzionale, volitivo, ma assume rilevanza penale esclusivamente in ossequio al generale principio di idoneità ed offensività dell'azione, di cui all'art. 49 del codice penale. In considerazione di ciò l'atto preparatorio contiene in sé valenza penale nel momento in cui viene accertata l'idoneità dell'azione preparatoria. La Cassazione a Sezioni Unite con sentenza del 1970 n.1 ha chiarito che la condotta di attentato vada assolutamente distinta dalla generale ed ordinaria struttura del tentativo, di cui all'art. 56 del codice penale, poiché l'ipotesi di attentato trova fondamento dall'esigenza di reprimere le più gravi ed efferate forme di reato che possono essere perpetrate in danno allo Stato, quindi risponde ad un'esigenza di politica-criminale volta a difendere lo stesso da attacchi esterni volti a sovvertire, offendere, ledere, distruggere e porre in pericolo la sicurezza della Nazione. Al tempo stesso, le Sezioni Unite hanno dato particolare rilievo all'ordinaria procedura di valutazione ed accertamento del delitto di attentato, mediante l'adozione del processo di giudizio prognostico, che si realizza con una valutazione *ex ante* ed *ex post* sul fatto tipico, in cui spetta al giudice, nel caso concreto, valutare se l'atto meramente preparatorio sia idoneo ad offendere, a porre in pericolo, il bene

⁷ E. GALLO E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Patron, 1984, p. 17 e ss.; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche*, p. 49.

⁸ G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in Riv. It. Dir. proc. pen., 1986, pag. 672.

⁹ R. BETTIOL, *Considerazioni in tema di delitto d'attentato*, in *Indice penale*, 1975, p. 36.

¹⁰ A. CRISPI, F. STELLA, G. ZUCCALA', *Commento breve al codice penale*, Padova, Cedam, 2003, p. 1247. E. GALLO- E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Patron, 1984.

¹¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 450-451.

giuridico tutelato dalla norma, quindi risponderebbe, senza dubbio, alla classica definizione e struttura dei reati di pericolo concreto. Le fattispecie di reato presenti nel titolo I del libro II del codice penale possono essere strutturalmente ricondotte alla formazione tipica dei delitti oggettivamente politici, di cui all'art. 8 del codice penale, in cui il legislatore ritiene sanzionabile quelle forme di reato che tendono ad offendere, ed a mettere in pericolo, l'ordinario processo di espletamento dei diritti essenziali del cittadino e dello Stato stesso nell'attività di partecipazione politica alle scelte della Nazione, e che nel contempo privano lo Stato di qualsiasi forma di autorità, sia politica che sociale.

4. La legislazione emergenziale.

La legislazione penale speciale che si è sviluppata, con particolare vigore, a partire dagli anni settanta del secolo scorso ha apportato numerose modifiche nelle strutture delle singole fattispecie di reato che rientrano nel novero dei delitti contro la personalità dello Stato, in special modo alle forme di delitti di natura associativa con finalità di carattere politico, nello specifico agli atti di terrorismo. La legislazione emergenziale ha predisposto nuove forme di reati, con conseguente inasprimento del regime sanzionatorio per i fatti di terrorismo e per le più efferate manifestazioni criminali avverse alla personalità dello Stato. Tra le prime operazioni si annovera l'introduzione delle fattispecie del sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, agli art. 289-bis, introdotto dall'art. 4, d.l. 21 marzo 1978, n. 59, poi convertito in legge n. 191 del 1978; l'associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, art. 270-bis, aggiunto dall'art. 3, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito nella legge 6 febbraio 1980, n. 15; l'attentato per finalità di terrorismo o di eversione, art. 280, introdotto dall'art. 2, decreto legge 625 del 1979, ed infine il decreto legge del 27 luglio 2005, convertito in legge 31 luglio 2005, n. 155, che ha inserito il delitto di arruolamento ed addestramento con finalità di terrorismo anche internazionale, di cui all'art. 270-quater e quinquies. Si tratta, quindi, di una serie di disposizioni normative che riprendono ed accentuano il ruolo primario delle componenti soggettive dell'illecito penale, con particolare riguardo ai fenomeni criminali di natura terroristica e di eversione¹² che meritano un trattamento sanzionatorio differenziato da altre figure di reato; risponde quindi ad un'esigenza ulteriore da parte del legislatore chiamato ad intervenire, con urgenza, nel reprimere fenomeni di particolare gravità ed efferatezza. Tra le varie fattispecie di reato che hanno subito un'essenziale modificazione

¹² N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 13.

strutturale è doveroso riportare quanto introdotto dalla L. 85 del 2006 che, oltre a predisporre precise innovazioni in merito ai reati di opinione, è intervenuta nel riformare l'art. 241 del codice penale, il quale sanziona gli attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato. Con la seguente modifica, il legislatore ha ritenuto indispensabile disporre un ulteriore aspetto in merito al parametro dell'idoneità della condotta di attentato, integrando anche il requisito della violenza: tale fattispecie include tutte quelle condotte idonee a ledere l'integrità, l'indipendenza e l'unità statale, oltre ad essere caratterizzata dal requisito della unidirezionalità ed unilateralità degli atti, tali da manifestare concretamente l'intento criminoso del reo e della sua condotta delittuosa, la quale deve contenere anche un livello di violenza singolare, che fortifica ulteriormente la lesività, anche potenziale, dell'agire del reo. Il processo di innovazione legislativa, susseguitasi a partire dagli anni '70 del secolo scorso, sono il primario tentativo, da parte dello Stato, a fronteggiare situazioni emergenziali di ordine pubblico¹³, particolarmente gravi, e si inquadrano nell'ottica complessiva di una più accentuata difesa dello Stato contro ogni forma e manifestazione di eversione politica del sistema costituzionale-democratico vigente. La prima legge 191/1978 ha inserito all'interno dell'assetto normativo, inerente alle ipotesi criminose dei delitti contro la personalità dello Stato, il delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione. È l'art. 289 bis del codice penale a sanzionare la forma di sequestro di persona per finalità terroristiche, a dimostrazione della linea di politica criminale imposta dal legislatore nel voler reprimere il diffuso fenomeno del sequestro politico¹⁴ che, nel contempo, è la palese manifestazione di un'eccezionale pericolosità sociale che si concretizza con la presente condotta di sequestro.

5. Attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato.

L'art. 241 del codice penale è annoverato tra le principali forme di reato che incidono e ledono la personalità dello Stato. La struttura normativa del presente articolo rientra tra le forme tipiche del delitto di attentato, ovvero un reato a consumazione anticipata, dove anche l'atto preparatorio assume rilievo penale, poiché costituisce un atto diretto a commettere un determinato delitto che lede la persona dello Stato. Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato dell'art. 241 del codice penale consiste nell'integrità del territorio dello Stato, la propria

¹³ G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 34.

¹⁴ A. DALIA, *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo od eversione*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 13.

indipendenza ed unità¹⁵: l'interesse politico unilaterale, quale "sacro egoismo", è il reale criterio dominante nei rapporti internazionali, è la regola principale" di ogni Stato che tiene e difende, sino a che può, ciò che ha bene o male acquistato"¹⁶. Non a caso è proprio il principio di nazionalità a ricoprire un ruolo apicale all'interno dell'individuazione del bene giuridico oggetto di tutela, il quale corrisponde ad un elevatissimo ideale di umanità, di giustizia, oltre che trovare riferimento nella concezione fattuale di Stato e territorio statale, inteso quale ambito circoscritto meramente spaziale in cui lo Stato esercita il proprio dominio e dispone le proprie forze, per garantire il rispetto delle norme dell'ordinamento. Per territorio dello Stato si deve intendere, quindi, la mera estensione territoriale, marittima ed aereo-spaziale della Repubblica, con diretto richiamo a quanto disposto dall'art. 4 del codice penale, in cui il legislatore enuclea, con particolare determinatezza e chiarezza, quali siano i parametri e la definizione stessa del territorio, con esplicito riferimento anche alle navi ed agli aeromobili italiani che sono considerati dall'ordinamento quale territorio dello Stato, ovunque essi si trovino. In questo caso il territorio dello Stato viene quindi protetto contro ogni tentativo di sottoporlo alla sovranità di uno Stato straniero, cioè al dominio effettivo e completo di un'altra potenza estera. La nozione di indipendenza fa riferimento alla condizione di assoluta mancanza di vincoli di soggezione dello Stato italiano, territorialmente sovrano e soggetto solo alla propria autorità, con altre Istituzioni straniere, e quindi il riferimento diretto a tutte le relazioni esterne tenute dallo Stato con altri Stati. Non possono ritenersi indipendenti quelle realtà nazionali che, pur essendo considerate territorialmente sovrane dal diritto internazionale, non hanno una propria autonomia interna organizzativa o nei rapporti internazionali, che cioè sono soggetti ad un'ingerenza tale da privare queste realtà della concreta possibilità di esercitare, direttamente e liberamente, i propri poteri sovrani. "L'azione criminale che lede l'indipendenza dello Stato può anche realizzarsi tramite fatti meramente transitori, come ad esempio l'occupazione di un ufficio statale da parte di uno Stato estero"¹⁷. Tralasciando codesto esempio che manifesta un'attività criminale concreta, è possibile ritenere che l'azione di menomazione dell'indipendenza di uno Stato possa realizzarsi anche soltanto mediante un'attività di ingerenza tra lo Stato italiano ed uno Stato straniero. Il terzo oggetto possibile del delitto previsto dall'art.

¹⁵ G. MAGGIORE, *Diritto penale, Parte Speciale*, vol. II, tomo I, Bologna, Zanichelli, 1948, p. 32.

¹⁶ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale. Delitti contro la personalità dello Stato*, vol. IV, Torino, U.T.E.T., 1934, p.19.

¹⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Torino, U.T.E.T., 1934, p. 22.

241 del codice penale attiene all'unità dello Stato. Per unità, infatti, si intende la struttura unitaria, democratica, costituzionale dello Stato¹⁸, ci si riferisce, quindi, alla compagine territoriale-costituzionale del nostro Stato. La condotta penalmente rilevante è caratterizzata dalla predisposizione, da parte del reo, di atti diretti a menomare l'indipendenza e l'unità dello Stato, ovvero si tratta di atti diretti a stravolgere, menomare l'entità statale. La condotta penalmente rilevante necessita di un ulteriore requisito tipico che fa riferimento alla violenza predisposta dal reo. In questo senso la Corte di Cassazione, ed in maniera conforme anche la dottrina prevalente, sono soliti ritenere che, ai fini della corretta integrazione del suddetto reato, la condotta diretta, prevista dalla norma, deve manifestarsi in maniera violenta, con richiamo alle forme di violenza propria, ovvero quelle condotte caratterizzate dalla manifestazione di un'energia fisica sulle persone e sulle cose, da parte dell'autore del reato, a differenza delle forme di violenza impropria, caratterizzate da una generale forza di natura coercitiva volta a sopprimere ed alterare la libera volontà del soggetto. Il delitto si consuma nel momento in cui l'agente pone in essere il fatto diretto ed idoneo a realizzare l'evento descritto dalla norma. Il dolo richiesto dalla suddetta fattispecie è generico, infatti l'agente prevede e vuole commettere un fatto lesivo idoneo e diretto ad arrecare l'evento previsto dalla norma.

6. Attentato per finalità terroristiche o di eversione.

L'art. 280 del codice penale sanziona le condotte di attentato per finalità terroristiche o di eversione. Il presente articolo è stato inserito all'interno del codice penale dalla Legge 15 del 1980. Il delitto di attentato per finalità terroristiche o di eversione trova il proprio fondamento normativo dall'interesse essenziale alla difesa dell'organismo statale, ma soprattutto al processo di massimizzare le forme di tutela alla vita ed all'incolumità personale della collettività che siano fatti segno di azioni al solo scopo di provocare uno stato di timore, di panico, nella collettività: "azioni idonee a destabilizzare le basi del sistema democratico"¹⁹. La suddetta fattispecie di reato è da considerarsi quale reato plurioffensivo, poiché l'interesse tutelato dalla norma non si limita a fare riferimento alla sicurezza dello Stato, all'integrità dell'ordinamento, alla tutela dell'ordine pubblico, ma si estende anche nei riguardi dell'incolumità fisica, personale, del singolo cittadino, vittima dell'attentato. Trattasi di reato comune,

¹⁸ P. CHIMENTI, *Manuale di diritto costituzionale fascista*, Torino, U.T.E.T., 1934, p. 101.

¹⁹ G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 91.

poiché il fatto può essere commesso da qualsiasi soggetto: cittadino, straniero, militare. La condotta penalmente rilevante consiste nell'attentare alla vita ed all'incolumità della singola persona, ma nel contempo l'atto criminale è predisposto con finalità dirette a turbare ed a menomare, a pregiudicare l'ordine pubblico istituzionale²⁰, quindi il fatto tipico del delitto è costituito da un attentato, la cui essenza è permeata dal finalismo che muove l'azione del reo. Va inoltre considerato che il bene vita e l'incolumità personale rivestono, senza dubbio, un ruolo di rilievo all'interno dell'ordinamento penale; da qui ne consegue un differente trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie incriminatrice, a seconda che il pericolo, ingenerato dall'azione criminale, involga l'uno o l'altro bene giuridico. Non sorgono dubbi in merito alla relazione tra l'attentato alla vita, che può configurarsi tutte le volte in cui il reo commetta un tentativo di omicidio, o comunque, un fatto concretamente idoneo a provocare la morte della vittima; alcuni dubbi potrebbero sorgere in ordine alla portata applicativa del concetto di incolumità personale. Appare scontata la certezza che il presente articolo proceda a sanzionare condotte dirette a cagionare lesioni personali, ma non è possibile tenere in considerazione e stabilire se, all'interno del paradigma normativo presente, sia possibile annoverare anche le condotte dirette semplicemente a percuotere. Dal punto di vista prettamente giurisprudenziale occorre citare due sentenze della Corte di Cassazione del 2014²¹ e del 2015²² in cui si è affermato che la condotta delittuosa deve poter arrecare, effettivamente, un grave nocumento al Paese, e nel contempo l'azione lesiva deve consistere in atti diretti in modo non equivoco ed univoco, tali da manifestare concretamente il raggiungimento di una intenzione chiara e diretta con l'esplicazione di una direzione teleologica dell'azione. Si tratta di un reato di pericolo concreto in cui il giudice è tenuto a predisporre il paradigma del giudizio prognostico in cui l'organo giudicante è tenuto a valutare, *ex ante* ed *ex post*, l'effettiva idoneità ed offensività della condotta, posta in essere dal reo, la quale deve essere realmente lesiva. Il dolo richiesto dalla fattispecie è specifico²³, poiché l'atto diretto ad attentare alla vita ed all'incolumità di una singola persona è sorretto dal movente terroristico, da un'ideologia politica, quindi dalla presenza di un fine ultroneo. Il dolo specifico richiesto dalla norma esclude la possibilità che la fattispecie di reato descritta possa includere anche il dolo eventuale, così

²⁰ Così anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Torino, U.T.E.T., 1981, p. 30.

²¹ Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2014, n. 28009.

²² Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 2015, n. 34782.

²³ Cass. pen., Sez. I, 1 dicembre 2015, n. 47479.

come definito dalla stessa Corte di Cassazione con una recente sentenza del 2017²⁴. La norma prevede inoltre un aggravamento della pena nel caso in cui l'attentato provochi lesioni gravi o gravissime, la morte della vittima, o se il fatto è rivolto contro persone che esercitano funzioni giudiziarie, penitenziarie, ovvero di sicurezza pubblica, nell'esercizio o causa delle loro funzioni. La stessa norma, all'ultimo comma, si riferisce alle circostanze attenuanti che, qualora siano concorrenti con le aggravanti di cui al secondo e quarto comma del suddetto articolo, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti. Al riguardo è fondamentale riportare la decisione assunta dalla Consulta con la sent. 194 del 1985: la Corte Costituzionale ha ribadito che il mancato riconoscimento del principio di equivalenza o prevalenza della attenuanti sulle aggravanti non sia manifestamente infondato, riconoscendo una totale assenza di violazione del principio di eguaglianza, poiché l'intento della norma attiene alla creazione di un nuovo regime sanzionatorio differenziato nei confronti dei terroristi.

7. L'art. 280 e 280bis del codice penale. Il rapporto di specialità.

La fattispecie di attentato per finalità terroristiche o di eversione è direttamente collegato, in rapporto di specialità, art. 15 c.p., con l'art. 280bis, in cui il legislatore ha volutamente predisposto una forma speciale di sanzione nei riguardi delle fattispecie di attentato realizzate mediante l'uso di dispositivi esplosivi o micidiali. In tale fattispecie il legislatore interviene per predisporre un'ulteriore forma di tutela nei confronti dei beni giuridici dell'ordine pubblico, sicurezza pubblica, incolumità pubblica, ed anche proprietà privata e beni pubblici, infatti la natura plurioffensiva del reato consente di sanzionare una specifica modalità di aggressione al bene giuridico, che non è menzionata nella precedente fattispecie dell'art. 280 del codice penale.

8. Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi.

La fattispecie del delitto di atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi, di cui all'art. 280 bis, è stata inserita all'interno del codice dall'art. 3 comma 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 34. Con la presente legge l'Italia ha ratificato la "Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante l'utilizzo di esplosivo", adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 15 dicembre del 1997²⁵. La scelta che ha regolato i lavori della Convenzione

²⁴ Cass. pen., Sez. I, 28 marzo 2017, n. 44850.

²⁵ La normativa in esame, all'art. 2 della Convenzione, dispone che ogni Stato "deve punire ogni persona che illecitamente e intenzionalmente cagiona, colloca, o fa esplodere o detonare un

trova fondamento dalla preoccupazione per l'eccessivo proliferare di atti di terrorismo, nelle più svariate forme e possibili manifestazioni, e mira a sviluppare la cooperazione giudiziaria internazionale fra gli Stati, per elaborare, formare, ed "adottare misure efficaci di contrasto a tali fenomeni, non solo dal punto di vista meramente normativo, ma anche investigativo e repressivo"²⁶. Nel processo di attuazione delle nuove prospettive adottate con la ratifica della Convenzione del 1997, la legge in esame riesce a soddisfare due esigenze primarie e complementari: per un verso procede a costituire una nuova figura criminosa, precedentemente inesistente, ovvero l'art. 280 bis c.p.; dall'altra, opera un precipuo rinnovo contenutistico di alcune disposizioni del codice e di leggi speciali, rispondendo quindi all'esigenza primaria di strutturare un assetto normativo capace di fronteggiare qualsiasi forma di illecito di natura terroristica. Il presente articolo è caratterizzato dal diretto riferimento alla condotta della fattispecie del danneggiamento, che ovviamente si ritiene assorbita già nella presente forma di reato contro la personalità statale. Il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui vengono posti in essere atti idonei e diretti al danneggiamento. La disposizione impiega il verbo "danneggiare". Il presente concetto risulta alquanto vago e generico, ed induce a ritenere che il delitto possa essere integrato da una serie di condotte, seppur differenti tra loro, ma che siano altresì accumulate dalla lesione di beni mobili o immobili. L'illecito in esame rientra, quindi, tra i delitti mediante danneggiamento, in cui quest'ultimo reato contro il patrimonio non ha una propria autonomia, ma è una possibile modalità di realizzazione dell'illecito, posto a tutela dei beni giuridici disposti dalla norma. Tra le possibili modalità di realizzazione del danneggiamento potrebbero rientrare le condotte di distruzione, che consistono nell'annientamento della cosa nella sua funzione originale, volta a soddisfare l'esigenze dell'avente diritto. L'inservibilità, invece, si verifica quando il bene viene reso inutilizzabile, in tutto o in parte, rispetto alla destinazione originaria, per un tempo apprezzabile. La dispersione riguarda solo i beni mobili e si configura quando il bene in esame esce dalla disponibilità del titolare, in modo da rendere impossibile o eccessivamente oneroso e difficoltoso il ripristino originale del bene. Il

ordigno esplosivo o altro ordigno micidiale in o contro un sito pubblico, una struttura governativa o altro impianto pubblico, un sistema di trasporto pubblico, un'infrastruttura, quando le condotte siano qualificate dal particolare intento di provocare la morte o gravi lesioni corporali oppure di causare massicce distruzione delle strutture colpite, quando siffatte distruzioni comportino o rischino di comportare perdite economiche considerevoli".

²⁶ A. NATALINI, *Terrorismo: il nuovo reato di danneggiamento con ordigni esplosivi*, in www.dirittoegiustizia.it, 3 agosto 2003.

deterioramento consiste in una modifica materiale, strutturale e funzionale del bene, tale da pregiudicare il valore e l'utilizzo dello stesso. Il secondo comma dell'art. 280bis attribuisce peculiare rilevanza all'azione tipica richiesta dalla norma, la quale deve essere idonea a cagionare importanti danni materiali. L'utilizzo del concetto di idoneità materiale del danno cagionato dall'azione del reo necessita di una perimetrazione definita, la quale permette di delineare i termini e i casi in cui può essere applicato il reato, sarà quindi necessario individuare il limite fino al quale gli atti diretti a danneggiare siano effettivamente idonei a realizzare danni esiziali. Secondo la giurisprudenza, la devastazione si qualifica per l'indiscriminata potenza distruttiva del mezzo impiegato: è un danneggiamento complessivo e vasto sia dal punto di vista quantitativo, per quel che concerne i beni mobili ed immobili, sia dal punto di vista quantitativo, intesa quale "estensione dell'area danneggiata"²⁷. Il delitto in esame è un illecito a forma vincolata, infatti la commissione del reato si manifesta con la commissione di atti diretti a danneggiare beni mobili o immobili, per finalità terroristiche, mediante l'uso di dispositivi esplosivi o comunque micidiali. La Convenzione del 1997 definisce con chiarezza la definizione materiale di ordigno esplosivo o altro ordigno micidiale²⁸. La definizione stabilita dalla Convenzione del 1997 non è stata tenuta in considerazione dal legislatore italiano, il quale, nell'art. 280 bis del codice penale, al comma secondo, ha stabilito che per dispositivi esplosivi o comunque micidiali si intendono le armi e le materie ad esse assimilate indicate nell'art. 585 del codice penale, quindi si effettua un rinvio anche alle nozioni specifiche di armi presenti nella normativa speciale, segnatamente nelle leggi 2 ottobre 1967, n. 895; 14 ottobre 1974, n. 497 e 18 aprile 1975, n. 110. La fattispecie di atto terroristico con ordigni micidiali ed esplosivi contiene al proprio interno anche una speciale circostanza aggravante che agisce nel caso in cui l'attacco terroristico dinamitardo è diretto contro le sedi istituzionali, politiche, legislative, amministrative dell'ordinamento. Il reato è da considerarsi plurioffensivo, dal momento che salvaguarda non solo l'interesse attinente alla personalità dello Stato, a fronte di eventuali aggressioni che mettono in pericolo la stabilità dell'apparato statale e quindi l'integrità dell'ordinamento

²⁷ Cass. pen., 25 gennaio 1973.

²⁸ L'art. 1, paragrafo 3, dispone che: "ordigno esplosivo o altro ordigno micidiale è ogni arma o ordigno esplosivo o incendiario progettato per o avente la capacità di causare la morte, gravi lesioni corporali o importanti danni materia, oppure ogni arma o ordigno progettato per o avente la capacità di causare la morte, gravi lesioni corporali o importanti danni materiali, mediante l'emissione, la disseminazione o l'impatto di prodotti chimici tossici, di agenti biologici, tossine o sostanze analoghe o irradamenti o materie radioattive"

costituzionale, l'ordine pubblico, l'integrità dei beni mobili ed immobili, ma trova ulteriore riprova nel concetto di danneggiamento che è idoneo a diffondere nella collettività effetti psicologici di paura, di timore. Senza dubbio la finalità terroristica, che caratterizza la fattispecie in esame, quindi il finalismo ultroneo della condotta criminale opera una specifica traslazione, in senso trasversale, che attiene all'offesa meramente patrimoniale, all'incolumità della collettività, fino a giungere al danno economico subito dallo Stato stesso. Il dolo richiesto dalla norma è specifico poiché il soggetto agente non solo deve rappresentarsi e volere l'azione tipica prescritta dalla norma, ma lo stesso agisce con un finalità mossa da un'ideale politico, terroristico.

9. Insurrezione armata contro i poteri dello Stato.

Tra le varie fattispecie di reato presenti all'interno del titolo I del secondo libro del codice penale è possibile annoverare anche la disposizione normativa dell'art. 284 del codice penale, la quale disciplina le forme di insurrezione armata contro i poteri dello Stato. La norma riproduce integralmente l'art. 120 del codice Zanardelli che, a sua volta, trovava pieno riscontro negli art. 96 e 97 del codice toscano del 1853, così come anche nell'art. 155 del codice penale sardo del 1859. Il bene giuridico protetto dalla norma attiene all'assetto istituzionale dello Stato²⁹. L'oggetto specifico della tutela è l'interesse alla custodia dell'integrità personale interna dello Stato, connessa al concetto di funzionamento dei poteri del medesimo, che devono essere garantiti contro il pericolo o il danno dell'insurrezione armata. La presente disposizione normativa nasce con l'intento di tutelare e salvaguardare i poteri statuali: legislativo, esecutivo e giudiziario, nel loro assetto complessivo, a fronte di possibili aggressioni armate che ne possano fattivamente compromettere l'esistenza e la stabilità. La locuzione "poteri dello Stato" può trovare una duplice interpretazione. La condotta lesiva potrebbe consistere in una insurrezione diretta contro tutti i poteri costituzionali, o anche verso un unico potere istituzionale, o viceversa "l'azione criminale insurrezionale potrebbe essere rivolta a qualsiasi potere politico"³⁰, mediante un processo di interpretazione estensiva. Il legislatore, facendo riferimento ai poteri dello Stato, ha inteso ricomprendere l'insieme degli organi attraverso cui lo stesso agisce per l'esplicazione delle sue primarie funzioni, infatti il termine insurrezione contro i poteri dello Stato equivale ad insurrezione contro lo Stato,

²⁹ C. CARBONE, *Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 861.

³⁰ E. GALLO, *Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*, in *Giust. Pen.*, 1981, p. 237.

fattispecie già presente nell'art. 85 del codice penale militare di guerra. Il reato è comune, può quindi essere posto in essere da qualsiasi soggetto. La norma si estende anche ai militari, così come disposto dall'art. 77 del codice penale militare di pace, che annovera la fattispecie di alto tradimento. La condotta penalmente rilevante riguarda l'attività di promozione, direzione e mera partecipazione ad un'insurrezione armata contro i poteri dello Stato. Per attività di promozione e direzione si intende l'insieme di azioni realizzate da un soggetto che è il principale promotore dell'insurrezione, ovvero colui che ha determinato l'attività antiggiuridica, è il responsabile della rivolta. Per direzione invece si intende il peculiare ruolo assunto da un soggetto, il quale ha capacità direttive, di coordinamento, ovvero riveste un ruolo apicale nel processo di gestione della rivolta. Il mero partecipante è colui che, con la propria condotta, concorre a realizzare l'insurrezione. La dottrina prevalente³¹ ritiene che, con il termine insurrezione armata, non si deve intendere una semplice ribellione, ma la sollevazione di grandi masse di cittadini, di notevole dimensione: l'insurrezione è l'insorgere di una moltitudine, di un moto collettivo concorde, ostile, violento; un moto esteso che coinvolge "una massa notevole di persone armate e organizzate"³² che si caratterizza per la particolare estensione, per la "programmazione e l'organizzazione"³³, non deve trattarsi di un numero esiguo, giacché occorre un'estensione popolare e territoriale tale "da costituire un pericolo per i poteri dello Stato"³⁴. Il delitto si consuma quando è realizzata l'attività di promovimento dell'insurrezione, senza la necessità che questa sia avvenuta in concreto. Il requisito delle armi suole essere considerato anche in rapporto alla fase preparatoria dell'insurrezione, e non solo nello specifico riferimento alla concreta verifica dell'azione insurrezionale. E siccome nel momento della preparazione non vi sono ragioni di esigere che i promotori e i sostenitori portino con sé le armi, la legge, opportunamente, ritiene doveroso considerare un'ulteriore possibilità: l'equipaggiamento armato sia disponibile, è celato, quindi aprendo alla possibilità che i partecipi all'insurrezione non portino con sé tali strumenti, ma ne abbiano effettiva disponibilità. Il dolo richiesto dalla norma è generico, consiste nella previsione e volontà di promuovere, dirigere o partecipare ad un'insurrezione armata. Per quel che concerne la definizione di insurrezione, il legislatore definisce tale termine all'ultimo comma del suddetto

³¹ V. MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, vol. IV, Torino, U.T.E.T., 1949, p. 448.

³² F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Parte speciale. Milano, Giuffrè, 2016, p. 602.

³³ E. GALLO, Insurrezione armata contro i poteri dello Stato, in *Giust. Pen.*, 1981, p. 242.

³⁴ R. PANNAIN, Manuale di diritto penale, Parte Speciale, vol. II, Torino, U.T.E.T., 1957, p. 218.

articolo disponendo che l'insurrezione si considera armata anche nel caso in cui le armi siano state celate e detenute in un luogo di deposito, e che le stesse non siano state adoperate durante il promovimento insurrezionale. Tale condizione riportata dall'art. 284 equivale a dire che in situazioni insurrezionali risulta indifferente che le armi a disposizione dei rivoltosi vengano effettivamente adoperate. Per luogo di deposito, invece, si intende non solo il luogo in cui le armi sono tenute in custodia da un soggetto fiduciario, ma anche quel luogo nel quale, indipendentemente dalla presenza di un custode, è possibile rinvenire armi che sono nella disponibilità di chi le ha collocate o fatte collocare o celare. La giurisprudenza di legittimità ha escluso inoltre la sussistenza di un concorso apparente di norme tra il delitto di insurrezione armata ed il delitto di banda armata, ritenendo che le due fattispecie siano perfettamente autonome e differenti, poiché sanzionano e reprimono condotte diverse, con conseguente possibilità di contestazione a titolo di concorso materiale o formale tra i due delitti. Vi è in dottrina chi afferma che non sono idonei ad integrare il reato di insurrezione armata contro i poteri dello Stato gli atti di terrorismo, quali omicidi, lesioni personali, sequestri di persona, rapine, furti, evasioni, propaganda ed apologia, finalizzati al sovvertimento delle istituzioni statali democratiche, se tali atti non creano "un effettivo concreto pericolo di sollevazione generalizzata che metta in discussione l'esistenza stessa dello Stato"³⁵.

10. Devastazione, saccheggio e strage.

Il legislatore, al fine di predisporre una corretta ed efficace tutela nei confronti del primario bene giuridico legato alla personalità dello Stato, ha inserito all'interno del codice penale una speciale norma volta a prevenire ed a reprimere le possibili esposizioni a pericolo di beni giuridici quali l'incolumità pubblica, sicurezza, ordine pubblico, ma anche tutela del patrimonio privato e statale, in rapporto alle particolari ed efferate forme di devastazione, saccheggio e strage. La *ratio* normativa è costituita dall'esigenza di evitare il compimento di fatti che creano gravi tensioni nella comunità e minacciano le condizioni di sicurezza dello Stato, il quale deve essere preservato da ogni pericolo, da qualsiasi possibile danno di devastazione, saccheggio o strage, atti ritenuti iperlesivi, in quanto tali da determinare sconvolgimenti radicali del quadro politico-istituzionale, idoneo a "provocare allarme e disordini che destabilizzano l'ordinamento"³⁶. Il reato può

³⁵ L. PEPINO, *Il delitto di insurrezione armata tra mito e realtà*, in *Quest. Giustizia*, 1982, p. 668.

³⁶ T. PADOVANI, voce *Stato (delitti contro la personalità dello)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 815.

essere commesso da qualsiasi soggetto, cittadino o straniero, purché animato dall'intento di portare la devastazione all'interno del territorio italiano. Nel caso in cui il delitto in esame sia realizzato da un militare trova applicazione il disposto dell'art. 77 del codice penale militare di pace. L'art. 285 del codice penale sanziona la condotta di colui che commette un fatto diretto a portare la strage, la devastazione ed il saccheggio nel territorio dello Stato. In riguardo a tale affermazione pare opportuno definire che tale fattispecie criminosa faccia esclusivo riferimento agli atti di attentato, come stabiliti dalla norma, che sono rivolti nei confronti dello Stato quale entità giuridica. Sul punto, la Corte di Cassazione³⁷ ha definito che la fattispecie di reato di cui all'art. 285 del codice penale deve distinguersi dall'altro delitto di strage di cui all'art. 422 del codice penale. Il reato contenuto nell'art. 285 attiene al delitto di strage politica³⁸, infatti la sentenza del 1985 della Cassazione statuisce che non si possa configurare il delitto di strage, di cui all'art. 285 del codice penale, in rapporto ad un attacco dinamitardo realizzato contro la sede di un partito politico, poiché tali organismi non possono ritenersi ed identificarsi con la nozione di istituzione statale, nonostante l'art. 49 della Costituzione riconosca e preveda tali organizzazioni quali strumenti per la realizzazione del diritto dei cittadini di concorrere, con metodo democratico, alla politica nazionale. La condotta incriminata consiste nel compimento di fatti prodromici ai delitti comuni di strage, devastazione e saccheggio. Passando a definire il contenuto giuridico degli eventi previsti all'art. 285 c.p., sembra pacifico ritenere che nei fatti di devastazione e saccheggio sia implicita l'offesa al patrimonio che subisce una palese e grave aggressione dall'azione criminale. Nella valutazione etimologica del termine "devastare" emerge, senza dubbio, l'aspetto più efferato di tale condotta, con la quale il soggetto attivo "esercita una violenza sulle cose, danneggiandole per notevole ampiezza"³⁹; in considerazione di ciò, si ritiene che la devastazione si verifica solo se il danneggiamento è caratterizzato da una indiscriminata e vasta distruzione di beni mobili o immobili, tale da doversi ritenere che il nocumento arrecato dalla condotta lesiva abbia superato gli interessi superindividuali detenuti dal titolare del bene oggetto materiale del delitto, ma che si estendano alla generalità dei consociati. Parte della dottrina⁴⁰ ritiene che la devastazione

³⁷ Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 1985.

³⁸ E. BAFFI, voce *Strage*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 1134. In conformità a R. VENDITTI, voce *Saccheggio e devastazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, Giuffrè, 1989, p. 189.

³⁹ F. DEAN, voce *Personalità interna dello Stato (delitti contro la)*, in *Nss. D. I.*, vol. XII, Torino, U.T.E.T., 1965, p. 1104

⁴⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, Torino, U.T.E.T., 1949, p. 513.

presupponga una pluralità di fatti che possano essere commessi da un unico agente, a patto che siano fatti idonei a determinare una distruzione rilevante ed ampia. L'altra condotta prevista dall'art. 285 comprende l'azione del saccheggio. Tale termine ricorre nella massiccia asportazione di cose mobili, generalmente realizzata da una molteplicità di agenti, e si risolve nell'appropriazione totale e violenta delle cose trovate in una specifica area territoriale estesa. Il saccheggio, infatti, altro non è che un furto aggravato, commesso da una pluralità di agenti riuniti. La condotta offensiva del saccheggio non solo procede a danneggiare fattivamente la condizione patrimoniale del soggetto passivo, ma turba consistentemente la tranquillità e la sicurezza della comunità, infatti, proprio per questo i delitti di saccheggio e devastazione non costituiscono autonomo titolo di reato, con conseguente applicazione del concorso di reati, ma "restano annessi, secondo il principio dell'assorbimento, nella fattispecie di devastazione e saccheggio"⁴¹. Quanto alla nozione di strage occorre specificare che la stessa, a differenza della devastazione e del saccheggio, caratterizza un comportamento che riguarda l'incolumità delle persone fisiche e non dei beni materiali, e sussiste quando venga perpetrato uno sterminio, l'uccisione di un gruppo o di un gran numero di individui. Il reato si configura quando il fatto è commesso da un gruppo di delinquenti che agiscono in un medesimo contesto d'azione, allo scopo di attuare un definito proposito criminoso, sia mediato che immediato, portano la morte di una notevole quantità di persone che si trovano nel luogo in cui si verifica la strage o nelle sue vicinanze, tale da coinvolgerle direttamente. Occorre specificare, inoltre, che le condotte dirette a portare la devastazione, la strage o il saccheggio sono fra loro alternativamente rilevanti sicché, ai fini della consumazione del reato, è necessaria la realizzazione anche di una sola delle presenti condizioni, con esclusione delle altre. Per l'imputabilità viene richiesto sia il dolo generico, che costituisce la struttura primaria di corrispondenza tra la volontà e a consapevolezza di commettere la condotta di attentato; sia il dolo specifico che consiste nel fine ulteriore ed idoneo di portare la devastazione, il saccheggio o la strage nel territorio dello Stato o in una parte di esso. Potrebbe altresì affermarsi che tra i criteri d'imputabilità per il presente reato possa annoverarsi un ulteriore paradigma che qualifichi la natura soggettiva del reato: il dolo subspecifico, il quale rappresenta il dato differenziale tra le generali condizioni dell'elemento soggettivo del reato, qualora si ritenga che il reo abbia portato devastazione, saccheggio o strage nel territorio dello Stato, al fine di attentare alla sicurezza dello stesso. Trattasi di reato a pericolo concreto, in cui

⁴¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 1036.

il giudice dovrà concretamente analizzare e verificare il livello di offensività della condotta, in ossequio al disposto dell'art. 49 del codice penale. Il reato si considera consumato nel momento in cui il reo predispone atti diretti, idonei ed univoci a cagionare gli eventi di cui sopra citati. La norma richiede la presenza di un duplice dolo specifico, come riportato da recenti sentenze della Cassazione⁴²: la condotta del reo deve essere caratterizzata dalla presenza di una peculiare finalità volta ad arrecare pregiudizio concreto, un danno esiziale allo Stato, alla sicurezza interna del Paese, di "attentare alla sicurezza dello stesso"⁴³, alla collettività, ed inoltre deve consistere nell'intenzione, riconosciuta poi dalla direzione teleologica degli atti posti in essere, idonei ad aggredire l'incolumità dei consociati, e del loro rispettivo patrimonio che si realizza nell'atto di saccheggio e/o di devastazione. Tale considerazione è il primario criterio che diversifica le fattispecie di reato di strage politica, di cui al presente articolo, e l'altra forma di strage comune, all'art. 422 del codice penale⁴⁴. Sembra largamente condivisa la considerazione che l'offesa al patrimonio rimanga implicita nei fatti di devastazione e saccheggio.

11. I delitti associativi per finalità eversive, sovversive e terroristiche.

All'interno del titolo I del libro II del codice penale è possibile annoverare una serie di norme che incriminano le associazioni di più persone, in quanto perseguono fini di natura sovversiva, volte a stravolgere, ad attentare alla struttura unitaria dello Stato, ai propri organi ed alle funzioni vitali dell'Ente stesso. Si tratta di reati a concorso necessario proprio, di reati di pericolo, reati a dolo specifico con condotta neutra, ovvero forme di reato in cui il legislatore non mira a sanzionare la mera attività associativa che viene anche tutelata dalla Costituzione all'art. 17, ma l'intento criminoso perseguito dall'associazione, ovvero il fine associativo che diviene illecito. La norma in esame mira a tutelare l'interesse dello Stato a che non siano svolte al suo interno, per forma associata, ogni attività volta a sopprimere, sovvertire, stravolgere, con violenza, i suoi ordinamenti. È ormai consolidata l'opinione della Suprema Corte secondo cui il delitto *de quo* è un reato di pericolo presunto, nel quale al bene protetto viene assicurata una tutela anticipata che si pone in un momento precedente alla realizzazione di specifici atti di sovversione realizzati dai membri dell'associazione illecita.

⁴² Cass. pen., Sez. V, 2 giugno 2007, n. 25436

⁴³ G. MAGGIORE, *Diritto penale, Parte Speciale*, vol. II, tomo I, Bologna, Zanichelli, 1948, p. 74

⁴⁴ Cass. pen., Sez. V, 12 ottobre 1993.

12. Le associazioni sovversive.

L'art. 270 del codice penale rappresenta, senza dubbio alcuno, l'emblema delle principali forme di reato associativo, con finalità di eversione, tipiche dei reati contro la personalità dello Stato. Si tratta di un reato permanente, plurisoggettivo, a concorso necessario proprio, quindi di una fattispecie per la cui integrazione è necessaria la presenza di più soggetti, tutti punibili. La giurisprudenza di legittimità e di merito restano conformi nel ritenere che il delitto in esame possa configurarsi anche soltanto con l'attività di due solo associati, non essendo richiesto un numero minimo di partecipanti, difformemente da quanto stabilito dall'art. 416 del codice penale. Il soggetto passivo del delitto "può essere soltanto lo Stato, nella sua personalità interna ed internazionale"⁴⁵. La condotta penalmente rilevante consiste, alternativamente, nell'attività di promozione, costituzione, organizzazione, direzione di associazioni che siano capaci ed idonee a sovvertire, con violenza, gli ordinamenti economici o sociali dello Stato, idonee a sopprimere, sempre con particolare violenza, l'ordinamento politico e giuridico dello Stato⁴⁶. Il termine "associazione" viene adoperato in senso atecnico, facendo rientrare qualunque compagine associativa, a prescindere dalla natura giuridica della stessa; ciò che conta è l'esistenza di un *asset* organizzativo, anche sommario e rudimentale, ma comunque idoneo a predisporre attività e mezzi, con la conseguente ripartizione di ruoli, compiti, impieghi per i partecipi. La norma in esame, quindi, richiede l'esistenza di un vincolo associativo che trova fondamento su un programma indefinito di reati avente lo scopo di sovvertire l'ordinamento strutturale/costituzionale dello Stato, non è richiesto né un numero determinato di consociati, né l'esistenza di efficaci mezzi idonei alla realizzazione del programma criminale, così anche l'assenza di un concreto pericolo per lo Stato, essendo tale già presunto dalla legge in via principale ed assoluta già dalla costituzione dell'associazione illecita. Le finalità perseguite dall'associazioni indicate dall'art. 270 devono consentire l'azione di soppressione di una classe sociale, la sovversione degli ordinamenti economici, sociali, costituiti, riconosciuti e tutelati dallo Stato, ovvero nella soppressione di ogni ordinamento politico e giuridico che appartiene alla società civile. In qualsiasi caso l'associazione criminale deve prefiggersi lo scopo di realizzare tali

⁴⁵ G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Vol. III., Milano, Giuffrè, 2005, p. 79.

⁴⁶ G. A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1985. R. BETTIOL, *Associazioni politiche illecite: contributo interpretativo*, in AA. VV., *Il Delitto politico*, p. 237.

stravolgimenti illeciti mediante l'uso di violenza. In tal caso, alcuni esponenti della dottrina⁴⁷ ritengono che il requisito della violenza sussista sia nei casi di violenza propria, ovvero l'energia fisica predisposta dal reo su una persona, o su un bene, ma anche la stessa violenza impropria, ovvero l'attuazione di un qualsiasi mezzo violento volto a restringere il processo di libera determinazione della volontà del soggetto passivo, trattandosi di una vera e propria coercizione fisica e mentale. La norma in esame richiede, al fine della completa integrazione, "il requisito dell'idoneità degli atti, elemento imprescindibile per la valutazione concreta della portata lesiva delle condotte penalmente rilevanti degli associati"⁴⁸. La seguente definizione consente di definire tale forma di reato, quale pericolo concreto, con conseguente remissione di competenza del giudice adito per la qualificazione e quantificazione concreta del requisito di idoneità. La fattispecie di cui all'art. 270 del codice penale prescrive tre modalità alternative mediante cui il delitto può consumarsi: il soggetto attivo, infatti, può promuovere, costituire, organizzare o partecipare all'associazione sovversiva. Il promotore è colui che, in modo indipendente dalla partecipazione diretta nella realizzazione dei singoli reati fine, prende l'iniziativa per la costituzione dell'associazione. Il costituente è colui che si attiva per permettere la nascita del sodalizio, anche attraverso l'azione di reclutamento di risorse e nel reperimento dei mezzi. È organizzatore colui che, anche dopo la costituzione del sodalizio, si impegna a coordinare le attività per la realizzazione delle finalità comuni. Il direttore è colui che, in posizione di supremazia/gerarchia, ricopre un ruolo apicale rispetto agli altri partecipi, amministra o concorre ad amministrare l'associazione: cura le relazioni interpersonali tra gli adepti, svolge funzioni di indirizzo, controllo e guida, fissando anche le regole di comportamento che i consociati sono tenuti a rispettare. Il requisito della partecipazione, invece, consiste nell'individuazione del singolo soggetto che si limita a realizzare l'attività materiale, di ordine esecutivo, finalizzate alla sopravvivenza dell'associazione al perseguimento di scopi sociali. Il partecipe non ha un ruolo qualificato da funzioni essenziali per il sodalizio, non ha autonomia decisionale: la sua prestazione non è prodromica alla vita del sodalizio stesso, ma presta la propria attività con continuità ed abnegazione. Per quel che concerne l'elemento

⁴⁷ R. GAROFOLI, *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, Molfetta (BA), Nel diritto editore, 2019.

⁴⁸ E. PALERMO FABRIS, *Il delitto di associazione e sue problematiche costituzionali*, in *Giust. Pen.*, 1980, p. 357.

F. C. PALAZZO, *Le associazioni illecite e illecite delle associazioni*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1976, p. 426.

soggettivo del reato è richiesto il dolo specifico, che consiste nella coscienza e volontà di realizzare le condotte descritte e di perseguire le finalità sovversive poste a fondamento del programma criminoso del sodalizio. La fase consumativa del reato corrisponde al momento ed al luogo in cui è tenuta una delle condotte enucleate all'interno dell'art. 270 del codice penale. È pacifico ritenere che il reato possa avere natura permanente, potendosi la condotta dell'agente protrarsi nel tempo senza alcuna interruzione. In specie, la giurisprudenza ha più volte considerato che l'attività di costituzione, così come l'organizzazione e la mera partecipazione di una associazione o banda avente scopo eversivo può essere permanente, non essendovi dubbio che, nel caso in cui il costituente non si limiti solo all'azione di creazione dell'associazione, ma presta il proprio operato in favore dell'associazione illecita, si verifica un perdurare nel tempo della condotta lesiva antiggiuridica del reato, con conseguente lesione del bene tutelato. Resta in discussione la configurabilità del tentativo, qualora si ritenga che la condotta potrebbe integrare la consumazione del reato e che, per altro verso, il tentativo sarebbe ammissibile già per i comportamenti di costituzione ed organizzazione nei quali l'attività dell'agente risulta frazionabile in momenti differenti.

13. Il rapporto di specialità tra le associazioni sovversive e le associazioni con finalità terroristiche.

L'art. 270 del codice penale si pone in rapporto di specialità, secondo quanto disposto dall' art. 15 c.p., nei riguardi dell'art. 270bis del medesimo codice. La suddetta norma, volta a reprimere quelle particolari forme associative che mirano alla realizzazione di atti terroristici e di eversione dell'ordinamento democratico, si pone in tale rapporto con la precedente norma di cui all'art. 270, poiché la nuova disposizione introdotta con la L. 15 del 1980 procede a reprimere quelle particolari associazioni sovversive che perseguono modalità differenti rispetto al generale articolo 270 del codice penale, precedentemente analizzato, in cui il legislatore ha premura di sanzionare le condotte illecite di sovversione degli organi dello Stato. Nel nuovo art. 270bis, invece, il legislatore effettua una scelta politica criminale ben specifica, effettuando un diretto riferimento alle particolari forme associative che nascono con intenzioni dirette alla realizzazione di atti sovversivi, accompagnati da "un movente meramente ideologico, di indole terroristica"⁴⁹. Non a caso la prima norma mira ad impedire la soppressione degli ordinamenti politici e giuridici della società, mentre il secondo mira ad impedire l'eversione dell'ordine democratico: si tratta di norme differenti, che perseguono

⁴⁹ Cass. pen., Sez. I, 20 novembre 2013, n. 46340.

finalità giuridiche rispettivamente dicotomiche, in cui il principio di specialità impedisce pluralità di sanzioni per illeciti differenti, seppur simili. In secondo caso va osservato come la sanzione prevista dall'art. 270 bis del codice penale sia stata determinata dalla concreta necessità di adottare misure dirette volte a tutelare l'ordine democratico, la sicurezza che sono aggredite da azioni terroristiche. La necessità di istituire un percorso sanzionatorio differenziale nell'attività di repressione di nuove condotte associative illecite nasce anche dall'esecuzione di impegni assunti dall'Italia sul piano internazionale: "nell'attesa che maturino i tempi per il ricorso ad un'istanza giudiziaria preconstituita e fondata sul comune accorso tra gli Stati", suole "offrire una risposta serena e razionale alla domanda di reazione proveniente dai sistemi nazionali a fronte degli estesi attacchi terroristici"⁵⁰.

14. Associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico.

Il processo di formazione della fattispecie di reato dell'art. 270bis del codice penale che sanziona l'attività di promozione, costituzione di associazioni con finalità terroristiche e di eversione dell'ordine democratico della Nazione, trova forza dall'intento legislativo di creare ed uniformare il sistema penale italiano in ottica internazionale, con conseguente adesione, da parte dell'ordinamento, al processo costitutivo di un sistema internazionale di sicurezza pubblica: il legislatore ha "inteso includere tutte le entità extranazionali, non solo gli Stati-nazione in senso stretto, ma anche l'entità internazionali, sia sovra-nazionali, che infra-nazionali, sia con personalità di diritto internazionale, che genericamente riconducibili a strutture giuridiche operanti in ambito internazionale, soggetti che presentino caratteristiche di "statalità". E per tali motivi siano stati individuati come obiettivi sensibili per il compimento di atti terroristici. Non serve cioè la natura di ente pubblico in capo all'organismo nel mirino dei terroristi, "essendo sufficiente una generica riconducibilità, dell'attività svolta dall'istituzione od organismo, alle caratteristiche proprie della *res pubblica*, che consenta di definire come un attacco alla generalità dei consociati il programma di atti di violenza"⁵¹. Il reato di cui all'art. 270bis è un reato comune, infatti può essere posto in essere da qualsiasi soggetto. Si tratta di un reato plurioffensivo, poiché le condotte

⁵⁰ C. PIEMONTESE, *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*. D. L. 18 Ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni in L. 15 dicembre 2001, n. 438, art. 1, in *Leg. Pen.*, 2002, p. 779.

⁵¹ E. ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione*. *Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 143.

previste dalla norma non si limitano a ledere un unico bene giuridico quale la personalità dello Stato, ma tendono ad offendere ed a mettere in pericolo anche la sicurezza, la pubblica incolumità e l'ordine pubblico di un numero indefinito di soggetti. In considerazione di ciò si può altresì ritenere che la suddetta forma di reato possa essere ricondotta al tipico schema dei reati vaghi, in cui non è preventivamente definibile il numero concreto dei soggetti passivi del reato. Resta pacifico ritenere che si tratti di un reato a concorso necessario proprio, in cui tutti i soggetti che fanno parte del sodalizio sono potenzialmente punibili. Tale condizione giustifica l'agire del legislatore che abbia provveduto ad enucleare una pluralità di condotte tipiche che consentono di definire i termini di responsabilità penale in capo ai singoli concorrenti. Ai fini della rilevanza penale è assolutamente essenziale considerare che "gli atti di violenza siano l'oggetto del programma criminale, e devono essere inquadrati in fatti a loro volta dotati di rilievo penale"⁵². La disposizione normativa dell'art. 270bis dispone che sia responsabile del reato in esame il soggetto che promuove, costituisce, organizza, dirige e finanzia tale associazione, la quale si propone di compiere atti idonei e violenti con finalità di eversione dell'ordine democratico, sorretti da un particolare movente di natura terroristica. Disponendo una particolare analisi delle singole condotte punibili è doveroso ritenere che il legislatore, con la L. 438 del 2001, abbia ritenuto, giustamente, indispensabile inserire all'interno della disciplina anche la fattispecie di reato inerente al processo di natura economica/finanziaria. Il procedimento di finanziamento dei gruppi terroristici è un reato a forma libera, infatti il legislatore, volutamente, non ha inserito definizioni particolarmente stringenti su tal espressione, rendendo così possibile un'estensione interpretativa, con conseguente possibilità per il giudice, in sede giurisdizionale, di far ricorso alla c.d. teoria del linguaggio comune, che permette allo stesso di ampliare la condizione di rilevanza penale in rapporto al valore etimologico del finanziamento. Per finanziamento si potrà quindi intendere qualsiasi investimento di capitali, trasferimento di beni, raccolta fondi, conferimento di beni o di altre utilità. Per quanto concerne invece la mera partecipazione, la giurisprudenza di legittimità⁵³ ha ritenuto indispensabile che il giudice dovesse valutare nel caso concreto la rilevanza dell'attività di partecipazione. La scelta di tale decisione deriva dal rispetto del generale criterio di offensività di cui all'art. 49 del codice penale, ritenendo essenziale non

⁵² E. PALERMO FABRIS, *Il delitto di associazione e sue problematiche costituzionali*, in *Giust. Pen.*, 1980, pag. 384.

⁵³ Cass. pen., Sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389.

degradare le generale norme di tutela nei confronti dell'imputato di tale reato, nonostante si concretizzasse un particolare conflitto tra l'interesse repressivo dello Stato nei riguardi di tali condotte, particolarmente lesive ed efferate, con conseguente rapporto con i generali principi, sacralizzati dalla Costituzione, in materia di diritto alla difesa⁵⁴; infatti sul punto è intervenuta una recente sentenza della Corte di Cassazione del 2018⁵⁵ in cui si impone al giudice di effettuare un rigoroso accertamento che faccia riferimento all'esistenza ed all'effettiva capacità operativa della struttura criminale in esame, e con riguardo alla consistenza materiale, concreta, della condotta individuale del singolo partecipante, ovvero una analisi diretta sul contributo che lo stesso ha apportato al sodalizio terroristico, anche in termini di operatività concreta. Sul versante dell'elemento soggettivo risulta ampiamente condivisa la presenza del dolo specifico consistente nella volontà di commettere atti di violenza diretti alla realizzazione del programma e del proposito eversivo, di carattere terroristico. Sul punto si faccia riferimento ad una recente decisione della Cassazione del 2018 in cui si ritiene sussistente il dolo specifico nei riguardi dell'azione del colpevole, il quale agisce seguendo "un fine politico, una finalità strumentale alla realizzazione di un reato programmato dall'ente associativo terroristico"⁵⁶.

15. La definizione giurisprudenziale di terrorismo

In verità è opportuno ben definire quali siano i criteri che permettono di identificare la natura terroristica del sodalizio. In particolare, merita attenzione l'attento percorso argomentativo operato dal G.u.p. del Tribunale di Milano del 2005⁵⁷, secondo cui è proprio del diritto internazionale effettuare una generale definizione di terrorismo, che ben si differenzia invece dai fenomeni di guerriglia, ossia di violenze poste in essere da associazioni paramilitari, clandestine, irregolari, nell'ambito di contesti armati, in cui la propria azione sovversiva persegue una finalità rivolta al muovere guerra contro un esercito straniero occupante. Viceversa, si potrà parlare di atti di natura terroristica in riferimento a quei gruppi, o anche singole cellule, riconducibili ad associazioni terroristiche internazionali, le quali hanno un'organizzazione solida, strutturata, stabile, volte alla realizzazione di un programma criminale indefinito, attinente a forti motivazioni di natura ideologica, con la conseguente prospettiva di realizzare

⁵⁴ Cass. pen., Sez. V, 13 luglio 2017, n. 50189.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. VI, 11 settembre 2018, n. 40348.

⁵⁶ Cass. pen., Sez. VI, 11 settembre 2018, n. 40348.

⁵⁷ G.u.p. Milano, 24 gennaio 2005.

atti volti ad incutere paura, terrore nella collettività, ma che nel tempo stesso coinvolgono anche obiettivi militari e statali. Sulla questione, merita pari rilievo una sentenza della Corte di Cassazione⁵⁸ che ha ben delineato i parametri tradizionali che caratterizzano le strutture terroristiche, le quali predispongono azioni dirette ed idonee a provocare un danno grave al Paese, volte a menomare le strutture organizzative dello Stato, ed addirittura volte ad incidere nei processi decisionali degli organi competenti, costringere i pubblici poteri statuali a recedere dalla propria iniziativa, o ad indurli a prendere seriamente iniziative divergenti rispetto ai propri fini, precedentemente stabiliti. La stessa sentenza è nota per aver delineato ulteriori profili di rilievo in considerazione della natura stessa dell'atto terroristico, il quale è caratterizzato dalla realizzazione di un evento di dimensioni straordinarie, di un evento megalico, con l'uso di metodologie palesemente illegittime.

16. Le condotte di addestramento e di arruolamento con finalità di terrorismo.

Il legislatore ha proseguito il proprio processo normativo in merito alle svariate forme e modalità di reato, riconducibili all'attività dei sodalizi terroristici, incrementando il novero dei reati con una riforma del 2005, la quale ha introdotto nuove misure sanzionatorie per innovate modalità aggressive: si pensi agli art. 270quater, 270quater1, 270quinqies del codice penale. Nello specifico risulta di particolare importanza analizzare il dispositivo sanzionatorio dell'art. 270quater che prevede a reprimere tutte le forme di arruolamento svolto dai membri di associazioni terroristiche, i quali con l'adozione di vere e proprie contrattazioni, provvedono ad incrementare, sia numericamente, ma anche qualitativamente, il numero dei consociati. Meritevole di segnalazione è una sentenza della Prima Sezione Penale della Cassazione del 2015 in cui si delinea, in modo chiaro e pragmatico, il significato del termine arruolamento, facendo diretto riferimento all'art. 244 del codice penale in cui il legislatore definisce quale sia il criterio di valutazione delle condotte di arruolamento, che non si deve limitare ad un mero inquadramento nei gradi, nella struttura di tipo militare in senso effettivo, ma si riferisce ad una vera e propria attività di natura privatistica, contrattuale, che si realizza tra l'arruolante e l'arruolato: l'accordo che ne consegue, la serietà che deriva dal patto siglato, ma soprattutto in riferimento

⁵⁸ Cass. pen., Sez. I, 28 marzo 2017, n. 44850.

all'accrescimento umano⁵⁹ della potenzialità offensiva del gruppo operante⁶⁰. Il concetto di "addestramento" presuppone l'interazione tra l'addestrato e l'addestratore, "un rapporto interpersonale in cui l'addestratore fornisce le istruzioni utili, anche in senso pratico, per il raggiungimento dei fini associativi, per la realizzazione dell'illecito"⁶¹. La condotta di addestramento, però, non si limita alla sola attività d'istruzione anche fisica, ma si estende anche al "processo di indottrinamento, ovvero la mera diffusione delle istruzioni"⁶².

17. La banda armata.

L'art. 306 del codice penale provvede a sanzionare la costituzione di una banda armata. La norma in esame viene collocata alla fine del titolo I del libro II del codice penale, si tratta di una disposizione di chiusura tesa ad evitare che la personalità dello Stato "possa essere messa in pericolo dalla formazione di gruppi armati che perseguono finalità illecite, volte a realizzare delitti dolosi contro lo Stato"⁶³. Il legislatore degli anni '30 considerò la banda armata quale forma di particolare delinquenza associata ed organizzata, simile alla cospirazione mediante associazione, da cui si distingue per il possesso delle armi da parte dei suoi componenti, quale elemento indispensabile affinché la banda possa considerarsi armata. La banda armata presuppone la stabilità del vincolo associativo tra una pluralità di consociati, proteso al conseguimento dello scopo comune di commettere uno o più delitti contro la personalità dello Stato, ed inoltre, tra i requisiti specifici dell'organizzazione in banda vi è il possesso di armi. Occorre inoltre che il raggruppamento di persone, organizzato in banda, sia quindi dotato di armamento idoneo al raggiungimento delle finalità comuni, anche se non è necessario che ogni singolo componente sia armato, e che in armi scorrazzi per le pubbliche vie, così come invece previsto dall'art. 416 al comma 4 del codice penale, essendo sufficiente che gli associati abbiano la concreta possibilità di usare le armi, che siano a disposizione della banda. Il reato in parola tutela l'interesse ad evitare che la personalità dello Stato possa essere messa in pericolo da gruppi armati. La norma in esame non comprende una definizione tassativa del numero delle persone necessarie per la configurazione del reato di banda armata⁶⁴. Qualche autore ritiene che siano

⁵⁹ V. MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo: il d.l. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in l. 31 luglio 2005, n. 155*, in *Studium Iuris*, 2006, n. 11, 1229.

⁶⁰ In termini a Cass. pen., Sez. VI, 1 luglio 2003, n. 36776.

⁶¹ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 265.

⁶² Cass. pen., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 26970.

⁶³ G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato: profili storico-sistematici*. Milano, Giuffrè, 1984, p. 236.

⁶⁴ M. VALIANTE, *Banda armata e numero dei partecipanti*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1986, p. 459.

sufficienti due soli soggetti⁶⁵, mentre altri considerano necessaria la sussistenza di almeno tre soggetti, in ossequioso rispetto di quanto previsto dagli art. 305 e 416 del codice penale⁶⁶; per ultimo, invece, si potrebbe sostenere che il numero di persone sia indefinibile, ma che nel contempo sia "tale da porre concretamente in pericolo il bene giuridico protetto"⁶⁷, e quindi considerato di volta in volta nel caso concreto in essere. L'art. 306 del codice penale punisce coloro che promuovono, organizzano, costituiscono una banda armata. Il dolo richiesto è specifico, perché i soggetti che decidono di associarsi vogliono realizzare una serie indeterminata di delitti dolosi che ledono e pongono in pericolo la personalità dello Stato, quindi seguono una direzione teleologica dell'agire criminale. La Suprema Corte, infatti, fornisce un criterio distintivo delle condotte tipiche del presente reato. La banda armata costituisce un'ipotesi delittuosa che si incentra su uno stabile collegamento fra più persone, che, mediante un'adeguata struttura organizzativa e grazie alla stabile disponibilità di armi destinate agli scopi della banda, si propongono la commissione di uno o più delitti contro la personalità dello Stato. La condotta partecipativa si manifesta dalla volontà diretta ad aderire alla banda già formata, infatti il reato ha struttura plurisoggettiva, a concorso necessario proprio⁶⁸. La struttura della banda armata può avere un'organizzazione verticistica e gerarchica. La Suprema Corte di Cassazione ha affermato che il ruolo di organizzatore di una banda armata non esige l'accertamento concreto di un'effettiva attività di coordinamento e di direzione del sodalizio armato, essendo sufficiente rilevare "la mera partecipazione del soggetto all'organizzazione della *societas sceleris*"⁶⁹. Non vi è dubbio che sia comunque rilevante tener menzione delle attività svolte dal singolo soggetto che provveda ad organizzare la banda armata, ma soprattutto l'apporto che ogni membro predispone per assicurare la vita e l'efficienza dell'organizzazione, infatti la nozione di mero partecipe viene desunta in senso negativo: il partecipe è quel soggetto che svolge attività e funzioni meramente marginali, infatti non contribuisce alle scelte d'azione della banda, allo studio dell'atto criminale da svolgere, o alla strutturazione di un piano delittuoso, limitandosi a dare disponibilità alle scelte operative "effettuate da coloro che rivestono un ruolo apicale"⁷⁰. Il reato di banda armata ha natura permanente, ovvero sussiste fino a quando la banda non sia sciolta. Il reato si ritiene

BERNARDI, CASELLI, PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello Stato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, Torino, 1996, p. 117.

⁶⁵ M. BOSCARRELLI, *Banda armata*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 36

⁶⁶ C. SALTELLI, E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Torino, U.T.E.T., 1931, p. 36.

⁶⁷ M. VALIANTE, *Banda armata e numero dei partecipanti*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1986, p. 459.

⁶⁸ Cass. pen., Sez. I, 14 marzo 2010, n. 16549.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. VI, 27 gennaio 2004, n. 2852.

⁷⁰ A. BERNARDI, G.C. CASELLI, A. E. PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello Stato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, Torino, 1996, p. 133.

consumato quando la banda si è formata, infatti il delitto si consuma anche nel momento e nel luogo in cui si partecipa alla banda già formata. In realtà, si può ritenere configurabile il tentativo se i soggetti predispongono la realizzazione di una condotta idonea, diretta, in modo non equivoco alla costituzione della banda armata, ma per cause improvvise, non addebitabili al volere delle parti, il sodalizio armato non viene costituito, ma permane l'intenzione delle parti a realizzare l'illecita fondazione. Il dolo richiesto dalla norma è dolo specifico, e richiede la coscienza e volontà di commettere uno o più delitti, non colposi, indicati dall'art. 302 del codice penale. Tale connotazione psicologica della condotta consente, quindi, di distinguere il delitto di banda armata dalla fattispecie di associazione sovversiva, nella quale sono essenziali il fine e la volontà di realizzare un programma politico-sovversivo, che realizzato mediante l'uso di violenza ed efferatezza, può anche non costituire reato, mentre manca la specifica finalità di commettere un delitto che lede e pone in pericolo la personalità dello Stato.

Commercio di sostanze dopanti tra la c.d. riserva di codice ed eccesso di delega. Nota a Cass., Sez. III, ord. 21 luglio 2020 (dep. 21 settembre 2020), n. 26326, Pres. Di Nicola, Est. Corbetta, Imp. Bufano.

di Carlo GIORDANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Profili di ammissibilità. 3. Problematiche di diritto intertemporale.

ABSTRACT: *This paper deals with the question of the constitutional legitimacy of art. 586-bis, paragraph 7, c.p., introduced by art. 2, paragraph 1, lett. d), legislative decree 1 March 2018, n. 21, in the part in which by replacing art. 9, paragraph 7, l. 14 December 2000, n. 376, repealed by art. 7, paragraph 1, lett. n) of the same legislative decree n. 21/2018 provides for the 'purpose of altering the competitive performance of athletes'; in fact, the college considers that the government has made an incorrect use of the delegation conferred by art. 1, paragraph 85, lett. q), l. n. 103/2017, as, in transferring to the criminal code, listed in paragraph 7 of art. 586-bis, the criminal figure already subject to indictment by art. 9, paragraph 7, l. n. 376/2000 has operated a partial abolitio criminis by adding specific intent. In particular, attention will be focused on the admissibility profiles and on the not manifest unfoundedness.*

1. Introduzione.

La Terza Sezione della Corte di Cassazione, nell'ordinanza oggetto del presente commento, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 586 bis

* Condirettore della Rivista Giuridica De Iustitia; professore a contratto presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

comma 7 c.p.¹ per contrasto con l'art. 76 della Carta Fondamentale² nella parte in cui prevede il dolo specifico del «*fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*».

Il legislatore delegato, infatti, nel dare attuazione alla delega contenuta nella legge 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. Legge Orlando) ad oggetto l'introduzione della c.d. riserva di codice nell'ordinamento penale, avrebbe superato i limiti imposti dalla delega.

Il legislatore avrebbe infatti modificato il precetto penale relativo alle fattispecie di commercio di sostanze dopanti disciplinato dall'art. 9, co. 7, legge n. 376 del 2000 attraverso l'aggiunta del dolo specifico non limitandosi alla mera traslazione nel c.p. delle medesime.

Con maggiore sforzo esplicativo bisogna evidenziare che la modifica ha determinato una parziale *abolitio criminis* delle condotte di commercio clandestino di sostanze dopanti che, secondo la vigente disciplina dell'art. 586-bis, co. 7, c.p., dovrebbero essere penalmente sanzionate soltanto quando finalizzate all'alterazione delle prestazioni agonistiche degli atleti.

Per la corretta comprensione della tematica in esame occorre necessariamente prender le mosse dall'esame della fattispecie concreta e dagli istituti giuridici in rilievo.

Nel caso di specie il Supremo Consesso ha esaminato la posizione del titolare di una palestra, condannato dalla Corte d'Appello di Lecce per aver commercializzato anabolizzanti reperiti al di fuori dei circuiti ufficiali e attraverso la predisposizione di ricette mediche falsificate.

Il titolare della palestra dopo aver ottenuto i medicinali ad azione anabolizzante commercializzava clandestinamente attraverso una consegna continuativa i medesimi a culturisti e a partecipanti di gare pubbliche di *body buiding*.

Il carattere della continuazione permette di sussumere la fattispecie nell'alveo applicativo dell'art. 586 – bis, comma 7 (commercio di sostanze dopanti) e non

¹ 586 bis comma 7: «Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5.164 a euro 77.468».

² Art. 76 Cost.: «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato [cfr. art. 72 c. 4] al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

nel primo comma della medesima disposizione che sanziona, in maniera meno grave, chi "procuri" ad altri sostanze in maniera occasionale, così come richiesto dalla difesa dell'imputato³.

Come già evidenziato nel paragrafo introduttivo, l'art. 9, co. 7, legge n. 376 del 2000 incriminava la commercializzazione *tout court* delle sostanze dopanti, a nulla rilevando la finalità per cui l'agente avesse compiuto tale condotta⁴.

Facendo poi seguito alla delega contenuta nella legge 23 giugno 2017 n. 103 e alla c.d. riserva di codice sono state traslate nel codice penale alcune fattispecie già disciplinate da altre leggi complementari poste a tutela della salute.

Per quello che interessa in questa sede, l'art. 2, co. 1, lett. d)⁵, del decreto legislativo 21 del 2018 ha introdotto l'art. 586-*bis* c.p., rubricato "utilizzo o

³ Art. 586 bis, comma I : «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze».

⁴ Art. 9, comma 7 l. 14 dicembre 2000 n. 376: «Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente, destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da lire 10 milioni a lire 150 milioni».

⁵ Art. 2 lett. d) «d) dopo l'articolo 586 è inserito il seguente: «Art. 586-bis (Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti). - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582a euro 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche

dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze. La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche. La pena di cui al primo e secondo comma è aumentata:

a) se dal fatto deriva un danno per la salute;
b) se il fatto è commesso nei confronti di un minorenne;
c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente

riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione. Nel caso previsto dal terzo comma, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione permanente dagli uffici direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive

somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti⁶

Nel porre in essere tale operazione è stato però modificato il comma 7 dell'art. 586 bis c.p. che impone, nella formulazione vigente, punire colui che ponga in essere un'attività di commercializzazione di sostanze dopanti *soltanto* quando compia la condotta «*al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*».

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 2 del c.p., la nuova formulazione, più favorevole rispetto a quella precedente poiché restringe il perimetro applicativo della disposizione, trova applicazione retroattiva rispetto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore⁷.

L'introduzione del dolo specifico («*al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*») avrebbe come immediato precipitato quello di assolvere l'imputato per difetto dell'elemento soggettivo.

Per i giudici della Corte di Cassazione non sussisterebbe alcun dubbio sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale della fattispecie in esame.

Non manifesta infondatezza ed effetti in *malam partem*.

Circa la non manifesta infondatezza la Corte ha evidenziato la chiarezza della lettera della legge delega: al fine di riorganizzare la materia e con chiare finalità rieducative della pena, il Governo avrebbe semplicemente dovuto traslare

nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato. Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, e' punito con, la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5.164 a euro 77.468.»;

⁶ Contestualmente l'art. 7, co. 1, lett. n), d.lgs. n. 21 del 2018 ha abrogato l'art. 9, della legge n. 376 del 2000.

⁷ Per maggiori approfondimenti cfr. G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 243 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 225 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Padova, 2013, 86 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, 7ª ed., Bologna, 2014, 106 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Milano, 2015, 119 ss.; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale Parte generale*, 5ª ed., Milano, 2016, 111. 5 *Sulla distinzione tra modifiche mediate e immediate, oggi diffusamente recepita nella dottrina italiana*, cfr. T. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, 1356 ss.

specifiche ipotesi incriminatrici disciplinate da leggi complementari nel codice penale⁸.

In particolare, l'art. 8 del d.lgs. 1 marzo del 2018 n. 21⁹ stabilisce che dalla data della sua entrata in vigore, i richiami alle disposizioni abrogate si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni introdotte nel codice penale; sia dall'identità della pena comminata dalle nuove disposizioni.

Ma vi è di più. La modifica attraverso l'introduzione del dolo specifico rappresenta una scelta evidente di politica criminale che si porrebbe in contrasto con la ratio della legge di delega.

La ratio sottesa alla legge Orlando era quella di implementare la tutela della salute attraverso una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni penali dirette a preservarla.

La norma censurata, al contrario, ha ristretto le maglie applicative rendendo punibile la commercializzazione solo se finalizzata alla alterazione delle prestazioni agonistiche.

Il Collegio ha focalizzato la propria attenzione anche sugli effetti *in malam partem* che una sentenza di accoglimento produrrebbe.

Come noto la riserva ex art. 25, 2 comma Cost. legislativa di determinazione dei precetti penali può essere soggetta a delle eccezioni tra cui l'ipotesi di non corretto uso del potere legislativo da parte del Governo che abroghi con un decreto legislativo una disposizione penale violando i limiti della legge delega.

Corroborano quanto appena esposto due recenti della Corte Costituzionale in cui è stata ribadita sia l'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale di censura di una disposizione abrogante contenuta in un decreto legislativo e contrastante con scelte di politica criminale espresse dal parlamento, sia le

⁸ Cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (la giustizia costituzionale), in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale* (traduzione a cura di C. Geraci), Milano, 1981, p. 194 e s.; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Milano, 1991, p. 112 e ss. e 131 e ss, P. VERONESI *A proposito di rilevanza: la Corte costituzionale come giudice del modo di esercizio del potere, in Giurisprudenza costituzionale*, 199.

⁹ Art. 8. Disposizioni di coordinamento: «1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i richiami alle disposizioni abrogate dall'articolo 7, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del codice penale come indicato dalla tabella A allegata al presente decreto. 2. I richiami all'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ove specificamente riguardanti l'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si intendono riferiti all'articolo 85-bis del medesimo decreto e ove specificamente riguardanti l'articolo 295 del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, si intendono riferiti all'articolo 301, comma 5-bis, del medesimo decreto».

conseguenze di un accertamento in tal senso ovvero sia l'illegittimità costituzionale della norma abrogante contenuta nel decreto legislativo e il ripristino della norma incriminatrice preesistente, mai abrogata validamente¹⁰.

In definitiva, la Terza sezione della Cassazione ritiene che il Governo in un eccesso di delega conferita con la legge n. 103 del 2018 volta al mero riordino delle fattispecie di reato già previste in norme extra codicistiche, di tal guisa chiedendo alla Corte costituzionale una pronuncia manipolativa che elimini l'inciso dell'art. 586-*bis* c.p. relativo al dolo specifico del «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti».

2. Profili di ammissibilità.

La Corte Costituzionale, nella recente sentenza n. 37 del 2019 ha nuovamente evidenziato quali sono le eccezioni al principio di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale con produzione di effetti *in malam partem*:

¹⁰ Cfr. Corte Cost., 6 marzo 2019, n. 37: «Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, lett. a), n. 2), l. 28 aprile 2014, n. 67 e dell'art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, censurati per violazione degli artt. 2 e 3 Cost., nella parte in cui hanno abrogato il delitto di ingiuria in precedenza previsto dall'art. 594 c.p. Al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata osta il principio, che nella specie non subisce eccezioni, consacrato nell'art. 25, comma 2, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante. Il rimettente ha, invero, giustamente sottolineato il carattere fondamentale del diritto all'onore, come tale ascrivibile non solo al novero dei «diritti inviolabili» riconosciuti dall'art. 2 Cost., ma anche all'art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché all'art. 8 della CEDU, e, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, all'art. 7 CDFUE, ma da tale riconoscimento non discende l'obbligo per l'ordinamento di assicurarne la tutela mediante sanzioni penali, non essendo ravvisabili obblighi di incriminazione, di origine costituzionale o sovranazionale, che limitino la discrezionalità del legislatore nella determinazione delle modalità della sua tutela. Quest'ultima, pertanto, ben potrà restare affidata — oltre che ai tradizionali rimedi aquiliani — a sanzioni pecuniarie di carattere civile, come quelle apprestate dal d.lgs. n. 7 del 2016, sulla base di scelte non censurabili dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 38 del 1973, 86 del 1974, 71 del 1983, 330, 379 del 1996, 49 del 2002, 161 del 2004, 394 del 2006, 5, 32, 46 del 2014, 143, 236 del 2018; ordd. nn. 355 del 1997, 175 del 2001, 164 del 2007, 65, 413 del 2008, 5, 66, 204 del 2009, 285 del 2012)», in www.dejure.it; Corte Cost., 18 luglio 2019, n. 189: «Sono infondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli artt. 3, 25, comma 2, 30 e 76 Cost., dell'art. 570-bis c.p., nonché degli artt. 2, comma 1, lett. c), e 7, comma 1, lett. o), d.lg. 1° marzo 2018, n. 21, nella parte in cui escluderebbero dall'ambito di operatività della disciplina penale ivi prevista i figli di genitori non coniugati. (In motivazione, la Corte ha disatteso il presupposto interpretativo dal quale muovevano i giudici a quibus, richiamando il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità che ritiene la perdurante vigenza — anche dopo l'entrata in vigore del d.lg. n. 21 del 2018 — dell'art. 4, comma 2, l. n. 54 del 2006, sicché il rinvio operato da tale disposizione all'art. 3 l. n. 54 del 2006, va inteso come riferito al nuovo art. 570-bis c.p., che abbraccerebbe così — oltre al fatto compiuto dal «coniuge» — anche quello compiuto dal genitore nei confronti del figlio nato fuori dal matrimonio)», in www.dejure.it.

1. Scorretto esercizio del potere legislativo da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale (sentenza n. 46 del 2014); da parte del Governo che abroghi mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza essere autorizzato dalla legge delega¹¹ ovvero anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge¹²;
2. Norma penale di favore che sottragga *irragionevolmente* un determinato ipotesi di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più estesa categoria di condotte stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero che preveda per dette ipotesi – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole¹³;
3. Contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 17, co. 1, Cost.¹⁴;

¹¹ Corte Cost., 23 gennaio 2014, n. 5: «Sono ammissibili le q.l.c. dell'art. 2268 d.lg. 15 marzo 2010 n. 66, nella parte in cui, al n. 297 del comma 1, abroga il d.lg. n. 43 del 1948 e, per l'effetto, abroga il divieto penalmente sanzionato delle associazioni di carattere militare che perseguono, anche indirettamente, scopi politici. Quando, deducendo la violazione dell'art. 76 cost., si propone una q.l.c. di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento che introduca una "norma penale di favore", il sindacato della Corte costituzionale non può essere precluso dal principio della riserva di legge in materia penale, in quanto la verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata è essa stessa strumento di garanzia del rispetto di detto principio sancito dall'art. 25, comma 2, cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali (sent. n. 85 del 1976, 148 del 1983, 98 del 1997, 394 del 2006, 324 del 2008, 57 del 2009, 28, 273 del 2010, 294 del 2011; ordd. n. 3, 5, 66, 103, 204, 285 del 2009)», in www.dejure.it.

¹² Corte Cost., 25 febbraio 2014, n. 32: «Sono incostituzionali gli art. 4 bis e 4 vicies ter commi 2 lett. a) e 3 lett. a) n. 6 d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006 n. 49, nella parte in cui parificano ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti o psicotrope c.d. leggere a quelle c.d. pesanti e unificano le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, includendo la cannabis ed i suoi prodotti nella prima di tali tabelle (nella specie, la corte ha ritenuto le norme inserite dalla legge di conversione disomogenee in quanto estranee all'oggetto, alle finalità ed alla ratio dell'originale decreto legge», in www.dejure.it.

¹³ «Il principio di legalità non preclude alla Corte di pronunciare decisioni ablativo di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo. In questi casi la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva, perché l'effetto "in malam partem, derivante dalla riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria, costituisce una reazione naturale dell'ordinamento alla scomparsa della norma incostituzionale», in www.dejure.it.

¹⁴ Corte Cost., 28 gennaio 2010, n. 28: «È costituzionalmente illegittimo l'art. 183, comma 1, lett. n), d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (Norme in materia ambientale), nel testo antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 20, d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, recante norme in materia ambientale), nella parte in

4. Conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale, derivante dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale¹⁵.

La fattispecie oggetto del presente commento è sussumibile nella prima ipotesi, il che sarebbe foriero della ammissibilità.

La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 189 del 2019, riteneva ammissibili le ordinanze di rimessione che censuravano l'eccesso di delega del Governo per l'introduzione dell'art. 570 *bis* c.p. proprio in attuazione della c.d. "riserva di codice".

La Terza sezione della Cassazione rileva l'*abolitio criminis* parziale attraverso l'uso scorretto della delega da parte del Governo nell'introdurre il nuovo art. 586-*bis* c.p. di tal guisa sottolineando come il *petitum* dell'odierna ordinanza di sia la questione di legittimità costituzionale con il solo riferimento al dolo specifico introdotto dalla norma censurata nella parte in cui viene previsto il «*fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*».

cui prevede: "rientrano altresì tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto le ceneri di pirite, polveri di ossido di ferro, provenienti dal processo di arrostitimento del minerale noto come pirite o solfuro di ferro per la produzione di acido solforico e ossido di ferro, depositate presso stabilimenti di produzione dismessi, aree industriali e non, anche se sottoposte a procedimento di bonifica o di ripristino ambientale". (La Corte, dopo aver rilevato, per un verso, il contrasto tra la norma censurata e le direttive comunitarie in materia di rifiuti e, per altro verso, l'impossibilità di disapplicazione di detta norma da parte del giudice "a quo" e dopo aver altresì escluso la necessità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, richiamata la propria giurisprudenza in tema di sindacabilità delle norme penali di favore, ha affermato che occorre distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali; la Corte ha comunque precisato che non essendo stata denunciata dal giudice "a quo" la violazione dell'art. 3 cost. e del principio di ragionevolezza, deve escludersi che la questione esaminata comprenda la problematica delle norme penali di favore, quale affrontata dalla sent. n. 394 del 2006)», in www.dejure.it.

¹⁵ Corte Cost., 14 dicembre 2018, n. 236: «Deve ritenersi costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost. – sia sotto il profilo dell'uguaglianza che della ragionevolezza – il disposto dell'art. 4, comma 1, lett. a), del d.lgs. 274/2000, nella parte in cui non esclude dai delitti (consumati o tentati) di competenza del giudice di pace anche quello di lesioni volontarie lievissime, previsto dall' art. 582, comma 2, c.p., per fatti commessi contro l'ascendente o il discendente (ivi incluso il figlio naturale) di cui al numero 1) del primo comma dell'art. 577 c.p. In via consequenziale, deve – altresì – riconoscersi l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione nella parte in cui non esclude dai delitti (consumati o tentati) di competenza del giudice onorario anche quello di lesioni volontarie lievissime, previsto dall'art. 582, comma 2, c.p. per fatti commessi contro gli altri soggetti elencati al numero 1) del primo comma dell'art. 577 c.p. come novellato dalla l. 4/2018, ossia: «il coniuge, anche legalmente separato, l'altra parte dell'unione civile o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente», in www.dejure.it.

Parte della dottrina nel premettere che se l'unico parametro violato secondo i giudici di legittimità sia l'art. 76 della Costituzione allora sarebbe possibile censurare l'art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 21 del 2018, ossia nella disposizione che ha introdotto nel codice penale il nuovo art. 586-*bis*.

Il parametro costituzionale che si ritiene violato, infatti, attiene al rapporto tra il Parlamento e il Governo con particolare riferimento al ruolo dei due organi nel procedimento legislativo da cui trae origine il decreto.

A violare i limiti della delega conferita al Governo è innanzitutto la disposizione del decreto legislativo e non l'art. 586 bis ovvero sia la disposizione sui cui incide il decreto legislativo illegittimamente formato.

Sempre la medesima impostazione ermeneutica esclude la configurabilità dell'*aberratio ictus* oggetto di una possibile pronuncia di inammissibilità sulla scorta di una duplice argomentazione.

La prima, secondo cui la norma applicata dal collegio per decider il caso di specie è l'art. 586 bis c.p. ancorché nella formulazione propria decreto legislativo che tale articolo ha introdotto; La seconda fondata sulla chiarezza del *thema decidendum* che appare dal dispositivo e dall'intera motivazione e che menzionano anche la disposizione del decreto legislativo.

Quanto esposto si pone in continuità con diversi dubbi sollevati da parte della dottrina relativi alla legiferazione in materia penale attraverso gli strumenti del decreto legislativo e del decreto legge, spesso privi della necessaria chiarezza della materia penalistica. Dubbi che sono forieri della valutazione dell'opportunità di escludere tali strumenti dalle fonti del diritto penale.

Il caso in esame ha però una particolarità: la legge delega era assolutamente connotata da chiarezza/precisione e ciononostante il Governo ha superato i limiti imposti dal Parlamento.

Per completezza espositiva occorre necessariamente precisare che immediatamente dopo l'attuazione della traslazione nel codice penale dell'ipotesi in esame, parte della dottrina e della giurisprudenza avevano segnalato l'anomalia.

A titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, si pensi alla sentenza n. 1642 del 2018 emessa dal Tribunale di Brescia¹⁶. Nella pronuncia in esame era

¹⁶ Trib. Brescia, Sez. I, 9 maggio 2018, n. 1642: «Non è manifestamente infondata, sebbene priva di concreta rilevanza con riferimento alla fattispecie in esame, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. d) d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, recante "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103", per contrasto con l'art. 76 Cost., nella parte in cui ha abrogato la fattispecie di commercio clandestino di anabolizzanti prevista

stata già rilevata la possibile illegittimità del settimo comma dell'art. 586 bis senza però sollevare la questione di costituzionalità sulla scorta della motivazione secondo cui, nel caso di specie, non sussisteva il requisito della rilevanza poiché l'imputato – pur eliminando dalla fattispecie astratta l'elemento del dolo specifico – sarebbe comunque stato condannato.

Nell'ordinanza oggetto del presente commento, al contrario, i giudici del Supremo Consesso hanno sottolineato che nella vicenda fattuale sottoposta alla propria attenzione i giudici di merito hanno espressamente sottolineato il difetto del dolo specifico in capo all'imputato.

Immediato precipitato di quanto detto è la duplice soluzione che si prospetterebbe in base al parametro normativo utilizzato: condanna, nell'ipotesi in cui si applicasse l'abrogato art. 9, co. 7, legge n. 376 del 2000 che non prevedeva il dolo specifico; assoluzione per difetto dell'elemento soggettivo applicando il vigente art. 586-*bis*, co. 7, c.p.

3. Problematiche di diritto intertemporale.

L'esito della sentenza avrebbe risvolti intertemporali di non poco rilievo.

Una sentenza di accoglimento avrebbe l'effetto di rendere applicabile la commercializzazione di sostanze dopanti, nella sua formulazione originaria prevista dall'art. 9, co. 7, legge n. 376 del 2000, nei confronti di tutti quei soggetti che hanno commesso il fatto prima del 6 aprile 2018, data di entrata in vigore del d.lgs. attuativo del principio della "riserva di codice", e nei confronti di quegli eventuali nuovi fatti che verrebbero eventualmente commessi in data successiva alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale sulla Gazzetta ufficiale.

In altre parole, l'*abolitio criminis* delle condotte di commercializzazione *non* finalizzate alla alterazione delle prestazioni agonistiche degli atleti avrebbe rilievo solo per i fatti commessi tra il 6 aprile 2018 e la declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 586-*bis* c.p.

dall'art. 9, comma 7, l. 14 dicembre 2000, n. 376, e contestualmente introdotto nel codice penale il nuovo art. 586-bis, comma 7, prevedendo quale nuovo elemento costitutivo del delitto il dolo specifico consistente nella finalità di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, nonostante siffatta operazione di interpolazione normativa non fosse contemplata dalla delega legislativa di cui all'art. 1, comma 85, lett. q), l. 23 giugno 2017, n. 103, limitata a prevedere l'inserimento nel codice penale delle fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore dirette alla tutela di beni di rilevanza costituzionale, tra cui il bene della salute sia individuale che collettiva, in assenza di principi o criteri direttivi concernenti la modifica sostanziale delle predette fattispecie», in www.dejure.it.

Fatti salvi gli effetti *in malam partem* del sindacato, la dichiarazione di illegittimità costituzionale non può produrre conseguenze sfavorevoli nei confronti di chi abbia commesso un fatto in vigenza di una legge che non qualifichi tale fatto come reato al momento della sua commissione.

Il caso Juventus-Napoli: quando la forza è maggiore...ma non troppo!

di Ernesto CAGGIANO*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La ricostruzione storica dei fatti, il *petitum* e la causa di forza maggiore. **3.** L'obiettivo impossibilità sopravvenuta ed il principio di diritto. **4.** Il rapporto tra disposizioni delle autorità sanitarie regionali, le N.O.I.F. ed il protocollo FIGC: il sistema di regolamentazione sportiva durante l'emergenza Covid-19. **5.** Forza maggiore, inesigibilità della prestazione *ex fide bona*, condotta diligente e recisione del nesso causale: conclusioni.

ABSTRACT: *The article provides a comment on the decision of the FIGC sports judge no. 13 of 14.10.2020 with which the judge, deciding on the non-presentation of the Napoli F.C. to the match against Juventus F.C. to be held in Turin on 4.10.2020, inflicted a 3-0 defeat and a penalty point pursuant to art. 53 of the N.O.I.F. Two aspects are considered: the relationship between the acts with a mandatory content that regulate the matter, such as the FIGC protocol, N.O.I.F. and the provisions of the health authority; the existence of a cause of supervening impossibility, for factum principis, not attributable to the debtor, therefore of force majeure capable of excluding his liability pursuant to art. 55 of the N.O.I.F., sub specie of inesigibility of the service or of diligent conduct for legitimate expectations of the debtor.*

1. Premessa.

Con la decisione n. 13 del 14.10.2020 il giudice sportivo, riconoscendo la condotta colpevole della Società Sportiva Calcio Napoli – di seguito SSC Napoli – comminava alla medesima "le sanzioni previste dall'art. 53 N.O.I.F. per la mancata disputa della gara in oggetto, in particolare la perdita della gara per 0-3 e la penalizzazione di un punto in classifica per la stagione sportiva 2020/2021".

Appare opportuno osservare in premessa che, dalla lettura dei passaggi motivazionali, chiunque pensasse di rinvenire nei medesimi la soluzione alla *vexata quaestio* relativa alla sistematizzazione delle fonti del diritto rilevanti in

* Magistrato addetto all'Ufficio di Gabinetto del Ministro della Giustizia.

materia, e dunque ai rapporti tra le N.O.I.F.¹, il protocollo FIGC-CTS e il potere di intervento delle autorità sanitarie regionali, rimarrebbe deluso.

Invero, il Giudice di prime cure nel suo percorso logico-argomentativo focalizza *in primis* il *petitum*, chiarendo che l'analisi è limitata a valutare, ai soli fini sportivi, la eventuale sussistenza di cause di forza maggiore che, ai sensi dell'art. 55 N.O.I.F., avrebbero legittimato la condotta della SSC Napoli, in ipotesi determinando l'esclusione della responsabilità rispetto alla mancata presentazione della squadra per la partita da disputarsi a Torino in data 4.10.2020.

La ristretta perimetrazione del campo del giudizio non appare oggetto di discussione, fondandosi sul dato letterale di cui all'art. 2, comma 1, lett. b) della L. 280/2003, in base al quale è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto "*i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive*" ed apparendo pacifica la riconduzione della questione oggetto di giudizio alla materia disciplinare.

Non altrettanto pacifica è, al contrario, l'analisi degli elementi che il giudice, nel valutare la violazione ad un espresso precetto dell'ordinamento sportivo, deve prendere in considerazione ai fini della irrogazione di una sanzione disciplinare, apparendo sfumata la distinzione tra elementi fattuali fenomenici in senso stretto ed elementi che richiamano, incidentalmente, atti o fatti giuridici.

Inoltre, e per completezza, deve osservarsi che, in virtù del noto arresto della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 49 del 2011², la riserva in favore degli organi dell'ordinamento sportivo è da considerarsi relativa in quanto, una volta esauriti i gradi della giustizia sportiva e dunque adempiuto al cd "vincolo di giustizia", il ricorrente potrà legittimamente adire il giudice amministrativo al fine di ottenere non la caducazione del provvedimento sanzionatorio/disciplinare, ormai definitivo, bensì la condanna al risarcimento del danno. Secondo la Corte, l'unica condizione necessaria ad ottenere questa ulteriore forma di tutela va rinvenuta nella potenzialità della sanzione amministrativa – in ipotesi illegittima o non proporzionata alla violazione – ad incidere su posizioni giuridicamente tutelate, quali diritti soggettivi o interessi legittimi.

¹ Le "Norme organizzative interne federali" rappresentano il regolamento della FIGC, il testo integrale è rinvenibile ai seguenti link: <https://www.figc.it/it/federazione/norme/norme-organizzative-interne/> e <https://figc.it/utility/exportallegati/pdf?id=1300>

² In *Resp. civ. e prev.* 2011, 10, 1997, nota di PAVONI.

Ne deriva che l'oggetto della pronuncia, sia pur così delimitato, presenta aspetti di interesse che potrebbero andare oltre le valutazioni di competenza del giudice adito.

Allo stesso tempo, la sentenza affronta alcune tematiche meritevoli di approfondimento, alla luce delle quali va valutata la decisione finale.

2. La ricostruzione storica dei fatti, il *petitum* e la causa di forza maggiore.

Come anticipato, il Giudice identifica con chiarezza l'oggetto della sua statuizione nella valutazione dell'applicabilità della sanzione prevista dall'art. 53 N.O.I.F., ossia la perdita della gara e la penalizzazione di un punto in classifica, in conseguenza del rapporto arbitrale che certificava la mancata disputa dell'incontro calcistico per omessa presentazione della SSC Napoli.

L'applicazione della sanzione, ai sensi del citato articolo del regolamento federale, è automatica al verificarsi dell'evento e trova la sua unica eccezione nel dettato dell'articolo 55, in base al quale *"le squadre che non si presentano in campo nel termine di cui all'art. 54, comma 2, sono considerate rinunciarie alla gara con le conseguenze previste dall'art. 53, salvo che non dimostrino la sussistenza di una causa di forza maggiore"*.

Il fulcro della questione, dunque, ruota attorno alle ragioni che, a seguito del consistente carteggio tra la SSC Napoli e le aziende sanitarie locali – ASL Napoli 1 e ASL Napoli 2 Nord – hanno indotto la predetta società a non autorizzare la trasferta ai propri tesserati.

Sotto tale profilo, nel corpo della sentenza viene ricostruita con certissima precisione la corrispondenza intercorsa tra società ed enti coinvolti, nelle giornate del 2 e del 3 ottobre 2020.

All'esito di tale analisi, il Giudice, formulando una prima e parziale valutazione, ha anzitutto ritenuto che la condizione in cui versavano alcuni tesserati della SSC Napoli, anche alla luce di quanto prescritto dalle competenti ASL, fosse tale da poter garantire il rispetto del protocollo sanitario FIGC e, dunque, compatibile con l'impegno calcistico, in quel di Torino, del 4 ottobre 2020. Ad ulteriore sostegno di questa prima conclusione viene altresì evidenziato che l'ASL Napoli 2 Nord, alle ore 16.03 del 3 ottobre 2020, nel confermare la necessità dell'isolamento fiduciario domiciliare per 14 giorni per tutta la squadra, segnalava l'impossibilità per i contatti stretti di lasciare il territorio nazionale, implicitamente consentendo gli spostamenti intra ed extra-regionali.

Tuttavia, a giudizio del giudice, diversa è la portata del valore precettivo della nota dell'ASL Napoli 2 Nord del successivo 4 ottobre 2020.

Sulla base del contenuto di tale nota – nella quale si specifica che *“tenuto conto che i calciatori in oggetto, recandosi in trasferta a Torino, avrebbero inevitabilmente contatti con una pluralità di terzi (personale dell'aeroporto, equipaggio e passeggeri del volo, personale dell'hotel sede del ritiro, addetti e tesserati della Juventus FC SpA), si ritenevano non sussistenti le condizioni che consentano lo spostamento in piena sicurezza dei contatti stretti”* - l'organo giudicante prende atto della chiara esplicitazione, da parte dell'autorità di pubblica sanità, del divieto di organizzare la trasferta a Torino e, in via incidentale, afferma due principi che si riveleranno determinanti ai fini della pronuncia finale: da un lato, rileva la propria incompetenza a statuire sulla legittimità del provvedimento amministrativo emanato dall'Asl; dall'altro, ipotizza una potenziale incompatibilità tra il contenuto precettivo del provvedimento citato e il comportamento che la società sportiva dovrebbe adottare alla stregua del protocollo FIGC-CTS, evitando tuttavia di prendere espressa posizione sul conflitto tra le diverse fonti, pur evidenziando che il protocollo FIGC *“non esclude l'intervento delle Aziende sanitarie territorialmente competenti ove strettamente necessario”*.

Sicché, la residua parte della motivazione si incentra sulla sussistenza o non, alla stregua dei fatti così come ricostruiti, della scriminante connessa allo stato di forza maggiore, focalizzandosi il giudice in via esclusiva a verificare se, sotto il profilo meramente obiettivo, la prestazione si configurasse come materialmente impossibile ed omettendo qualsiasi valutazione di carattere soggettivo, su cui si tornerà in seguito.

Sganciandosi dalla – pur evocata – valutazione circa la esigibilità della prestazione connessa al profilo della prevedibilità del *factum principis* ed alla condotta diligente del debitore, in maniera non del tutto convincente l'organo giudicante fonda la propria decisione sulla possibilità di fornire la prestazione (in tal modo contestualmente rispettando il protocollo, in base al quale la stessa sarebbe stata certamente eseguibile) in ragione dei primi provvedimenti dell'autorità sanitaria.

3. L'obiettiva impossibilità sopravvenuta ed il principio di diritto.

E' proprio sulla valutazione che l'organo giudicante fa dell'esigibilità in concreto della prestazione in funzione dei reiterati e susseguentisi ordini dell'autorità di pubblica sanità che la pronuncia appare meno condivisibile.

Distinguendo idealmente, nonché cronologicamente, una prima fase della vicenda – relativa alle comunicazioni intercorse tra le parti in data 2 e 3 ottobre – ed una seconda fase – incentrata sulla citata comunicazione del 4 ottobre, ore 16.13 – il giudice perviene ad una duplice conclusione: la prestazione, obiettivamente eseguibile nella prima fase, diviene oggettivamente impossibile nella seconda fase.

La vicenda, così come ricostruita, sembra configurare una specifica, ancorché singolare per le modalità, ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a ragioni indipendenti dalla volontà del debitore: in siffatta prospettiva, appare pienamente applicabile l'art. 1218 c.c. richiamato in maniera indiretta dall'art. 55 N.O.I.F.

Ed invece, a dispetto della tradizionale interpretazione dell'istituto civilistico, il giudice di prime cure ritiene non rilevante la sussistenza di una chiara ed obiettiva causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione ritenendola assorbita dalla pregressa condotta della società calcio Napoli.

La società – si osserva – pur potendo eseguire la prestazione nel pieno rispetto del protocollo FIGC/CTS ed in assenza del *factum principis*, integratosi chiaramente solo in data 4.10.2020, si poneva volontariamente nella condizione di inadempimento, annullando i trasferimenti per Torino.

Alla luce di tali considerazioni, il giudice si determinava nei termini indicati in premessa, affermando il seguente principio di diritto:

“Non si può far valere una causa esterna oggettiva di impossibilità della prestazione, quale è appunto la forza maggiore, nel caso declinata come ordine dell'autorità, quando la prestazione sia stata da tempo unilateralmente rinunziata (non conformemente, peraltro, alle indicazioni dell'Ente organizzatore) e sia divenuta ormai nei fatti impossibile, atteso che in tal caso la sopravvenuta vis esterna diviene in concreto irrilevante”.

4. Il rapporto tra le disposizioni delle autorità sanitarie regionali, le N.O.I.F. ed il protocollo FIGC: il sistema di regolamentazione sportiva durante l'emergenza Covid-19.

Come anticipato, il giudice non prende esplicitamente posizione sul sistema delle fonti che hanno una diretta incidenza sulle condotte oggetto di giudizio né fornisce una organica ricostruzione del peculiare quadro regolamentare determinatosi a seguito delle restrizioni connesse all'emergenza Covid-19.

Implicitamente, tuttavia, egli esprime un giudizio di prevalenza del provvedimento amministrativo, per di più emesso a tutela di un diritto di rango

costituzionale quale quello alla salute: tale conclusione si ricava, *a contrariis*, dalla espressa qualificazione del provvedimento della P.A. come *factum principis*. L'ordine dell'autorità è causa di impossibilità sopravvenuta proprio perché si impone sul debitore e, di conseguenza, su ogni altro atto a contenuto precettivo fonte dell'obbligazione: ne deriva che, nel caso di specie, è prevalente anche sul protocollo; altrimenti, il giudice non avrebbe potuto qualificarlo come tale.

Appare ad ogni modo opportuno fornire un quadro, sia pur sintetico, delle disposizioni normative di interesse.

La materia, riguardando al contempo aspetti squisitamente di ordinamento sportivo e di tutela della salute pubblica, è governata dalle disposizioni di cui al Titolo V della Costituzione.

Ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. rientrano nella materia di legislazione concorrente sia la tutela della salute che l'ordinamento sportivo.

Derivato di tale attribuzione, ai sensi del successivo comma 4, è che la potestà legislativa in tali materie spetti alle Regioni, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, su cui persiste una riserva di legislazione nazionale all'evidente scopo di garantire, quanto al perseguimento dei fini primari, la uniformità dell'azione amministrativa su tutto il territorio dello stato.

Parimenti, in virtù del comma 7, le Regioni sono anche titolari della potestà regolamentare nelle materie di competenza concorrente.

Mentre la gestione della materia sanitaria a livello regionale non pone problemi di carattere generale, più complessa è invece la regolamentazione dell'ordinamento sportivo alla luce del principio di autonomia di quest'ultimo.

A seguito di un lungo percorso evolutivo normativo e giurisprudenziale, è oggi pacifica la configurabilità di un ordinamento giuridico sportivo in senso stretto in grado di operare all'interno dell'ordinamento statale, quale ordinamento derivato e riconosciuto dal primo³: il riconoscimento, dapprima avvenuto con L. 426/1942, è oggi contenuto nel d.lgs 242/1999 nonché nella l. 280/2003 che all'art. 1 – significativamente rubricato "principi generali" – scolpisce il seguente principio: "*La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale*", precisando inoltre al comma 2 che "*I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per*

³ Sul tema, v. M. PITTALIS, *Sport e diritto. L'attività sportiva tra performance e vita quotidiana*, Milano, Ed. Wolters Kluwer-Cedam, 2019, pag. 32 e ss.

*l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*⁴.

Nonostante l'espresso riconoscimento, non è semplice la individuazione dei confini tra i due ordinamenti.

Un utile strumento per operare una opportuna perimetrazione dei due ambiti di operatività è fornito, in via indiretta, dal sistema di giustizia amministrativa, parimenti disciplinato dalla citata L. 280 del 2003 (così come recentemente modificata dalla legge di bilancio del 2019) che prevede, in linea generale ed al netto di alcuni contemperamenti, la competenza esclusiva del giudice sportivo nelle controversie riguardanti questioni tecniche e disciplinari, lasciando le questioni patrimoniali e quelle organizzative (*rectius*: amministrative) alla giurisdizione statale⁵.

L'avvento della emergenza dovuta alla pandemia da Covid-19 ha reso ancor più complicato il quadro che si era così faticosamente delineato in quanto, incidendo sul difficile equilibrio tra diritto alla salute e diritto allo sport, ha provocato una temporanea espansione del primo ed una correlativa contrazione del secondo.

Ne è peraltro conseguita, quale effetto collaterale, una maggiore ed inedita incidenza della autorità statale e di quella regionale nell'ambito della organizzazione e gestione delle competizioni sportive che, fino a questo momento, aveva avuto una rilevanza più teorica che pratica.

Nel momento in cui le decisioni delle autorità competenti in materia sanitaria (ai sensi del citato art. 117 Cost., della legge 23 dicembre 1978, n. 833 e dell'art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267), hanno inciso su una serie di libertà civili e di diritti fondamentali, persino di rango costituzionale, ma pur sempre serventi rispetto al bene primario della vita e della incolumità pubblica, il sistema sportivo ha risentito di una compressione del suo livello di autonomia, anche organizzativa.

I provvedimenti governativi – nonché le ordinanze regionali – susseguitisi a partire dal 23 febbraio 2020, giorno di emanazione del decreto legge n. 6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza

⁴ A livello giurisprudenziale già da tempo si era proceduto ad un espresso riconoscimento del valore e della natura autonoma dell'ordinamento sportivo. La Suprema Corte, in un noto arresto del 1978, aveva statuito che "l'ordinamento giuridico sportivo è costituito ed opera nell'ambito territoriale in cui si esercita la sovranità dell'ordinamento giuridico, esiste perciò, e non può non esistere, un rapporto tra l'uno e l'altro ordinamento: rapporto tra ordinamento giuridico sovrano ed ordinamento giuridico minore; e rapporto che si specifica nel senso del riconoscimento o nel non riconoscimento da parte del primo" (cfr. Cass. Civ, sez. III, 11 febbraio 1978, n. 625, in *Il Foro Italiano*, 1978, 01, 0862 e in *Giustizia civile*, 1978, 01, 0897).

⁵ V. M. PITTALIS, *op.cit.*, pag. 637 e ss.

epidemiologica da COVID-19», hanno fortemente impattato anche sul movimento sportivo, determinando la sospensione e cancellazione di competizioni dilettantistiche e professionistiche ad ogni livello. Inoltre, l'interlocuzione tra organismi sportivi e autorità statali è stata mediata dal Comitato tecnico scientifico che, costituito con ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 dal capo del dipartimento della protezione civile presso la Presidenza del consiglio dei Ministri e successivamente istituito per decreto del commissario per l'emergenza, ha lo scopo di fornire consulenza al capo del dipartimento – e sostanzialmente al Governo – in merito all'adozione delle misure di prevenzione necessarie a fronteggiare la diffusione del coronavirus.

Ai nostri limitati fini, rilevano i DPCM 26 aprile 2020⁶ (nonché le Linee Guida dell'Ufficio dello Sport emanate ai sensi dell'art. 2 lett. f) e g) e, da ultimo, 17 maggio 2020⁷: questi decreti hanno permesso la ripresa delle attività calcistiche delle leghe professionistiche e, in uno alle "indicazioni per la ripresa delle squadre di calcio professionistiche degli arbitri" redatte dalla Commissione medico Scientifica della FIGC⁸ – validate dal predetto CTS con verbale del 12

⁶ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 108 del 27.04.2020 e reperibile anche al seguente link: http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/Dpcm_img_20200426.pdf v., in particolare, art. 1, comma 1, lett. f), g).

⁷ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 126 del 17.05.2020 e reperibile al seguente link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/05/17/126/sg/pdf> v., in particolare, art. 1, comma 1, lett. d), e), f), g). In base all'art. 1, comma, 1 lett. e) del citato DPCM "Sono sospesi gli eventi e le competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, in luoghi pubblici o privati. Allo scopo di consentire la graduale ripresa delle attività sportive, nel rispetto di prioritarie esigenze di tutela della salute connesse al rischio di diffusione da COVID-19, le sessioni di allenamento degli atleti, professionisti e non professionisti, degli sport individuali e di squadra, sono consentite, nel rispetto delle norme di distanziamento sociale e senza alcun assembramento, a porte chiuse.

I soli atleti, professionisti e non professionisti, riconosciuti di interesse nazionale dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dal Comitato Italiano Paralimpico (CIP) e dalle rispettive federazioni, in vista della loro partecipazione a competizioni di livello nazionale ed internazionale, possono spostarsi da una regione all'altra, previa convocazione della federazione di appartenenza. Ai fini di quanto previsto dalla presente lettera, sono emanate, previa validazione del Comitato tecnico-scientifico istituito presso il Dipartimento della protezione civile, apposite linee-guida a cura dell'Ufficio per lo Sport della Presidenza del Consiglio dei ministri, su proposta del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) e del Comitato Italiano Paralimpico (CIP), sentita la Federazione Medico Sportiva Italiana (FMSI), le Federazioni Sportive Nazionali, le Discipline Sportive Associate e gli Enti di Promozione Sportiva".

⁸ La Commissione Medico-Scientifica Federale (Commissione FIGC) ha provveduto ad aggiornare le linee guida sulla base delle evidenze medico-scientifiche in divenire e ha recepito le indicazioni del Comitato Tecnico Scientifico, successive all'audizione dei rappresentanti della FIGC da parte degli esperti del CTS stesso, avvenuta in data 7 maggio, e comunicate a FIGC in data 11 maggio, indicazioni che sono "da considerarsi stringenti e vincolanti ai fini della ripresa stessa".

Il testo integrale è rinvenibile al seguente link: <https://www.figc.it/media/121365/protocollo-lega-rivisto-finale.pdf>

giugno 2020, n. 88⁹ – rappresentano il protocollo sanitario dedicato esclusivamente allo svolgimento delle predette competizioni¹⁰.

Al fine di consentire la ripresa delle attività sportive, in sostanza, sono state concordate delle modalità operative, in caso di accertati casi di contagio da Covid-19, che si discostano in maniera notevole rispetto alle prescrizioni ed alle prassi operative applicate alla collettività¹¹.

Alla stregua di questo complesso, e sinteticamente ricostruito, quadro normativo generale, spettava al giudice stabilire quali fossero i rapporti gerarchici tra le decisioni dell'autorità sanitaria regionale e le indicazioni specifiche fornite dal protocollo, in caso di contagio da Covid-19 a carico di uno o più membri di una squadra professionistica.

⁹ Il testo integrale del verbale, nonché l'elenco di tutti i verbali del CTS, è reperibile al seguente link:

<http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus>

¹⁰ Cui si aggiunge il "Protocollo FIGC" denominato "Indicazioni e procedure per la ripresa degli allenamenti individuali delle squadre di calcio di interesse nazionale" del 5 maggio 2020, stilato sulla base delle indicazioni della Commissione Medico-scientifica federale ed integrato dalle indicazioni fornite dal CTS.

Per completezza, va citato anche il comunicato ufficiale n. 51 della Lega serie A del 2.10.2020 avente ad oggetto "Regole relative ad impatto Covid-19. Gestione casi di positività e rinvio gare", rinvenibile al seguente link http://www.legaseriea.it/uploads/default/attachments/comunicati/comunicati_m/8500/files/allegati/8601/51_-_regole_relative_a_impatto_covid-19.pdf

¹¹ Il Ministero della Salute – D.G. della prevenzione sanitaria – con provvedimento n. 21463 del 18.06.2020 avente ad oggetto "Modalità attuative della quarantena per i contatti stretti dei casi COVID-19, in particolari contesti di riferimento, quali l'attività agonistica di squadra professionista", richiamando la precedente circolare n. 18584 del 29 maggio 2020, nonché il predetto verbale del 12 giugno 2020, n. 88 del Comitato tecnico scientifico, statuiva che "per quanto riguarda l'attività agonistica di squadra professionista, nel caso in cui risulti positivo un giocatore ne dispone l'isolamento ed applica la quarantena dei componenti del gruppo squadra che hanno avuto contatti stretti con un caso confermato. Il Dipartimento di prevenzione può prevedere che, alla luce del citato parere del 12 giugno 2020 n. 88 del Comitato tecnico scientifico nominato con ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020, alla quarantena dei contatti stretti possa far seguito, per tutto il "gruppo squadra", l'esecuzione del test, con oneri a carico delle società sportive, per la ricerca dell'RNA virale, il giorno della gara programmata, successiva all'accertamento del caso confermato di soggetto Covid-19 positivo, in modo da ottenere i risultati dell'ultimo tampone entro 4 ore e consentire l'accesso allo stadio e la disputa della gara solo ai soggetti risultati negativi al test molecolare. Al termine della gara, i componenti del "gruppo squadra" devono riprendere il periodo di quarantena fino al termine previsto, sotto sorveglianza attiva quotidiana da parte dell'operatore di sanità pubblica del Dipartimento di Prevenzione territorialmente competente, fermi gli obblighi sanciti dalla circolare di questa direzione generale del 29 maggio 2020".

Il testo integrale della citata circolare è reperibile al seguente link: <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=74563&parte=1%20&serie=null>

Per quanto argomentato, appare condivisibile la implicita considerazione operata in sentenza circa la prevalenza del provvedimento regionale (che, come anticipato, trae la sua fonte normativa non soltanto nella Costituzione ma, anche, e specificamente, nella l. 883 del 1978, istitutiva del SSN, nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e nell'art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) rispetto alle indicazioni del protocollo, ove non conciliabili con quanto statuito dalla P.A.

Sarebbe stata opportuna, tuttavia, l'esplicitazione di tale conclusione in considerazione della complessità del quadro normativo e regolamentare che si è manifestato a seguito della emergenza Covid-19.

Lo stesso giudice, peraltro, non si sofferma sulla diversa questione inerente ai rapporti tra codice regolamentare FIGC (le cd. N.O.I.F.) e protocollo federale validato dal CTS.

La tematica non appare irrilevante, derivandone conseguenze applicative di non poco momento: ove il protocollo dovesse considerarsi elemento integrativo dell'art. 53 N.O.I.F., occorrerebbe necessariamente valutarne l'avvenuto rispetto quale "nuova" ed ulteriore causa di esclusione della colpevolezza, *sub specie* di un'ulteriore ipotesi, codificata, di impossibilità sopravvenuta.

5. Forza maggiore, inesigibilità della prestazione *ex fide bona*, condotta diligente e rescissione del nesso causale: conclusioni.

Tali considerazioni aprono il campo alla seconda, e decisiva, argomentazione che ha indirizzato il giudice nelle sue determinazioni finali, ossia l'apprezzamento e la valutazione della sussistenza di una condizione di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

In giurisprudenza e in dottrina è consolidata la nozione di forza maggiore quale "ricorrenza di una situazione sopravvenuta rispetto alla stipula, ravvisabile a fronte di impedimento oggettivo caratterizzato dalla non imputabilità, anche a titolo di colpa, inevitabilità ed imprevedibilità dell'evento"¹².

La Suprema Corte è peraltro intervenuta, in tempi risalenti, sul rapporto tra caso fortuito e forza maggiore, chiarendo che concettualmente i due istituti sono accomunati quanto agli effetti, determinandosi in entrambi i casi il sopravvenire di un elemento in grado di assumere un rilievo causale esclusivo e, in definitiva, di recidere il nesso di causalità tra condotta ed evento¹³.

¹² Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 29 aprile 2010, n. 10343.

¹³ il caso fortuito - che esclude la responsabilità del soggetto coinvolto in un fatto dannoso - consiste in un elemento imprevisto e imprevedibile che, inserendosi nel processo causale al di fuori di ogni possibile controllo umano, rende inevitabile il verificarsi dello evento, ponendosi come l'unica causa efficiente di esso. (cfr. Cass. Civ., Sez. III, 8 gennaio 1981, n. 170).

Per quanto detto, il giudice, pur riconoscendo la sussistenza di una situazione di impossibilità sopravvenuta, ne esclude la rilevanza.

Tale conclusione desta perplessità sia sotto il profilo pratico che teorico.

In primo luogo, l'assunto per cui alle ore 14.13 del 4.10.2020, ossia al momento in cui la nota dell'ASL impediva chiaramente la trasferta, la prestazione non fosse più concretamente eseguibile, non appare fondato su dati fattuali certi e incontrovertibili: nulla esclude, invero, che la società – sciolto definitivamente il dubbio circa l'assentibilità o meno della trasferta – potesse raggiungere il luogo dell'incontro, Torino, avendo ben 7 ore a disposizione, oltre al tempo tecnico concesso dalle N.O.I.F. – art. 54¹⁴ – prima della declaratoria arbitrale di assenza della squadra.

Il presupposto di fatto su cui il giudice fonda la irrilevanza dell'ordine dell'autorità appare, dunque, non sussistente.

In secondo luogo, ove anche il dato di fatto risultasse acclarato, la conclusione che ne deriva appare controversa sul piano giuridico, per più ordini di ragioni.

La sussistenza di una condizione di impossibilità sopravvenuta, non attribuibile al soggetto inadempiente, spezza per definizione il nesso di causalità tra il soggetto (*rectius*, la sua condotta) e l'evento. Come ha chiarito la Cassazione, la forza maggiore è tale se, e solo se, come nel caso di specie, rappresenta un avvenimento che *"s'inserisce nella successione dei fatti togliendo alla causa remota ogni efficacia causativa"*¹⁵ (Cass. 428/1962, cit.).

"In tema di responsabilità civile, dovendosi ancorare il concetto di caso fortuito al criterio generale della prevedibilità con l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia, la quale si risolve in un giudizio di probabilità, non si può far carico al soggetto dell'obbligo di prevedere e prevenire, nell'infinita serie di accadimenti naturali o umani che possono teoricamente verificarsi, anche quegli eventi di provenienza esterna che presentino un così elevato grado di improbabilità, accidentalità o anormalità da poter essere parificati, in pratica, ai fatti imprevedibili" (cfr. Cass. Civ., sez. III, 14 ottobre 2005, n. 19974, in *Danno e responsabilità*, 2006, 8-9, 865).

La forza maggiore "esime da ogni responsabilità e rende superfluo l'accertamento dell'eventuale sussistenza di una condotta colposa, quando si concreta in un avvenimento *'cui resisti non potest'*, rispetto al quale, cioè non v'ha forza umana atta ad impedirne le conseguenze dannose, avvenimento che s'inserisce nella successione dei fatti togliendo alla causa remota ogni efficacia causativa". (cfr. Cass. Civ., Sez. III, 6 marzo 1962, n. 428, in *Il foro italiano*, 1962, 01, 0662).

¹⁴ Art. 54 N.O.I.F. rubricato "Ritardo nella presentazione in campo delle squadre. Tempo d'attesa", in base al quale:

1. "Le squadre hanno l'obbligo di presentarsi in campo all'ora fissata per l'inizio dello svolgimento della gara.
2. Nel caso di ritardo, fatte salve le sanzioni irrogabili dagli organi disciplinari ove il ritardo stesso sia ingiustificato, l'arbitro deve dare comunque inizio alla gara purché le squadre si presentino in campo in divisa di giuoco entro un termine pari alla durata di un tempo della gara.
3. È facoltà delle Leghe, del Settore per l'Attività Giovanile e Scolastica, della Divisione Calcio Femminile e dei Comitati ridurre tale termine".

¹⁵ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 6 marzo 1962, n. 428, in *Il foro italiano*, 1962, 01, 0662.

Inoltre, la situazione di oggettiva confusione che si era venuta a creare nei giorni precedenti, 2 e 3 ottobre 2020, in merito alla quale è il giudice stesso a riconoscere che le condizioni erano tali da permettere il rispetto del protocollo a fronte di indicazioni non univoche dell'autorità sanitaria, poneva la SSC Napoli in una condizione di obiettiva difficoltà, stante anche la non chiara prevalenza dell'una o dell'altra fonte precettiva.

Pertanto, nel dubbio, correttamente la società manteneva un atteggiamento prudente, che traeva non una smentita, bensì una conferma, proprio nel comunicato dell'ASL del 4.10.2020, che rappresenta, a ben vedere, la cartina di tornasole degli eventi.

E invero, ove la società avesse deciso di partire il giorno 3 ottobre per raggiungere il luogo dell'incontro, avrebbe violato proprio le disposizioni che l'autorità sanitaria avrebbe meglio specificato il giorno seguente, con il risultato di non poter ugualmente giocare la partita e di aver anche aggravato il rischio di diffusione della pandemia sul territorio nazionale, non potendosi peraltro escludersi – dato il carattere volontario e consapevole della condotta – l'insorgenza di ulteriori profili di responsabilità, anche penali.

Tali considerazioni, trasposte sul piano giuridico, conducono ad escludere una responsabilità della parte asseritamente inadempiente, non solo e non tanto sotto il profilo della sussistenza di una causa di forza maggiore, ma in base al diverso principio dell'inesigibilità *ex fide bona*, avendo tenuto il debitore un atteggiamento improntato a diligenza e orientato sulla base degli elementi di fatto (e di diritto) nella propria sfera di conoscenza.

In sintesi, vuoi per l'impossibilità della prestazione (anche in termini di inesigibilità in concreto), vuoi per la sussistenza della circostanza "soggettivamente scriminante" della condotta diligente, la condotta della SSC Napoli non appare passibile di sanzione ai sensi dell'art. 53 N.O.I.F. e dei richiamati principi di origine civilistica.

A tali profili critici se ne aggiunge un ultimo, di particolare rilievo, che attiene alla sussistenza nella fattispecie in esame di un concorso di fattori causali autonomi, che il giudice, per quanto detto, riconosce sul piano fattuale pur non attribuendogli alcun pregio, *quoad effectum*, in tema di imputazione di responsabilità.

Al contrario, costante giurisprudenza di legittimità, richiamando principi di matrice penalistica, ha chiarito che nel caso di concorso di cause trova piena applicazione la disposizione di cui all'art. 41 cod. pen., ed in particolare il comma

2, in base al quale “Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento”.

Nello specifico, la Suprema Corte ha precisato che la causa preesistente – ed omissiva, come nel caso in esame – continua a mantenere rilevanza ai fini del decorso causale soltanto allorquando sia dimostrato, con ragionamento controfattuale, che ove l'azione dovuta fosse stata posta in essere, essa sarebbe stata idonea ad impedire l'evento dannoso¹⁶: circostanza che, nel caso di specie e per quanto argomentato, non avveniva, giacché la partita non sarebbe stata disputata anche ove la SSC Napoli si fosse determinata ad intraprendere la trasferta in quel di Torino.

In sintesi, l'autonomo rilievo causale del sopravvenuto provvedimento sanitario regionale, pacificamente riconosciuto dal giudice quale causa di forza maggiore, sembra escludere in radice qualsiasi rilievo, in termini di causalità rispetto all'evento, della precedente condotta del debitore, rendendola non punibile ai sensi del combinato disposto degli art. 53 e 55 N.O.I.F.

Ad una diversa conclusione, proprio sulla scorta della impostazione assunta e delle argomentazioni proposte, il giudice sarebbe potuto forse pervenire ove avesse ritenuto il protocollo prevalente sull'ordine dell'autorità sanitaria regionale, circostanza che, per quanto specificato, è stata implicitamente esclusa dal medesimo organo giudicante nelle premesse al proprio ragionamento¹⁷.

¹⁶ “In tema di responsabilità civile, qualora l'evento dannoso si ricolleggi a più azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41, c.p., in virtù del quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a tutte, tranne che si accerti l'esclusiva efficienza causale di una di esse. In particolare, in riferimento al caso in cui una delle cause consista in una omissione, la positiva valutazione sull'esistenza del nesso causale tra omissione ed evento presuppone che si accerti che l'azione omessa, se fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento dannoso ovvero a ridurne le conseguenze, non potendo esserne esclusa l'efficienza soltanto perché sia incerto il suo grado di incidenza causale” (cfr. Cass. Civ., sez. III, 28 luglio 2017, ord. n. 18753).

¹⁷ N.d.A: Nelle more della pubblicazione della presente nota, la Corte Sportiva d'Appello Nazionale FIGC ha emesso la pronuncia con la quale, rigettando il reclamo proposto dalla SSC Napoli, ha confermato la pronuncia di primo grado. Sulla decisione di appello, che sembra non aver sciolto tutti i dubbi e le criticità proprie della pronuncia di primo grado, seguirà ulteriore nota di commento.

Comment about the judgement of Kosovo Specialist Chambers 22 May 2020

by Vittoria PELLERITO*

TABLE OF CONTENTS: **1.** Premise on judgement. **1.1** Normative foundations: art.6 ECHR. **2.** Analysis on "Rule 143": examination of witnesses. **3.** The ECtHR perspective about evidence examinations. **4.** Differences between Civil Law and Common Law Systems. **4.1** Adoption of amendments provided by the ruling. **5.** Jurisprudential judgements. **6.** Final considerations.

ABSTRACT: *The ruling of Kosovo Specialist Chambers of 22 May 2020 contains some amendments to 30 rules of the Rules of Procedure and Evidence to Specialist Chambers of the Constitutional Court, obtained after about three years of discussion. The aim of this judicial ruling is the revision of these dispositions in order to ascertain their compliance with Chapter II of the Constitution of the Republic of Kosovo, regarding fundamental rights and freedoms. During the process, the key-role belonged to the President, able to evaluate whether it has been necessary to refer doubtful dispositions to the Chambers, so as to discuss and then make changes through amendments. Numerous rules were identified, more specifically 30 rules, which has to be referred to the Chambers to assess their compliance with Chapter II of the Constitution. The principle of harmonious interpretation is most used criterion to evaluate conformity with the Constitutional Charter, in particular providing an interpretation of dispositions and amendments in a uniform and organic manner. In case there are not noticed inconsistencies with Chapter II of the Constitution, there are not necessary comments by Chambers. But if effectively there has been an incompatibility with this chapter, the rule in question is subjected to a punctual examination which will originate amendments, in order that inconsistent parts of the disposition undergo variations, that uniforms-it to the Constitution. Thanks to this ruling, some important rules are modified, adapting them to the direction of the Constitution of the Republic of Kosovo; fundamental amendments had been imprinted about "search and seizure by the Specialist Prosecutor", "review and reconsideration of detention on remand" and "examination of witnesses".*

1. Premise on judgement.

* Student at Faculty of Law, Lumsa University.

The judgement of Kosovo Specialist Chambers of 22 May 2020 about Judgment on the Referral of Amendments to the Rules of Procedure and Evidence refers to a question analyzed for a long time; in particular whether these Rules of Procedure and Evidence are compliant with Chapter II of the Constitution of the Republic of Kosovo. Despite contrasting opinions which characterized the course of years, this ruling clarifies doubts about constitutional compliance, adopting some amendments to specific rules. One of the most interesting regards Rule 143 of the Constitution of the Republic of Kosovo, on the examination of witnesses. Before analyzing this last rule just cited, it is necessary to make a reference to art.6 ECHR, which is fundamental and put on the basis of any kind of form of testimony made during the process.

1.1. Normative foundations: art.6 ECHR.

Art.6 ECHR guarantees contradictory and fair trial, and more specifically, it ensures to the defendant the right "to examine or have examined witnesses against him". According to the Strasbourg Court, it is considered witness any subject who gives a statement used as proof during the process. This deposition could be also used as foundation of the future decision about case. Furthermore, art.6 provides that all testimony must be produced in front of the defendant, within the trial, in public hearing (despite there are some exceptions). It is necessary exercise the so-called cross-examine, not only to the defendant, but also to all witnesses consulted in the process, so providing an examination by the lawyer who brought the deponent and by the lawyer of the counterpart. Once all declarations have been made, the judge will value, comparing them, from the similar ones to the more incompatible ones. However, often it can happen that the final decision takes into account just one sole and decisive rule. Strasbourg Court subdivided people who make statements in three specific categories, which follows different disciplines. The first category is the one with absent witnesses, that are people who, once their statement has been made in a preliminary phase to the trial, do not make other declarations during the public hearing, because they are dead, sick or for other motivated causes. The second category, which is also the more articulated one, provides anonymous witnesses, i.e. those whose identity is hided to the defendant, but in any case they make a statement at the process. Their anonymity is considered as a security measure to protect people potentially subjected to any risk. The principle of the fair trial intervenes calling into question also the principle of proportionality between the

interest to defeat and the interest to give a necessary testimony for the process. As it is correct to the defendant giving an exact and punctual reason why the person cannot show himself during the trial, as it is correct to the witness protecting himself from threats against him or his family. Among the most recent rulings of the Strasbourg Court, it is established it is possible found the final decision on one sole and decisive rule given by an anonymous witness, but balancing it with a series of researches and tests that ascertain what has been said, also without violating the principles of fair and equal trial. The third and last category of subject is the one with vulnerable witnesses, namely people whose mental and physical health could be compromised seeing the defendant, for instance in cases of sexual abuses, violences against minors etc. Indeed, for those persons are provided specific measures of protection and particular disciplines for exercising their rights (such as the one to make testimony). Often videotapes or written and authenticated declarations are used, in order to avoid meetings among the subjects. These elements will be submitted to psychiatric reports before being assumed as reliable means of proof. Also in this case intervenes art.6 ECHR, which guarantees equal treatments and the so-called "quality of arms" between witnesses. Moreover there is the possibility of the defendant to request for having a comparison with the testimony in front of the final judge. In this way the positions of the two parties will be more clarified, observing attitudes and behaviors that they have to each other.

2. Analysis on "Rule 143": examination of witnesses.

"Rule 143" concerns the examination of witnesses. More specifically, it disciplines all questions that could be referred to the witness, showing documents to refresh memory (in case of forgetfulness). It is also possible questioning the person with some factors like proofs given by himself, or raising issues that are supposed to be known, or whether the witness has, in any moment, done a previous and inconsistent statement.

Cross-examination is limited to matters of direct examination and questions regarding the credibility of the person. Eventually, after an objection, Presiding Judge can exercise his control on modalities to interrogate witnesses, in order to do exams correctly, for the ascertainment of truth, avoiding repetitions and intimidations to people.

The second paragraph of this "Rule 143", more specifically in letter c), underwent an important amendment about the previously provided statement. Indeed if the witness has done a previous inconsistent declaration, it will be

admissible for the purpose of assessing the credibility of the witness, but also for the truth of its contents, or for other aims, at discretion of the group of experts. So it is provided the admissibility of proofs given previously by the person, in contrast with the actual declaration. It is probable that this first testimony has done in absence of the defendant.

The presence of the defendant could spoil the statement of the witness, making him feel intimidated, threatened or in a state of subjection. In so doing, the person could change his version of the facts.

The Chamber reiterates all proofs has to be normally produced in presence of the defendant, in public hearing, respecting the principle of fair trial and contradictory.

These rights provides the accused is given the opportunity to challenge or questioning a witness, who is stating against himself. In the case of the accused is not contesting in a correct manner or he has not the opportunity for doing it, he must have, as a general rule, the occasion for challenging the statement of the witness later.

3. The ECtHR perspective about evidence examinations.

European Court of Human Right clarified, for condemning a defendant, a Court can use a declaration or statement given by the witness during the investigation and subsequently retracted at public hearing, providing that the defense has the opportunity to question through the cross-examination the witness during the process. It is not possible affirm that proofs produced in public hearing and on oath are always preferred over other declarations, done by the same person, during interrogation/investigation, even if these are in contrast. It is a power of judges to evaluate the credibility of the witness and make a choice between the two competing versions, subordinating it to the principle of fair trial.

It denotes how much this amendment brought a big improvement and, above all, an evolution of the criminal trial system. It is a gradual change from the previous system to the actual one, the latter very much similar to Anglo-American ones and, more in general, related to the Common Law ideals.

4. Differences between Civil Law and Common Law Systems.

This ruling of 22 May 2020 is a real step forward to an innovative approach which ECtHR wants to adopt, away from the typical Civil Law model, more traditionalist, to embrace a new one, forefront and more suitable to the current

period. Significant principles of legal systems, such as fair trial, balance between the right of action and the right of defense and so on, are maintained firm. The actual system allows subjects to make previously their own testimony or statement out of the process, for instance in a private interrogatory or during investigation; so it will not be spoiled from any type of external factor, which could derive from the intimidation by the defendant to the subjection felt by the person in front of a jury or a college of judges. The declaration will be considered valid, likewise the others, given during the public hearing. The most important element of the amendment is that not only the witness could make more than one statement, in or out the hearing, but these ones possibly could be in contrast with each other. As it was said, there is not a prevalence among declarations, they are at the same level, but all will be relevant for the purposes of evaluation of the person, especially about reliability and credibility. It would be applicable numerous principles to choose the testimony that has to prevail on the other, like the chronological one (*posterior derogat priori*), or also the link with a possible flaw, as a cause of annulment. Indeed a declaration given under threat of the defendant or his delegate, or anyway under violence/subjection is voidable, because it is not made with transparency and freedom, in order to find the procedural truth.

Therefore, the reason why this issue has been treated so much, in the course of years, arriving to amend the system, is about the key-role of the figure of the witness. It is necessary to remember that in every system under analysis, whether it is from Common Law or Civil Law, the fundamental type of proof (evidence being established, so the ones produced during the trial) is the testimony one, such as eyewitness, hearsay and so on, because it is concrete. Through this amendment, the figure of witness not only is more strengthened, but also more protected. Before it and also before the judgment, the statement of the person given previously out the process did not have the same weight of a statement made during the public hearing (in some cases it was not even considered). Instead nowadays judges gives fundamental importance to all the declarations of witnesses, and once these will be analyzed, together with the depositions of parties, the college draws conclusions on the judiciary process. All proofs have the same weight, and then judges decides which ones to choose. Naturally judges evaluate reliability and credibility of witnesses, comparing their own statements. It is possible these ones could be almost similar, and in this case *nulla quaestio*; but if these are incompatible with each other, judges will take in exam both, in an equal matter, and then it will follow an evaluation of

the subject who made them (whether one is spoiled, or for an incapacity occurrence, or for a fraudulent intent belonging to the witness, in order to vex specifically one of the parties and so on).

4.1. Adoption of amendments provided by the ruling.

The adoption of this amendment, and more in general, of this new kind of approach, as it was said, promotes a removal from the typical and traditionalistic Civil Law one, to welcome a more innovative and forefront system, the Common Law one, more in the detail the Anglo-American one. The latter is founded on the *stare decisis* doctrine, so on the binding judicial precedent. In Anglo-American systems almost all evidence are based on a testimony of a subject, who swore solemnly to tell the truth. This person will be subjected to a direct exam, and then to a cross-examination. In these legal systems, testimony is so very important that is provided a specific right of state body to "force" the witness to make a statement or give evidence elements, with the warning that failure to comply involves a penalty (so called *sub poena*). Indeed, in Common Law systems testimonial proof is the most important and, surely, it is the favorite; also it is open to new kind of proof and new statements. Often it happens that particular element or cavil could be the foundation of the entire decision of the judge (then that the decision focuses on that point). In Civil Law systems, based on Constitution, written norms, terms and so on, there are many bonds, so the reason why it is considered more rigid than the other, explained before. Remaining on topic of the statement previously made respect the testimony during the process, it is provided in Civil Law systems the subject, who has given a declaration or deposition in front of police authorities (for instance as a person knowing facts and events), is not exempted for presenting as a witness in the court; it is important to remember that judges do not know the previous deposition (probably known by parties). Only what is said at the trial will be usable as evidence for or against the accused. Then, lawyers and public ministers will evaluate the reliability of the witness. The process is not against the defendant, who'll be innocent until proven otherwise. As it is possible notice, the question of the inconsistent statement is discussed by many sources of law, both as jurisprudential and as typical normative nature (written form through Constitutions, Acts, decrees and so on).

5. Jurisprudential judgements.

One of the most known cases is *R v Joyce* (2005)¹: at the beginning of the trial, several witnesses had been able to identify in a detailed manner the defendant, and their statements were based on this identification; but subsequently, during the process, these people were uncertain, contrasting their previous statements. Probably witnesses suffered a particular psychological pressure, or threats, which brought them to change their version. After a serious discussion, judges decided to admit the previous statements as evidence of the original identification of the defendant.

There are also other jurisprudential precedents, deserving to be mentioned, as for example the *Dorigo Case*: it is a very important proceeding belonging to ECtHR case law. Also known as *Dorigo v Italy*², it deserves to be highlighted for its strongly influential nature with the Italian legal system. This case contemplates three subjects who have done a previous statement and out of the trial, and then they availed the right to remain silent during the process. Despite the previous declaration was not in total contrast with the other, anyway there is an incompatibility between the behaviors assumed by the subjects. In Italy, *Dorigo* suffered sentence, on the basis of the statements previously made, but subsequently he contested it to the ECtHR. After a long discussion, European Court of Human Rights declared this Italian sentence was in contrast with art.6 ECHR, about equal and fair trial and principle of contradictory. This jurisprudential ruling is so important because it consented a great change within the Italian procedural system, providing the revision with "re-opening" of the process, which in Italy was not possible yet. Indeed after this judgement, it was provided the revision of the art.630 Italian code of criminal procedure, which was declared unconstitutional, and the "re-opening" of the process.

As it is possible notice, this case was very influential in the Italian legal system, to the point of bringing a modification in it; although the subjects had not made their statements during the trial, Italian judges took them into account, even being able to determine the final decision. But the behavior they assumes subsequently, i.e. to shrink from contradictory, availing the right to remain silent, constituted an inconsistency. If firstly they had been able to give a correct and punctual testimony, then they were not anymore. There is an incoherence which was revealed by judges only later. As it was said previously, the principle of equal process provides neither party suffers serious prejudice or an unequal

¹ *R v Joyce* (2005): *Regina v Joyce*; England and Wales Court of Appeal (Criminal Division); 27.06.2005.

² *Dorigo v Italy*: Court of Cassation; Section I (Criminal Law); Number: 2800; 01.12.2006

treatment. Taking into account precedent statements, made out of the trial, does not guarantee contradictory and fair trial to the defendant; it is correct balancing them with the missed answers of the subjects within the process.

Another noteworthy case is the one which provides as definitive the ruling emitted by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia on 01.02.2008. It is founded on an approach that embraces methods and ideas from Common Law systems, obviously about the prior inconsistent statement. According to this judgement, the content of the previous and incoherent declaration could be considered evidence only to evaluate the credibility and reliability of the subject in quality of witness. These proofs are admitted like the so called hearsay evidence, in order to spot the truth. But it is necessary these satisfy pertinence and reliability criteria provided by the Tribunal, so that they will be accepted as proof.

One of the notes linked to this decision takes into account the principal countries with Common Law systems, analyzing their relation with the inconsistent statement, often bound to the hearsay evidence.

In Canada, the Common Law typical rule which limited the use of the prior inconsistent statement to impeach the credibility of the witness was overturned thanks to the R v B case³. Indeed, the Court considered that the existent norm had been mitigated by the development about the hearsay evidence obtained with the passage of time. It retained also that the previous and inconsistent declaration should be admissible on the basis of the principle of reliability of the proof.

In USA, the declarant who deposes in public hearing, or in general, in the trial, is subjected to the cross-examination regarding the previous declaration, more specifically whether he wants to confirm, modify or deny it. But he will be on oath, so obliged to tell the truth (otherwise he might run into perjury or false testimony).

In Australia, the rule of hearsay is not enforced on a previous-declaration proof. The latter is admitted as evidence in order to find the truth of the contents.

And finally about the UK, it is strongly influenced by the Criminal Justice Act of 2003, especially from art.119. Previous inconsistent statements made by a witness are admissible as proof of the truth of the questions quoted therein and related to the sections mentioned within the article.

³ R v B case: KGB case (Her Majesty The Queen v KGB); Supreme Court of Canada; Number: 22351; 25.2.93

6. Final considerations.

In conclusion, from what can be seen it is possible say there are still important differences between Civil Law and Common Law systems, especially about the prior inconsistent statement question. A step forward for legal systems could be to persevere on the developments obtained in this matter.

Previous inconsistent statement is not a declaration to remain indifferent about. It could permit to know the psyche of the witness, out from a rigid and potentially difficult context like public hearings. It is also right to not take into account just this kind of statement, because all behaviors assumed in courtroom in front of judges or jury means, especially whether incoherent with precedent declarations. The witness has to understand the relevance of his/hers actions and the weight of spoken words. A contrasting conduct respect to a prior statement could be considered equivocal, and it could also bring to lose trust to that subject. This situation would bring to ask what is the truth, and which declaration is correct: whether the precedent one, possibly made out contradictory, for instance during the investigation, without any type of flaws or threats; or the second one, the more recent, given in front of judges and jury, in public hearing, and above all on oath, with the fear to be accused of perjury and false testimony, if the person declares the false. Which statement is the one to believe and to pursue? Certainly it is a question which will continue for many years, but the progresses and improvements of these last years can make understand that the aim is not so far.

Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 07-07-2020) 18-09-2020, n. 19597

Pres. G. Mammone, Est. L. Nazzicone

OBBLIGAZIONI PECUNIARIE - INTERESSI - RAPPORTI BANCARI - INTERESSI CONVENZIONALI DI MORA - NORMATIVA ANTIUSURA - TASSO SOGLIA - ART. 2 DELLA L. N. 108 DEL 1996 - ISTRUZIONI BANCA D'ITALIA - CRITERI

<<La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso. La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perchè "fuori mercato", donde la formula: T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto. Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista. Si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti>>

Precedenti conformi:

Cass. civ. Sez. III, sent., 17-10-2019, n. 26286

Precedenti difformi:

Cass. civ. Sez. III, ord. 30-10-2018 n. 27442 nella parte in cui esclude che il tasso soglia di riferimento per la valutazione dell'usurarietà degli interessi moratori possa essere oggetto di maggiorazioni o incrementi parametrati sulle rilevazioni effettuate da Banca d'Italia.

ABSTRACT: *In the judgement under review, the Supreme Court examined several issues of moratorium interests and recognized the calculation system of the threshold rate for usury.*

Il commento di **Flavia Bonelli**

Con ordinanza n. 26946 del 22 ottobre 2019 è stata sottoposta all'esame del Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite la questione di massima rilevanza relativa all'applicabilità o meno della normativa antiusura agli interessi moratori e la conseguente incidenza dell'avvenuto superamento del tasso soglia, nonché il tema dell'individuazione del tasso soglia di riferimento nella materia in esame. Sul punto la sentenza in commento ha dato conto di due diversi orientamenti.

Il primo, restrittivo, maturato in seno alla giurisprudenza di merito (Trib. Catania, sez. IV, 11 luglio 2018, n. 2948; Trib. Verona, sez. III, 21 giugno 2018, n. 1473; Trib. Grosseto, 21 giugno 2018; Trib. Cuneo, 19 giugno 2018, n. 512; Trib. Napoli, sez. II, 17 aprile 2018; Trib. Bologna, sez. III, 6 marzo 2018, n. 20222; Trib. Roma, 7 maggio 2015, n. 9168; Trib. Milano, 22 maggio 2014; Trib. Verona, 9 aprile 2014; Trib. Brescia, 16 gennaio 2014), secondo il quale gli interessi moratori sfuggirebbero all'applicazione della normativa di prevenzione dell'usura. La suddetta opzione ermeneutica si fonda essenzialmente su un duplice argomento. In primo luogo, si sottolinea il dato letterale secondo cui la legge "antiusura" afferma che sono usurari gli interessi, superiori a una data soglia, previsti "*in corrispettivo di una prestazione*" (art. 644 c.p.), e che il debitore "*deve corrispondere*" (art. 1815 c.c.). In questo senso, considerato che gli interessi moratori - riconducibili ad una clausola penale ex art. 1382 c.c. - non assolvono alla funzione di remunerare il creditore per il prestito concesso, ma a quella risarcitoria di tenerlo indenne dai danni sofferti, non può ritenersi che essi siano contemplati dalla normativa antiusura. In secondo luogo, si evidenzia che il valore medio di riferimento dei tassi applicati dalle banche (T.E.G.M.), sul quale, poi, si costruisce il tasso soglia ai fini dell'usura, non ha mai tenuto in considerazione gli interessi moratori. In considerazione di tale dato, si è argomentato che se si sottoponessero gli interessi moratori al vaglio di usurarietà rispetto al tasso soglia si metterebbero a confronto due valori chiaramente disomogenei, in spregio al principio fondamentale della perfetta simmetria tra i due termini del confronto.

Sulla base di tali considerazioni, la tesi restrittiva giunge, in ogni caso, a rinvenire nel sistema civilistico una tutela contro la cd. usura moratoria: pur escludendo

l'applicazione dell'art. 1815 c.c., risulterebbe applicabile l'art. 1384 c.c. che consente al giudice di ridurre d'ufficio e secondo equità la misura della clausola penale sproporzionata.

La giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. Sez. III Ord., 30-10-2018, n. 27442; Cass. civ. Sez. III, sent., 17-10-2019, n. 26286), invece, ha aderito ad un orientamento estensivo, secondo il quale l'art. 2 della L. n. 108 del 1996, si applica sia agli interessi corrispettivi sia agli interessi moratori. Invero, i giudici di legittimità hanno sostenuto, anzitutto, che nessuna delle norme introdotte dalla cd. legge antiusura distingue tra i vari tipi di interessi (si vedano l'art. 644 c.p. e l'art. 1, comma 1 della legge di interpretazione autentica 28 febbraio 2001, n. 24, ove, anzi, si parla di interessi dovuti "*a qualsiasi titolo*", oltre alla relazione di accompagnamento della stessa legge di interpretazione autentica del 2001 ove si legge al p. 4, che il decreto aveva lo scopo di chiarire come si dovesse valutare l'usurarietà di qualunque tipo di tasso di interesse, "*sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio*"), ma soprattutto hanno evidenziato che, in realtà, diversamente da quanto si è sostenuto per lungo tempo, tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori non sussiste una vera differenza di funzioni: entrambi, infatti, perseguono il medesimo scopo economico di remunerazione del capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente. Inoltre, si è argomentato che il mancato rilievo degli interessi moratori nelle rilevazioni periodiche del T.E.G.M. – e la conseguente tesi della uniformità dei parametri – non hanno rilievo ermeneutico, trattandosi di dati formali non incidenti sulla sostanza.

Ebbene, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, hanno osservato che entrambe le tesi conducono ad una tutela del soggetto finanziato, sia pure attraverso percorsi argomentativi diversi. Tuttavia, lo strumento di cui all' art. 1384 c.c. incontra il limite dell'applicazione casistica e dunque della difformità sul piano nazionale, oltre che, verosimilmente, dell'abbattimento dell'interesse pattuito al tasso soglia e non al minor tasso degli interessi corrispettivi; il diritto positivo, invece, non impedisce un'interpretazione che riconduca anche gli interessi moratori nell'alveo della tutela antiusura, con maggiore protezione del debitore.

Le Sezioni Unite, quindi, hanno aderito alla tesi estensiva, chiarendo che:

<< il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all'interesse moratorio" e anzi, deve ritenersi che "la disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi, convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la

concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato>>.

In quest'ottica, la mancata indicazione, nell'ambito del T.E.G.M., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, atteso che essi a partire dal 2003 – seppur separatamente - contengono la rilevazione statistica media dell'incremento degli interessi moratori applicato sul mercato. Quest'ultimo dato, rilevato dalla Banca d'Italia a fini statistici, risulta sufficientemente oggettivo e ancorato alla realtà economica del mercato, e pertanto può costituire un'utile indicazione idonea a fondare la fissazione di un cd. tasso-soglia limite per gli interessi di mora.

E quindi, per individuare la soglia usuraria degli interessi di mora occorre sommare al tasso soglia previsto per gli interessi corrispettivi il valore medio degli interessi di mora, rilevato dalla Banca d'Italia¹, maggiorato nella misura prevista dalla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4, ossia aumentato di un quarto più quattro punti percentuali, così da rendere il calcolo omogeneo rispetto a quello che si effettua per individuare il tasso soglia partendo dal T.E.G.M.

La scelta ermeneutica in esame, quindi, si pone in linea di continuità con quanto espresso nella sentenza delle Sezioni Unite n. 16303 del 2018, ove in termini analoghi si poneva la questione dell'inclusione della "commissione di massimo scoperto" (CMS) nel calcolo degli oneri rilevanti ai fini della valutazione di usurarietà e che le Sezioni Unite hanno deciso dando rilievo alla rilevazione dell'entità delle CMS contenuta nei decreti trimestrali emanati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, stabilendo che la circostanza che tale entità sia riportata a parte, e non sia inclusa nel T.E.G.M. strettamente inteso, è un dato formale non incidente sulla sostanza e sulla completezza della rilevazione prevista dalla legge.

Nella sentenza in commento, inoltre, si è chiarito che qualora i decreti non rechino l'indicazione della maggiorazione media dei moratori (e dunque nelle fattispecie anteriori al 2003) resta il termine di confronto del T.E.G.M. così come rilevato.

Le Sezioni Unite, poi, hanno affrontato la questione delle conseguenze dell'usurarietà del tasso moratorio, affermando che deve applicarsi l'art. 1815

¹ Con la precisazione che a partire dal [D.M. 21 dicembre 2017](#) si è cominciato a distinguere all'interno di tale tasso, la maggiorazione media negli specifici rapporti, emergendo che nell'ultima rilevazione statistica, i tassi di mora pattuiti sul mercato presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti.

c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro, e dunque ritenendo che debbano considerarsi non dovuti solo gli interessi di mora, con salvezza della pattuizione degli interessi corrispettivi sotto soglia. Alla illegittimità della clausola relativa al tasso degli interessi di mora segue l'applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, e dunque l'operatività degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti.

Da ultimo la Corte di Cassazione ha precisato che anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento; l'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, si atteggia nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.E.G.M. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto.

Inoltre, nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dall'art. 33, comma 2, lett. f) e art. 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, già artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c.

CORTE DI CASSAZIONE; sezione III civile, sentenza del 12 giugno 2020, n. 11291;**Pres. Vivaldi - Rel. D'Arrigo.**

ESECUZIONE FORZATA - OPPOSIZIONE AGLI ATTI ESECUTIVI - PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE --- FASE SOMMARIA - NOTIFICAZIONE DEL DECRETO DI FISSAZIONE DELL'UDIENZA NEL TERMINE PERENTORIO ASSEGNATO - OBBLIGO DELLA CANCELLERIA - ESCLUSIONE - OMESSA NOTIFICAZIONE - CONSEGUENZE - RIMESSIONE IN TERMINI - ESCLUSIONE - DISTINZIONE DALLA MANCATA COMPARIZIONE DELLE PARTI - INAMMISSIBILITÀ DELLA DOMANDA - ESCLUSIONE - FONDAMENTO. ESECUZIONE FORZATA - OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE - PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE.

<<In tema di opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi, il decreto con il quale il giudice dell'esecuzione fissa davanti a sé l'udienza per la fase sommaria, assegnando un termine perentorio per la notificazione del ricorso e dello stesso decreto all'opposto, non è soggetto a comunicazione, a cura della cancelleria, al ricorrente, sicché ove quest'ultimo lasci scadere il termine perentorio fissato, incorre nella declaratoria di inammissibilità dell'opposizione, senza potere beneficiare della rimessione in termini. Invece, se il ricorso è stato regolarmente notificato, la mancata comparizione delle parti non incide sull'ammissibilità della domanda e non preclude la possibilità di pervenire ad una pronuncia nel merito, in quanto la regolare instaurazione del contraddittorio pone le condizioni minime per l'attivazione dei poteri officiosi del giudice dell'esecuzione in ordine alla verifica dei presupposti di procedibilità dell'azione espropriativa>>.

Precedenti conformi: Cass. sez. 6-5, ordinanza n. 4585 del 2020; Cass. sez. 3, sentenza n.25170 del 2018; Cass. sez. 3, sentenza n.20018 del 2016; Cass. sez. 6, sentenza n. 25064 del 2015; Cass. sez. 3, sentenza n. 5700 del 2014; Cass. sez.3 sentenza, n.5955 del 2014; Cass. sez. 6, sentenza n. 23456 del 2011.

ABSTRACT: *The judgement in question affirms the principle according to which the decree fixing the hearing for the summary phase is not subject to*

communication by the chancellor's office. If there is no notification, the opposition is inadmissible.

Il Commento di **Angela Fucci**

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione dirime la controversia relativa alla vicenda che trae origine da una procedura esecutiva fondiaria pendente innanzi al Tribunale di Nola, in cui interveniva la Curatela del fallimento (OMISSIS) s.r.l. per richiedere l'assegnazione in prededuzione delle somme necessarie al pagamento dell'ICI e dell'IMU. Avverso il provvedimento di diniego, la Curatela proponeva opposizione agli atti esecutivi, chiedendone la sospensione. Il G.E. rigettava inaudita altera parte l'istanza di sospensione e fissava l'udienza di comparizione delle parti, assegnando un termine alla Curatela per provvedere alla notifica del ricorso e del pedissequo decreto alle controparti ed ordinando alla cancelleria di provvedere alla comunicazione del decreto all'opponente. La cancelleria non vi provvedeva e all'udienza fissata nessuno delle parti compariva. Il G.E. pronunciava così l'inammissibilità dell'opposizione. La Curatela, deducendo la mancata comunicazione da parte della cancelleria del decreto, faceva istanza al G.E. per essere rimessa in termini e per l'assegnazione di un termine per introdurre il giudizio nel merito. Il giudice, pur rigettando l'istanza di rimessione in termini, integrava il proprio provvedimento, assegnando all'opponente termine di novanta giorni per instaurare il giudizio di merito. A seguito dell'introduzione di tale giudizio, il Tribunale di Nola dichiarava inammissibile l'opposizione, ritenendo che la mancata notificazione del ricorso nei termini fissati nel decreto di comparizione delle parti relativo alla fase sommaria valesse quale rinuncia alla domanda. Avverso tale sentenza, la Curatela del fallimento proponeva ricorso straordinario per cassazione, deducendo l'erroneità della decisione impugnata sulla base della necessaria comunicazione del decreto da parte della cancelleria, soprattutto perché disposta espressamente dal G.E.

Così ricostruita la vicenda processuale, la Suprema Corte, nell'esaminare la questione sottoposta alla propria attenzione, muove dal *dictum* della sentenza delle Sezioni Unite del 12 marzo del 2014, la n. 5700 (in cui quest'ultime, anche se hanno statuito in materia di equa riparazione per durata irragionevole del processo, hanno dettato un principio di diritto valevole per tutti i procedimenti camerali di cui agli artt. 737 ss.), che precisa che è sul ricorrente che grava l'onere di attivarsi per prendere cognizione dell'esito del proprio ricorso in cancelleria, con la conseguenza che la sua mancata attivazione e, quindi, la

mancata notifica dello stesso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza alla controparte, comporta la declaratoria di inammissibilità dell'opposizione (*v. anche Cass. sez. 6, sentenza n. 23456 del 2011; 29 ottobre 2012, n. 18580, Sezione Seconda, richiamata nella ordinanza di rimessione n. 1491 del 2013*).

In proposito, gli Ermellini, facendo leva sul mero dato letterale dell'art.135 c.p.c. comma 2, puntualizzano, in maniera condivisibile, che alcun obbligo di comunicazione è normativamente previsto in capo all'ufficio: tale disposizione normativa, difatti, nel regolare la forma e il contenuto del decreto, non contempla una previsione analoga a quella contenuta nell'art. 134 c.p.c., comma 2, che prevede espressamente come requisito indispensabile la comunicazione della cancelleria alle parti, con lo scopo di far conoscere a queste il contenuto del provvedimento emesso fuori udienza nonché la data della nuova udienza. Passaggio rilevante della sentenza in epigrafe concerne, ad ogni modo, il riferimento agli effetti che conseguono alla omessa comparizione delle parti nella fase sommaria dell'opposizione agli atti esecutivi.

All'uopo, la citata sentenza (n. 5700 del 12 marzo 2014) asserisce che nel caso di mancata comparizione di entrambe le parti (quindi anche del ricorrente, che non ha avuto notizia dell'udienza fissata dal giudice) "non potrà che adottarsi lo strumento di cui all'art.181 cod. proc. civ., previsto nell'ordinamento processualcivilistico per tali ipotesi, pur se anch'esso dettato con riferimento all'ordinario processo di cognizione, ma la cui applicazione non è inibita, con riguardo agli specifici procedimenti camerali di cui si tratta, da alcun impedimento logico o giuridico, ed è, anzi, imposta dalla identità di ratio. Non potrebbe, per converso, in assenza di una indicazione in tal senso da parte dell'art. 737 cod. proc. civ. in tema di procedimenti camerali, la mancata comparizione delle parti essere considerata una tacita rinuncia al ricorso: un tale effetto provocherebbe conseguenze ben più rigorose di quelle previste per l'appellante nel procedimento di cognizione, in ordine al quale, a norma dell'art. 348, secondo comma, cod. proc. civ., l'improcedibilità viene dichiarata quando questi ometta di comparire non solo alla prima udienza, ma anche a quella successiva, fissata dal giudice" (*v anche Cass. 19 luglio 2010, n. 16821*)

Ebbene, focalizzando, tuttavia, l'attenzione sull'omessa comparizione delle parti nella fase sommaria dell'opposizione agli atti esecutivi, è stato al riguardo osservato che la sanzione processuale non è mai quella dell'inammissibilità del ricorso. Il procedere del giudice, in questo caso, è scandito dall'art. 618 c.p.c., comma 2: questi deve dichiarare definita la fase sommaria e concedere all'opponente, stante l'inciso "*in ogni caso*", termine perentorio per l'inizio del

giudizio di merito (*v. anche Cass. 31 agosto 2011, n. 17860*). Ciò, in quanto l'inosservanza del termine perentorio fissato nel decreto di fissazione dell'udienza per la fase sommaria è rilevante solo ai fini di essa, ma non può precludere che sull'azione di opposizione agli atti debba, se lo ritiene l'opponente, aver luogo lo svolgimento della cognizione piena con il giudizio di merito. Ne consegue che, contrariamente a quanto avviene per il rito camerale "comune" di cui agli artt. 737 c.p.c. e segg., in caso di inosservanza del termine per la notificazione del ricorso e del decreto, il giudice dell'esecuzione non può fissare una nuova udienza di comparizione per la fase sommaria, stante la perentorietà del termine di cui all'art. 618 c.p.c., comma 1 (*Sez. 3, sentenza n. 20018 del 06/10/2016, Rv. 642609-01*).

Al riguardo, oltretutto, appare doveroso distinguere le ipotesi in cui il giudice abbia prova dell'avvenuta instaurazione del contraddittorio, nonostante le parti non siano comparse innanzi a lui, da quella in cui, come nella fattispecie in commento, il ricorrente non abbia affatto depositato in cancelleria la copia del ricorso notificato alla controparte e, quindi, non vi sia alcuna evidenza dell'avvenuta osservanza del termine perentorio fissato ai sensi dell'art.618 c.p.c. comma 1, per l'instaurazione del contraddittorio.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, si evince dunque che il decreto adottato ai sensi dell'art. 618, primo comma, c.p.c. non rientra certamente fra quelli per i quali la legge prevede la comunicazione da parte della cancelleria. Né peraltro il ricorrente, non avendo affatto preso visione o ricevuto comunicazione del provvedimento, può invocare a proprio favore l'affidamento incolpevole, cioè dedurre di aver fatto affidamento sulla circostanza – l'aver cioè il giudice comunque disposto che la cancelleria comunicasse il decreto – di cui non poteva essere a conoscenza.

Ultima questione problematica affrontata dalla Suprema Corte concerne, poi, la possibilità o meno di concedere la remissione in termini dell'opponente ai sensi dell'art. 153, secondo comma, c.p.c. nell'ipotesi di mancata comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza (e contestuale assegnazione di un termine per la notificazione del ricorso alle controparti). Sul punto, si osserva che la decadenza da un termine processuale, ivi compreso quello per impugnare, non può ritenersi di certo incolpevole e giustificare, quindi, la rimessione in termini, ove sia avvenuta - come nel caso di specie - per errore di diritto (*v anche Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 4585 del 21/02/2020, Rv. 657317 - 01; Cass. nn. 5946/2017, 26402/2014, 8151/2015, 17704/2010, 3277/2012*).

**CORTE DI CASSAZIONE; sezione III civile, sentenza del 09 luglio
2020 n. 14601**

Pres. De Stefano - Est. D'Arrigo

<<Nel caso di azione esecutiva intrapresa in forza di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo, la caducazione dello stesso in epoca successiva alla fruttuosa conclusione dell'esecuzione forzata legittima il debitore che l'abbia subita a promuovere nei confronti del creditore procedente un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito che, avendo ad oggetto un credito fondato su prova scritta, può assumere le forme del procedimento d'ingiunzione.>>

Precedenti conformi: non si rinvencono

Precedenti difformi: non si rinvencono

ABSTRACT: *In the case of an executive action based on a provisionally enforceable title , its loss of effectiveness, gives the debtor the chance to ask for repayment of the debt.*

Il commento di **Fabio Iappelli**

In tema di opposizione agli atti esecutivi, la Suprema Corte ha affrontato la questione dell'esperibilità della relativa azione nell'ipotesi di una procedura di esecuzione forzata promossa in base ad un titolo giudiziale non definitivo nonché quella, logicamente conseguente alla ritenuta inammissibilità della predetta azione, della proponibilità di un autonomo giudizio di ripetizione dell'indebito.

Nel caso di specie, a fronte di una esecuzione forzata promossa sulla base di un decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo, il debitore esecutato, sulla scorta della rideterminazione del proprio debito all'esito del giudizio di opposizione a tale decreto, chiedeva ed otteneva, nei confronti del creditore esecutante, un decreto ingiuntivo finalizzato ad ottenere la restituzione della differenza tra la somma corrisposta in sede esecutiva e quella rideterminata in sede di opposizione.

Avverso tale decreto ingiuntivo l'originario creditore procedente proponeva opposizione e proprio il rigetto della stessa e la conseguente conferma del

provvedimento monitorio opposto sia da parte del giudice di prime cure che da parte di quello di appello ha determinato la proposizione del ricorso per cassazione la cui decisione è stata disposta con la sentenza oggetto del presente commento.

Nella decisione della Corte, pare opportuno rilevare preliminarmente la riaffermazione del consolidato principio di diritto, in virtù del quale il debitore espropriato non può esperire, dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata, l'azione di ripetizione dell'indebito contro il creditore procedente per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, sul presupposto dell'illegittimità per motivi sostanziali dell'esecuzione forzata.

Tale principio, corollario per certi versi necessitato dei principi ispiratori del sistema dell'esecuzione forzata e della natura imperativa delle regole specifiche inerenti i modi ed i termini dell'opposizione esecutiva, viene, però, opportunamente calibrato sulla natura non definitiva del titolo giudiziale sulla base del quale è stata avviata l'esecuzione forzata.

L'applicazione asettica del summenzionato principio, infatti, determinerebbe, nell'ipotesi dell'esecuzione forzata promossa sulla base di un titolo solo provvisoriamente esecutivo, la conseguenza paradossale di privare il debitore esecutato di un fondamentale strumento di tutela, di fatto sopprimendo a spese dello stesso debitore l'aleatorietà che connota intrinsecamente l'esecuzione promossa sulla base di un titolo provvisoriamente esecutivo.

Nella prospettiva della Corte, infatti, l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giudiziale sotto forma di stabilità delle decisioni del giudice dell'esecuzione non può spingersi al punto di rendere le summenzionate decisioni del tutto insensibili alla sorte del titolo su cui si fonda l'esecuzione forzata ed allora, proprio da tale consapevolezza, può farsi discendere l'analogia tra l'ipotesi della perdita di validità della procedura esecutiva legalmente accertata e quella del titolo provvisoriamente munito di forza esecutiva venuto meno in un momento successivo alla conclusione del processo esecutivo.

In virtù della richiamata analogia, gli ermellini possono affermare che così come pacificamente la caducazione del titolo esecutivo di formazione giudiziale determina la nullità dell'azione esecutiva e la perdita di efficacia degli atti compiuti sino a quel momento, lo stesso effetto debba trovare applicazione allorché il titolo, solo provvisoriamente munito di forza esecutiva ed azionato a suo rischio dal creditore procedente, venga meno in un momento successivo al termine dell'azione esecutiva.

Seguendo tale prospettiva ermeneutica "la neutralizzazione degli effetti dell'ordinanza di assegnazione nel caso di successiva revoca del titolo esecutivo rappresenta una conseguenza naturale della facoltà di agire in base all'esecutività provvisoria", e la produzione di tale effetto paralizzante, correlato ad un preciso obbligo restitutorio, nel rispetto invero dell'intangibilità propria degli atti esecutivi dei processi già conclusi e quindi dell'esclusione della possibilità e della necessità di opporre gli atti esecutivi nei termini, implica il riconoscimento della possibilità per il debitore di promuovere un autonomo giudizio di ripetizione dell'indebito.

Nel merito, peraltro, dell'azione per la ripetizione dell'indebito la Suprema Corte coglie l'occasione per precisare che trova applicazione il normale principio dell'onere della prova sicché gravano sull'attore precedente sia la prova dell'avvenuto pagamento che la mancanza di una idonea *causa solvendi* e che nessuna valenza probatoria, ancorché indiziaria, può essere desunta dalla natura giudiziale dell'ordinanza di assegnazione del credito atteso che nell'espropriazione presso terzi la stessa è *pro solvendo*.

Cass. civ., Sez. III, sentenza 7 luglio 2020, n. 14597**Pres. De Stefano – Est. D'Arrigo**

ESECUZIONE FORZATA – MOBILIARE – PRESSO TERZI – DICHIARAZIONE DEL TERZO PIGNORATO – POTERI DEL CREDITOR CREDITORIS.

<<Qualora un pignoramento presso terzi abbia ad oggetto un credito che è stato già azionato in sede esecutiva, il terzo pignorato, a seconda dei tempi delle due procedure, può proporre opposizione ex art. 615 c.p.c. avverso la procedura intentata ai suoi danni, al fine di dedurre il definitivo venir meno della titolarità del credito in capo al proprio creditore, ma solo se e nella misura in cui sia stata già pronunciata l'ordinanza di assegnazione implicante la sostituzione del proprio creditore con i creditori che quel credito hanno pignorato, oppure ha l'onere di dichiarare quella circostanza, ai sensi dell' art. 547 c.p.c. , nella procedura di espropriazione presso terzi, rimanendo altrimenti esposto al rischio di restare obbligato sia nei confronti del proprio creditore originario sia del creditor creditoris. Quest'ultimo, a sua volta, apprendendo notizia dell'azione esecutiva intrapresa dal suo debitore può sostituirsi allo stesso in forza dell'ordinanza di assegnazione del credito, che determina una successione a titolo particolare nel diritto in base all' art. 111 c.p.c. , oppure mediante istanza di sostituzione in forza dell' art. 511 c.p.c.>>

ABSTRACT: *if a third party attachment relates to a credit that has been enforced, the attached third party: a) after the assignment order (art. 553 c.p.c.), may lodge an opposition pursuant to art. 615 c.p.c.; b) before the assignment order, has the burden of declaring the circumstance of the simultaneous pending procedures (art. 547 c.p.c.), otherwise remaining exposed to the risk of being obliged both against one's creditor and against the creditor creditoris.*

Il commento di Alessandra Migliorino

Con la pronuncia in rassegna la Suprema Corte ha ribadito il principio della reciproca indifferenza tra procedure esecutive (la prima intrapresa dal creditore procedente contro il debitore e la seconda intentata dal *creditor creditoris*

presso il medesimo debitore, nella qualità di terzo), esaminando i profili critici concernenti: a) il contenuto della dichiarazione di quantità resa dal debitore, divenuto terzo nella seconda procedura, ai sensi dell'art. 547 c.p.c.; b) gli strumenti esecutivi a tutela del diritto del *creditor creditoris*.

Nel caso di specie, una società aveva eseguito pignoramento mobiliare presso il debitore per recuperare un proprio credito; successivamente, due creditori del creditore precedente avevano effettuato, a loro volta, pignoramenti presso alcuni creditori della società, tra cui il debitore esecutato, che – assunta la qualità di “terzo” nella seconda procedura – veniva invitato a rendere la dichiarazione di quantità. Questi proponeva opposizione all'esecuzione nell'ambito della prima procedura, deducendone l'inaffidabilità e l'improseguibilità in quanto avente ad oggetto un credito già pignorato dai *creditores creditoris*.

Sia il giudice di primo grado sia il giudice dell'appello rigettavano l'opposizione. Il debitore introduceva quindi ricorso per cassazione, sostenendo che il pignoramento eseguito dal *creditor creditoris* avrebbe determinato l'insorgenza di un vincolo di indisponibilità delle somme dovute alla società precedente, con conseguente improseguibilità della procedura attivata per prima, pena, altrimenti, la violazione degli obblighi di custodia del terzo (art. 546 c.p.c.), nonché la commissione di condotte penalmente rilevanti ai sensi degli artt. 334 e 388 c.p.

La Suprema Corte ha dichiarato il ricorso infondato, attesa la reciproca indifferenza delle due procedure.

In proposito, i giudici di legittimità hanno osservato che i due pignoramenti (mobiliare e presso terzi) hanno oggetto differente, essendo diverse le pretese creditorie azionate, e che non vi è neppure coincidenza soggettiva tra i debitori esecutati, poiché la prima procedura è stata intrapresa contro il debitore della società precedente, mentre la seconda contro la società creditrice (pignorante nella prima procedura).

Inoltre, gli ermellini hanno evidenziato che il primo pignoramento non è di per sé idoneo a determinare il venir meno della generale garanzia patrimoniale del debitore, così come il secondo pignoramento, eseguito presso terzi dai creditori del creditore, non pregiudica il diritto del creditore originario di agire *in executivis*.

Ciò chiarito in punto di rapporto tra procedure, l'assenza di coordinamento formale tra le stesse non priva il *creditor creditoris* di adeguati strumenti di

tutela; strumenti che tuttavia sono diversi a seconda che, nell'ambito della procedura presso terzi, sia intervenuta o meno l'ordinanza di assegnazione (art. 553 c.p.c.).

Invero: a) se il G.E. ha emesso l'ordinanza di assegnazione, si realizza l'effetto di sostituzione dei *creditores creditoris* nella posizione giuridica del creditore originario, con la conseguenza che gli stessi hanno titolo per proseguire nell'espropriazione intrapresa per prima in ossequio alle regole generali di cui all'art. 111 c.p.c.; b) se invece non è ancora intervenuta l'ordinanza di assegnazione, i creditori del creditore possono avvalersi dello strumento della sostituzione di cui all'art. 511 c.p.c. per beneficiare di un'azione esecutiva già in corso, pur non avendone titolo, e così evitare che il creditore procedente incassi le somme a lui dovute.

In tale contesto, è evidente che tanto il G.E. quanto i *creditores creditoris* debbono essere resi edotti della contemporanea pendenza di due procedure.

È per tale ragione che incombe al terzo (debitore esecutato della prima procedura) un onere di allegazione "rinforzato", dovendo questi rendere una dichiarazione "completa" il cui contenuto va oltre il dato meramente letterale di cui agli artt. 547 e 550 c.p.c. (sino a comprendere l'indicazione che si tratta di un credito "a sofferenza", già azionato in sede esecutiva), pena, altrimenti, il rischio di essere esposto ad un doppio pagamento. E ciò tenuto conto, precisa infine la Corte di cassazione, che il debitore non può sottrarsi al pagamento del *creditor creditoris* in forza di un preteso dovere di custodia ai sensi dell'art. 546 c.p.c., né può introdurre utilmente opposizione *ex art.* 615 c.p.c. nella prima procedura esecutiva per dedurre la sopravvenuta inesistenza, in capo al creditore originario, di un diritto di credito a ben vedere ancora esistente fino all'emissione dell'ordinanza di assegnazione.