

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Settembre - Ottobre 2016

Elementi civilistici in diritto amministrativo:
una sparizione annunciata?

RICCARDO SABATO

Le modifiche al sistema delle misure cautelari
tra aspettative e impatto reale.

*Nota a Cassazione penale, sez. II, sentenza 20 settembre 2016,
n. 43688*

ALESSANDRO JAZZETTI, MARIA LAURA VITIELLO

Il Commissario ad Acta nei giudizi di esecuzioni
nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

La sentenza dell'High Court Of Justice
nel giudizio sulla legittimità della Brexit
senza approvazione del Parlamento.

*Nota a High Court Of Justice, Queen's Bench Division,
Divisional Court, Cases: CQ/3809/2016 e CO/3281/2016,
sentenza del 03/11/2016*

FRANCESCO ROMANELLI

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

settembre - ottobre 2016

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 9 - Numero 5 - Settembre/Ottobre 2016

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

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

EDITORE

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

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Francesco Cossu, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Francesca Galgano, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzezzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Raffaele Manfredi, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Manlio Ingrosso, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesoro

COMITATO DI VALUTAZIONE

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

Rassegne di giurisprudenza a cura di

Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo delli Priscoli, Antonio De Simone, Fabrizio Granata, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzezzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Alessia Palladino, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Enza Sonetti, Giorgia Viola, Valeria Zannella

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore.

A tale scopo la direzione della Rivista si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni, il cui nominativo verrà reso noto in un elenco pubblicato periodicamente.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Tavolaro stampa, Napoli - novembre 2016

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Universitas
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

IL DIRITTO AL CIBO	1037
di Francesco Caia	

Diritto e procedura civile

LA DONAZIONE DI BENI <i>ALTRUI</i> E <i>PARZIALMENTE ALTRUI</i> TRA NULLITÀ, INEFFICACIA ED ASTRATTA IDONEITÀ QUALE TITOLO <i>AD USUCAPIONEM</i> . UNA NOTA DI AGGIORNAMENTO	1040
di Francesco Rinaldi	

GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI REVOCA DEL FALLIMENTO ALLA LUCE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO	1052
di Giovanni La Croce	

ELEMENTI CIVILISTICI IN DIRITTO AMMINISTRATIVO: UNA SPARIZIONE ANNUNCIATA?.....	1065
di Riccardo Sabato	

COMPENSAZIONE DEI CRITERI <i>SUB IUDICE</i> : LA CERTEZZA DEL CREDITO. <i>Nota a Cassazione civ., sez. un., 15 novembre 2016, n. 23225</i>	1074
di Marco Ingenito	

SUGLI EFFETTI PERMANENTI DELL'ISTANZA DI AMMISSIONE AL PASSIVO: LA PRESCRIZIONE SI INTERROMPE ANCHE CON RIFERIMENTO AL CONDEBITORE SOLIDALE DEL FALLITO. <i>Nota a Cassazione civ., sez. lav., 30 agosto 2016, n. 17412</i>	1087
di Ylenia Zaira Alfano	

SULLA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE. <i>Nota a Cassazione civ., sez. I, 12 luglio 2016 n. 1418</i>	1092
di Dario Berrino	

SUL DIRITTO ALL'INDENNITÀ PER LA PERDITA DI AVVIAMENTO IN IPOTESI DI LOCALI SITI ALL'INTERNO DI CENTRI COMMERCIALI. <i>Nota a Cassazione civ., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18748</i>	1104
di Pietro Sorrentino	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	1110
------------------------------	------

RASSEGNA DI MERITO	1112
--------------------------	------

Diritto e procedura penale

FURTO TENTATO E/O CONSUMATO: BREVE RASSEGNA DELLE DECISIONI NEI TRIBUNALI ITALIANI DOPO LA PRONUNZIA DELLA SEZ.UN. 52117/2014. <i>Nota a Corte di Appello di Napoli, sez. V, sentenza 23.01.2015 e sez. III, sentenza 13.01.2015</i>	1116
di Maria Cristina Amoroso	

LE MODIFICHE AL SISTEMA DELLE MISURE CAUTELARI TRA ASPETTATIVE E IMPATTO REALE. <i>Nota a Cassazione penale, sez. II, sentenza 20 settembre 2016, n. 43688</i>	1120
di Alessandro Jazzeiti e Maria Laura Vitiello	

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	1125
a cura di Angelo Pignatelli	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	1130
------------------------------	------

RASSEGNA DI MERITO	1133
--------------------------	------

Diritto amministrativo

IL COMMISSARIO AD ACTA NEI GIUDIZI DI ESECUZIONI NEI CONFRONTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI I 138
di Flavia Margherita D'Amico

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE
(*d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.*) I 144
a cura di Almerina Bove

Diritto tributario

LA DISCIPLINA DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO FISCALE E LE SUE APPLICAZIONI NELLA GIURISPRUDENZA
TRIBUTARIA.
Nota a C.T.P. Napoli, sez. n. XIV, 24 maggio 2016, n. 14390/2015 I 148
di Luca Stanzola

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE
DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE I 160
a cura di Maria Pia Nastri

Diritto internazionale

LA SENTENZA DELL'HIGH COURT OF JUSTICE NEL GIUDIZIO SULLA LEGITTIMITÀ DELLA BREXIT
SENZA APPROVAZIONE DEL PARLAMENTO.
Nota a High Court Of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court,
Cases: CQ/3809/2016 e CO/3281/2016, sentenza del 03/11/2016 I 164
di Francesco Romanelli

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA I 178

Ordinamento giudiziario

IL NUOVO VOLTO DEL GIUDIZIO IN CASSAZIONE: MISURE ORGANIZZATIVE E PROCEDIMENTALI I 184
di Nicola Graziano

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE
Sulla possibilità di ricorrere allo strumento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. in materia di licenziamenti,
rispetto ai quali opera lo speciale "rito Fornero" I 192
di Francesco Di Sabato

DIRITTO PENALE
Problemi in ordine all'applicazione delle misure di prevenzione per i condannati a pene di lunga durata I 195
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO
Sulla legittimità delle interdittive antimafia "a cascata", ovvero basate esclusivamente sui legami
associativi tra imprese I 200
di Elia Scafuri

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA SVOLTA NEI RAPPORTI AFFETTIVI: UNIONI CIVILI E CONVIVENZE NELLA LEGGE 20 MAGGIO 2016 N. 76 I 208
di Teodora Scarfò

L'AGGRAVANTE DI NEGAZIONISMO, TRA VINCOLI DI MATRICE SOVRANAZIONALE E LEGISLAZIONE SIMBOLICA I 017
di Giuseppe Visone

Recensioni

IL CLOUD COMPUTING. LEX MERCATORIA E TUTELA DEI DATI
di Flora Pirozzi, Giuffrè, 2016 I 228
di Fernando Bocchini

INDICE DELLE SENTENZE I 229

Francesco Caia
Avvocato - Componente CNF

Editoriale

Il diritto al cibo

Se tutti i diritti umani rispondono a bisogni vitali delle persone, quello al cibo rappresenta un'efficace sintesi di molti di questi. Da un lato, infatti, è una necessità atavica, primordiale, che condiziona la stessa sopravvivenza; dall'altro, è la porta d'ingresso principale per il soddisfacimento di istanze superiori che prescindono dalla corporeità, prima fra tutte della libertà, che, per potersi dire realmente tale, secondo la giusta convinzione di Roosevelt, richiede di essere affrancata dal bisogno¹.

Tutta la storia dell'evoluzione dell'umanità potrebbe essere letta in funzione del rapporto degli uomini con il cibo, che nelle società attuali rappresenta, in primo luogo, lo spartiacque più evidente tra la povertà e la ricchezza. Nei Paesi in cui non si combatte per il procacciamento del 'pane quotidiano', si vive ossessionati dalla ricerca di cibi con l'etichetta "light", che non lascino trasparire sul proprio corpo i segni di un'indebita opulenza, o si presta una nuova attenzione alle modalità dell'alimentazione² al punto da farne un elemento distintivo della propria personalità³ o

¹ Nel suo famoso discorso del 1941, Franklin Delano Roosevelt enunciava le quattro libertà fondamentali dell'uomo: «Nei giorni a venire, che noi cerchiamo di rendere sicuri, attendiamo con impazienza un mondo fondato su quattro essenziali libertà umane. La prima è la libertà di parola e di espressione – ovunque nel mondo. La seconda è la libertà di ogni persona di rivolgersi a Dio a suo modo – ovunque nel mondo. La terza è la libertà dal bisogno, che tradotto in parole semplici, significa, conoscenze economiche che assicurino ad ogni nazione una vita sana e pacifica per i propri abitanti – ovunque nel mondo. La quarta è la libertà dalla paura, che significa prevedere una riduzione mondiale degli armamenti ad un livello tale e così profondo che nessuna nazione possa trovarsi nella posizione di commettere un atto di aggressione fisica nei confronti di altri – ovunque nel mondo».

² Cfr. A. GUSMAL, *Il diritto fondamentale al cibo adeguato tra illusioni e realtà*, in *www.dirittifondamentali.it*, 16 ottobre 2015, p. 5: «Nei Paesi ad alto reddito dove è diffuso un approccio al cibo che va al di là della soddisfazione dei bisogni primari, il cibo è diventato addirittura fonte di spettacoli televisivi e gli chef "i guru di una religione alimentare"».

³ Cfr. A. FUCCILLO, *Saziare le anime nutrendo il pianeta? Cibo, religione, mercati*, in *Cibo, religione e diritto. Nutrimo per il corpo e per l'anima*, a cura di S. G. Chizzoniti, Roma, 2015, p. 27: «Proliferano, infatti, nelle società ricche i centri di educazio-

un fattore imprescindibile della propria appartenenza religiosa.

Così, oltre ad essere essenziale alla stessa esistenza umana, il cibo è divenuto un importante banco di prova rispetto a nuove attese e richieste di tutela che affiorano nella società⁴, a cui il mondo giuridico tenta di rispondere, anche riconoscendo nuovi diritti. Intorno al cibo, si snodano riflessioni su temi cruciali come quello della tutela dell'ambiente, dello sviluppo sostenibile, della distribuzione della ricchezza e quello, che li sovrasta ed assorbe tutti, della pace⁵.

Sul piano normativo, il diritto al cibo è riconosciuto da numerose fonti internazionali e richiamato espressamente nelle Costituzioni di diversi Paesi⁶.

In particolare, il diritto ad un'alimentazione adeguata è stato riconosciuto inizialmente dall'articolo 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 e poi dall'articolo 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, che richiede agli Stati contraenti di riconoscere «il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame».

Nella nostra Costituzione non si rinviene alcuna norma che espressamente contempra il diritto al cibo, ma non sussistono dubbi sul fatto che lo stesso non solo sia tutelato per l'adesione italiana ai Trattati internazionali che lo prevedono, ma emerga come particolare declinazione di altri di-

ne alimentare, i dietisti e dietologi, i ristoranti etnici, quelli per vegetariani e vegani e così via».

⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto al cibo*, e-book del *Corriere della Sera*, 2014.

⁵ Interessanti e stimolanti, da questo punto di vista, le osservazioni di C. PETRINI, il fondatore dello *Slow food*: C. PETRINI, *Cibo e libertà. Slow food: storie di gastronomia per la liberazione*, Giunti editore, 2013, p. 1: «La meta comune è la liberazione dai gioghi, l'uscita dalle gabbie più scandalose: le disuguaglianze, le oppressioni, gli scempi che si perpetrano sull'ambiente e sulle persone, lo scandalo della fame e della malnutrizione».

⁶ Cfr. M. BOTTIGLIERI, *Il diritto a un cibo adeguato. Profili comparati di tutela costituzionale e questioni di giustizia*, in *La persona e l'alimentazione. Profili clinici, culturali ed etico-religiosi*, a cura di P. Macchia, Roma 2014, pp. 217-260.

ritti fondamentali riconosciuti nel testo costituzionale, come quello alla salute⁷, e come espressione della stessa dignità umana che costituisce il punto di unione, *l'a-priori*, di tutti i diritti della persona.

* * *

Il *diritto al cibo* non è soltanto il diritto di essere liberi dalla fame, ma anche quello di nutrirsi in modo sano e di poter esprimere la propria identità e le proprie tradizioni attraverso l'alimentazione. Una definizione calzante del diritto al cibo è stata offerta da Ziegler, Relatore speciale alle Nazioni Unite, secondo cui ogni essere umano ha diritto «ad avere un accesso regolare, permanente, libero, sia direttamente, sia tramite acquisti monetari, a cibo quantitativamente e qualitativamente adeguato e sufficiente, corrispondente alle tradizioni culturali della popolazione di cui fa parte il consumatore e in grado di assicurare una vita psichica e fisica, individuale e collettiva, priva di angoscia, soddisfacente e degna»⁸.

Il cibo quindi è, in primo luogo, un mezzo fondamentale per garantire la sopravvivenza del genere umano. In tale accezione, il diritto al cibo si interseca con i grandi problemi della fame e della denutrizione di intere popolazioni nel mondo.

Sotto altro profilo, il cibo rappresenta un elemento che incide sulla possibilità di condurre una vita psichica e fisica priva di angoscia, soddisfacente e degna. Inteso in questo senso, il cibo si ricollega anche alla tutela della salute nella sua accezione ampia di «stato di completo benessere» e la sua difesa si esprime anche nella rivendicazione di una buona qualità dell'alimentazione, molto spesso compromessa dalle truffe che si realizzano nel mercato alimentare.

Nel suo essere anche diritto a mangiare in modo sano, il diritto al cibo si esprime come diritto alla produzione di cibo sano. In tal modo, esso si riconnette alle problematiche della tutela dell'ambiente o della disciplina dei mercati agricoli.

Infine, il diritto al cibo si pone relazione con il diritto alla tutela della propria identità e delle proprie tradizioni culturali. Il filosofo Feuerbach sosteneva che «siamo ciò che mangiamo» e che per far progredire un popolo fosse necessario partire dalla qualità dell'alimentazione: «La teoria degli alimenti è di grande importanza etica e politica.

I cibi si trasformano in sangue, il sangue in cuore e cervello; in materia di pensieri e sentimenti. L'alimento umano è il fondamento della cultura e del sentimento. Se volete far migliorare il popolo, in luogo di declamazioni contro il peccato, dategli un'alimentazione migliore. L'uomo è ciò che mangia»⁹.

* * *

Tutti questi aspetti, sinteticamente richiamati, connessi alla tutela del diritto al cibo sono stati evidenziati, in occasione di Expo 2015, nella *Carta di Milano*, dove si insiste sull'obiettivo di assicurare: il diritto al cibo per tutti gli esseri umani in misura sufficiente e sicura, il diritto al godimento equo delle risorse del pianeta, il diritto alla sostenibilità ambientale e all'equità, e ancora il dovere di lottare contro lo sfruttamento del suolo, gli sprechi e gli abusi.

La *Carta di Milano* ha incontrato la piena condivisione di tutta l'Avvocatura italiana, che, con il *Manifesto* di giugno del 2015, si è impegnata formalmente a promuoverne gli obiettivi.

In particolare, l'Avvocatura si è impegnata, in ogni sede, nazionale, europea e internazionale, a:

«- sostenere e dare effettivo riconoscimento a tali fondamentali diritti e a difenderli in ogni circostanza, rappresentando anche, o contribuendo a rappresentare, le istanze della società civile nei dibattiti e nei processi di formazione delle politiche pubbliche; raccogliere le istanze dei cittadini, interloquendo con le istituzioni per realizzare le legittime domande proposte e per contrastare le sempre ripetute violazioni, contraffazioni e frodi;

incidere sulle cause che portano alla violazione dei diritti, promuovendo l'educazione alla legalità e coinvolgendo i saperi e i valori di tutte le professioni; tradurre in azioni concrete, in diritti spendibili, in affermazioni di responsabilità, i principi fondamentali che toccano la vita, la salute e la dignità delle persone».

Se questi sono gli impegni sottoscritti dall'Avvocatura, è evidente che la tutela del diritto al cibo nelle sue diverse dimensioni rappresenta comunque un tema universale che richiede la collaborazione di tutti, nella consapevolezza che, come sottolineava William Beveridge, «a starving man is not free, because till he is fed, he cannot have a thought for anything but how to meet his urgent physical needs; he is reduced from a man to an animal».

⁷ Cfr. l'art. 32 Cost. Si tenga anche presente la definizione di salute offerta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1948, secondo cui essa è uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solo assenza di malattia e infermità».

⁸ J. ZIEGLER, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano 2004, p. 49.

⁹ L. FEUERBACH, *Il mistero del sacrificio o l'uomo è ciò che mangia*, 1862.

Diritto e procedura civile

LA DONAZIONE DI BENI <i>ALTRUI</i> E <i>PARZIALMENTE ALTRUI</i> TRA NULLITÀ, INEFFICACIA ED ASTRATTA IDONEITÀ QUALE TITOLO <i>AD USUCAPIONEM</i> . UNA NOTA DI AGGIORNAMENTO	1040
di Francesco Rinaldi	
GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI REVOCA DEL FALLIMENTO ALLA LUCE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO	1052
di Giovanni La Croce	
ELEMENTI CIVILISTICI IN DIRITTO AMMINISTRATIVO: UNA SPARIZIONE ANNUNCIATA?	1065
di Riccardo Sabato	
COMPENSAZIONE DEI CRITERI <i>SUB IUDICE</i> : LA CERTEZZA DEL CREDITO. <i>Nota a Cassazione civ., sez. un., 15 novembre 2016, n. 23225</i>	1074
di Marco Ingenito	
SUGLI EFFETTI PERMANENTI DELL'ISTANZA DI AMMISSIONE AL PASSIVO: LA PRESCRIZIONE SI INTERROMPE ANCHE CON RIFERIMENTO AL CONDEBITORE SOLIDALE DEL FALLITO. <i>Nota a Cassazione civ., sez. lav., 30 agosto 2016, n. 17412</i>	1087
di Ylenia Zaira Alfano	
SULLA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE. <i>Nota a Cassazione civ., sez. I, 12 luglio 2016 n. 1418</i>	1092
di Dario Berrino	
SUL DIRITTO ALL'INDENNITÀ PER LA PERDITA DI AVVIAMENTO IN IPOTESI DI LOCALI SITI ALL'INTERNO DI CENTRI COMMERCIALI. <i>Nota a Cassazione civ., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18748</i>	1104
di Pietro Sorrentino	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	1110
RASSEGNA DI MERITO	1112



La donazione di beni *altrui* e *parzialmente altrui* tra nullità, inefficacia ed astratta idoneità quale titolo *ad usucapionem*. Una nota di aggiornamento

abstract

The donation of other people's goods is inserted within the most general theme of the shops on other people's patrimony, with particular reference to those «free». Sets the complex configuration of the «right to dispose of property of others» examining the nature of the «obligatory donation» and his effects it is possible to conclude that it is not entirely comparability of the donation of another's property to the donation of good things to come, contrary to popular and traditionally supported through a subjective conception of future good. A preferable objective conception of «good future», in an ontological sense, it seems, in fact, lead to a different result, ie to keep distinct the property of others from future, and subtract, then, de iure condito, the donation of the property of others the penalty of invalidity contained in Article. 771, para. 1 of the Civil Code, for the donation of good things to come. It is argued, therefore, the validity of the donation of goods of others, pointing to support various arguments, including, prediction, for donation, the warranty against eviction, and also its possible suitability ad usucapionem, in terms of purchasing a non domino.

keywords

Donation partially property of others – nullity – ineffectiveness – suitability abstract title to usucapionem.

abstract

La donazione di beni altrui si inserisce nell'ambito del più generale tema dei negozi sul patrimonio altrui, con particolare riferimento a quelli «gratuiti». Posta la complessa configurazione del «potere di disporre di beni altrui», esaminando la natura della «donazione obbligatoria» ed i suoi effetti è possibile concludere per la non del tutto equiparabilità della donazione di beni altrui alla donazione di beni futuri, contrariamente a quanto diffusamente e tradizionalmente sostenuto attraverso una concezione soggettiva di bene futuro. Una preferibile concezione oggettiva di «bene futuro», in senso ontologico, pare, difatti, condurre a diverso risultato, ossia a tener ben distinti i beni altrui da quelli futuri, e sottrarre, dunque, de iure condito, la donazione di beni altrui alla sanzione di nullità dettata dall'art. 771, comma 1, c.c., per la donazione di beni futuri. Si sostiene, dunque, la validità della donazione di beni altrui, indicando a sostegno diverse argomentazioni, tra le quali, la previsio-

ne, in materia di donazione, della garanzia per evizione, ed inoltre, la sua possibile idoneità ad usucapionem, in termini di acquisto a non domino.

parole chiave

Donazione beni parzialmente altrui – nullità – inefficacia – astratta idoneità titolo ad usucapionem.

sommario

1. Le questioni. – 2. Il potere di disporre di beni altrui. Note minime. – 3. Donazione di *beni futuri* e donazione di *beni altrui*: una distinzione possibile? – 4. Donazione «consapevolmente» di beni altrui e donazione «inconsapevolmente» di beni altrui. – 5. L'influenza esercitata dal divieto del patto successorio dispositivo. – 6. L'idoneità della donazione di beni altrui come titolo astrattamente idoneo *ad usucapionem*.

1. Le questioni

Il fenomeno in rassegna è stato oggetto di due significative, tra le rare in argomento, decisioni: una, recentissima e nota delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 15.3.2016, n. 5068¹, deputata ad assumere, di per sé, significato in funzione nomofilattica²; ed un'altra, un po' meno recente ed inedita, della

¹ In questa *Rivista*, 2016, 2, p. 338 ss., con commento di D. BERLINO, *Sulla validità della donazione di beni altrui. Nota a Cass., sez. un., 15.3.2016, n. 5068*. Secondo la Corte: «la donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compresa in una massa creditoria è nulla, non potendosi prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante».

² Sulla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, si cfr. il significativo intervento del Sottosegretario alla Giustizia, dr. Cosimo M. Ferri, tenuto in data 9.10.2015, presso la Corte di Cassazione sul tema *Cassazione e legalità penale*, nell'ambito del quale si poneva l'attenzione sulla circostanza che «uno dei profili di maggiore rilievo nell'assicurare l'efficacia del processo è rappresentato dal recupero del ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione (...) assediata da un notevole numero di ricorsi, in media 80000 all'anno, di cui ben 50000 penali. Una simile mole di ricorsi non consente alla Corte di Cassazione di esercitare il ruolo che le è proprio e cioè assicurare la nomofilachia». Si è, altresì, osservato che: «una simile situazione non si registra presso le Corti supreme

Corte di Appello di Napoli del 2012³, che, seppure marginalmente, prende in considerazione le complesse problematiche legate al fenomeno della *donazione di beni altrui*, sulle quali ci si soffermerà di seguito. Entrambe le decisioni sono destinate a suscitare notevole interesse anche in considerazione delle conseguenze scaturenti dalla soluzione che si vorrà preferire.

Oggetto della controversia, in entrambe le citate decisioni, è la validità o meno della donazione di *beni altrui e parzialmente altrui*. Tuttavia, la decisione della Suprema Corte si sofferma, in particolare e direttamente, sulla natura del *bene altrui* in relazione alla nozione di *futuritas* adottata dal legislatore nell'ambito del contratto di donazione; e con particolare attenzione al bene proveniente da successione (e, dunque, *massa indivisa*) ereditaria. L'esito del giudizio, peraltro, non si dimostra incerto, nei tre gradi di giudizio, tutti contrari alla validità della *donazione di beni altrui*, pur non mancando le Sezioni Unite di rilevare «i diversi orientamenti» che ne «ne hanno reso necessario l'intervento»; e neppure mancando di rilevare che «l'inclusione, anche se solo in parte, degli immobili oggetto di donazione nella comunione ereditaria comportava l'astratta possibilità della loro assegnazione, in sede di divisione, a soggetto diverso dal donante; con ciò dimostrandosi ulteriormente la sostanziale inscindibilità della volontà negoziale manifestatasi con l'atto di donazione dichiarato nullo dal Tribunale di

dei maggiori paesi europei. La Corte suprema tedesca vede la proposizione di circa 7000 ricorsi ogni anno, mentre in Spagna ed in Francia se ne propongono circa 30000 all'anno, un numero sì rilevante ma ben lontano da quelli della Corte suprema italiana. Va osservato che nei paesi citati esistono meccanismi volti a limitare il numero dei ricorsi proponibili dinanzi alle Corti supreme; i ricorsi, infatti, sono soggetti a meccanismi di selezione che operano sul piano processuale. In Spagna, in particolare, l'accesso alla Corte suprema è ammesso solo per le questioni aventi un valore superiore a 600.000 euro. In Germania, invece, il ricorso è ammesso solo se si caratterizza per avere interesse generale, che vada oltre la risoluzione del caso singolo. Un ulteriore aspetto da tenere presente è il numero di avvocati abilitati alle giurisdizioni superiori, in Italia particolarmente alto rispetto agli altri paesi europei, che vedono numeri molto più bassi (in Germania in particolare gli avvocati ammessi al patrocinio dinanzi alla Corte suprema sono solo 40) Ciò avviene anche in ragione di una normativa che, in Germania ed in Francia, costringe gli avvocati a scegliere in alternativa tra il patrocinio in via esclusiva dinanzi alle Corti supreme o dinanzi alle corti di merito».

³ Ci si riferisce alla decisione della Corte di Appello di Napoli, sez. II, 4.4.2012, che conferma Trib. Napoli, 19.3.2004. Secondo la Corte Territoriale: «la donazione di beni altrui è da ricomprendersi nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771, comma 1, c.c., tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, o sia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare».

Reggio Calabria, con sentenza confermata dalla Corte di Appello». Senza, però, doversi omettere di rilevare il significativo riferimento delle Sezioni Unite, in diversi passi della motivazione, alla questione della *consapevolezza* del donante circa l'alienità del bene donato, posta in stretta relazione con la validità dell'atto.

La decisione della Corte di Appello, seppure, come dianzi accennato, marginalmente, si sofferma, invece, in ordine all'accertamento circa la possibilità o meno di usucapione breve di un cespite immobiliare (precisamente, un fabbricato), in conseguenza del decorso di dieci anni dalla trascrizione di un contratto di donazione, successivamente rivelatosi di beni parzialmente altrui. Difatti, il donante, inconsapevolmente, disponeva a favore di una nipote del bene immobile che solo in parte, però, gli apparteneva, pur essendo esistente *in rerum natura*, aprendo la via all'azione di rivendica da parte degli altri legittimi comproprietari (due germani della donante) del medesimo. L'azione veniva accolta in primo grado e confermata in appello, con la seguente significativa motivazione: «è evidente che, nel caso di specie, ci si trovi al cospetto della donazione di un bene altrui, o (*rectius*) parzialmente altrui, essendo la Mo. Soltanto una comproprietaria, insieme ai propri fratelli, del fabbricato donato alla nipote».

Le annotate decisioni, dopo aver richiamato i diversi orientamenti giurisprudenziali in argomento⁴, hanno, tuttavia, optato per la nullità della donazione, aderendo, dunque, ad un'impostazione tradizionale che ricomprende nell'ambito del divieto di donare beni futuri anche i beni altrui, in quanto *non presenti nel patrimonio del donante*, pur ritenendola, tuttavia, titolo astrattamente idoneo *ad usucapionem*.

Inoltre, specialmente dalla Corte territoriale, viene, opportunamente, precisato che, anche nel caso in cui fosse ritenuta valida ma *inefficace*, la donazione di beni altrui di cui si tratta, tuttavia, non gioverebbe, comunque, al donante nella prospettiva dell'acquisto *a non domino*. E ciò, in quanto, nell'ambito della fattispecie concreta, comunque non sarebbe decorso neppure il termine breve, decennale, di usucapione.

La questione, quindi, si pone, sostanzialmente, in questi termini, come è dato rilevare dall'esame dei gradi di giudizio: in primo luogo, se la donazione di beni altrui possa essere equiparata alla donazione di beni futuri, ricadendo, di riflesso, nel divieto di cui all'art. 771 c.c., con la conseguenza di dover essere conside-

⁴ Ci si riferisce a Cass., 5.2.2001, n. 1596, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 6, I, 679, con commento di F. RINALDI, *La Donazione di beni altrui tra nullità ed inefficacia*, nel senso della possibile validità della donazione di beni altrui, sottraendola la divieto di donare beni futuri. In senso contrario, tuttavia e più di recente, v. Cass., 5.5.2009, n. 10536, in *Corr. giur.*, 2009, 1225, con commento di V. MARICONDA, *La donazione di cosa altrui è nulla ma è titolo idoneo all'usucapione abbreviata*, nel senso, appunto, della nullità della donazione attratta nell'orbita del divieto di donare beni futuri, con un ritorno, dunque, al passato, ma considerata egualmente titolo idoneo ai fini dell'usucapione.

rata nulla e non semplicemente inefficace; in secondo luogo, e, singolarmente anche a prescindere dalla risposta fornita alla prima questione, se la donazione di bene altrui possa essere considerata titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata, anche nell'ipotesi in cui sia da reputarsi nulla.

2. Il potere di disporre di beni altrui. Note minime

Come è stato anticipato in sede di descrizione della vicenda in esame, le questioni proposte sono rappresentate, in primo luogo, dalla possibilità o meno di riconoscere la validità della donazione avente ad oggetto beni altrui; ed in secondo luogo, se tale negozio possa costituire titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata, anche nel caso in cui la si consideri nulla. L'indagine sottostante alla descritta controversia sembra assumere, invero, toni di ben più ampio respiro.

Viene riproposto uno dei temi classici e, sia consentito osservare, fondamentali del nostro ordinamento giuridico, concernente l'attività dispositiva sul patrimonio altrui nell'ambito del diritto privato, o, se si preferisce, l'autonomia privata⁵ nell'ambito dei negozi

sul patrimonio altrui. In argomento non è possibile che un brevissimo cenno, riscontrando il legame tra potere di disposizione e diritto soggettivo sollecitazioni particolarmente significative proprio nel caso in cui l'attività dispositiva del privato si manifesti su di una sfera giuridica altrui⁶.

Anche in simili ipotesi, il potere di disposizione pare costituire esercizio di un potere giuridico e non una semplice possibilità di fatto, pur non nascondendosi perplessità anche in ordine ad una simile conclusione. Perplessità o disagio ricostruttivo, questi, che derivano dal fatto che – avverte l'insigne Maestro, Salvatore Pugliatti – il potere di disposizione è un tema «delicattissimo; espressione tra le più equivoche»⁷.

un civilista intorno alla Costituzione europea, 93.

⁶ Fondamentali in argomento le riflessioni di L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, spec. 35 ss. Si cfr., altresì: E. ZIMMERMANN, *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum Gestio*, 138, che distingue capacità e potere di disposizione; VON THUR, *op. ult. cit.*; P. ÖRTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, I, Berlin, 1929, 319; ENNECCERUS, in L. ENNECCERUS - U. LUHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1954, Tübingen, § 136, 343, sostiene che «il potere di disposizione non può confondersi con la capacità negoziale, perché non è come questa, una proprietà della persona in sé, ma un rapporto con il diritto, oggetto della disposizione». In tal senso anche, G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1872, 106; Id., *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, § 51; Id., *System des gemeinen Civilrechts*, München, 1832, § 35; BETTI, *Istituzioni dir. romano*, Padova, 1929, 339; CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano 1959, 78 ss.

⁷ Prosegue l'insigne A.: «sicché periodicamente si rinnova attorno ad esso, ed appare ora più ora meno vivo ed intenso, l'interesse degli studiosi, e si rinnovano pure le dispute e le discussioni (...) che (...) se hanno fatto nascere nuove questioni e suscitato nuovi problemi (...) non hanno contribuito a precisare il concetto, né sotto il profilo funzionale né sotto quello strutturale; e forse neppure sono riuscite a vincere lo scetticismo e la sfiducia che fanno dubitare circa la opportunità della sua adozione» (S. PUGLIATTI, *Saggi di diritto civile, Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, 7, che raccoglie i due saggi *L'atto di disposizione ed il trasferimento dei diritti del 1927* e *Considerazioni sul potere di disposizione del 1940*). In argomento, specificamente ed in maniera particolarmente significativa, cfr. F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, spec. 200. L'a., dopo aver rilevato l'incerta configurazione di un simile potere, osserva che «non manca chi, a ragione, tende a ridimensionare la portata di questo problema generalmente riferito alla teoria generale, preferendo, invece, condurre l'indagine intorno alla impostazione e alla soluzione dei concreti problemi positivi» (il riferimento è a R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, 164). L'a. rileva ancora che: «crediamo che la perenne polemica, se il potere di disposizione stia dentro o fuori del diritto soggettivo, sia per molti aspetti frutto di una impostazione troppo angusta del problema che talvolta si è lasciata maggiormente suggestionare dal profilo formale del potere di disposizione, come potere di porre in essere l'atto di disposizione, piuttosto che sentirsi attrarre dal suo contenuto materiale, come possibilità di realizzazione di un interesse». Assume, dunque, rilevanza «l'interesse perseguito dagli stipulanti». In argomento, in maniera particolarmente efficace, R. TOMMASINI, *Limiti legali e convenzionali al potere di disporre*, in *Limiti convenzionali e legali al potere di disporre* a cura del Comitato Regionale Notarile della Sicilia, Palermo, 1994, 13,

⁵ Insostituibile punto di riferimento in materia sono in materia gli artt. 2 e 41 della Costituzione. Norme di altissimo valore, le cui disposizioni esprimono la scelta operata dai Costituenti, fin dai *Lavori preparatori*, di stabilire, in primo luogo, il riconoscimento generale in favore dei privati della libertà d'iniziativa economica, qui da intendere nella dimensione di esercizio di autonomia privata o negoziale (in combinato disposto con gli artt. 1321 e 1322 c. c.); e soltanto successivamente di porre dei limiti all'esercizio di tale libertà, in funzione della solidarietà, dell'utilità sociale e della meritevolezza dell'interesse perseguito. La preesistenza dei diritti fondamentali, in quanto diritti della persona, tra i quali vi rientra anche la libertà di iniziativa economica, è, comunemente, desunta, dall'art. 2 Cost., laddove la norma «riconosce» tali diritti e non li attribuisce. In tal senso, si parla anche di «originarietà» ed «immanenza» dei diritti fondamentali. In argomento, cfr., in particolare, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1975, 149; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 51; Id., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 33; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, 29; id., *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001, 47; A. PACE., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 3; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1991, spec. 585 e 596; id., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, 1989, 1; P. F. GROSSI, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 49; A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Comm. Branca*, 1975, 228; R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 7; S. RODOTÀ, *Statuti e carte delle libertà*, in *Politica del diritto*, 1980, 45; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1992, 533; F. GALGANO, *La libertà d'iniziativa economica nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di F. Galgano, Padova, 1993, I, 511; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna, 1970, 23; L. FERRI, *Lezioni sui contratti*, Bologna, 1982, 12; A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo, l'impegno*, in *Studi in onore di G. Oppo*, Padova, 1982, 34; nonché, A. PACE, *Costituzione europea e autonomia contrattuale*, in *Contratto e Costituzione europea* a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 17; *Ibidem*, P. BARCELLONA, *Lo spirito dei tempi*, 31; *Ibidem*, F.D. BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, 59; *Ibidem*, G.B. FERRI, *Divagazione di*

3. Donazione di *beni futuri* e donazione di *beni altrui*: una distinzione possibile?

Oggetto specifico dell'indagine è, comunque, la riconducibilità o meno della donazione di beni altrui all'ipotesi vietata della donazione di beni futuri.

Tradizionalmente, l'ascrivibilità della donazione di beni altrui al divieto di cui all'art. 771, comma 1, c.c. è sostenuta attraverso l'estensione del concetto di *futuritas*. Per bene futuro s'intende, cioè, e seppure con specifico riferimento al contratto di donazione (lo stesso, difatti, non avviene nel caso della vendita, dove due distinte norme ammettono e disciplinano la vendita di beni futuri, di cui all'art. 1472 c.c., e la vendita di cosa altrui, di cui all'art. 1478 c.c., essendo entrambe qualificate tradizionalmente quali ipotesi di c. d. «vendita obbligatoria»), tutto ciò che non esiste all'atto dello spoglio nel patrimonio del donante. Sicché, si considera bene futuro non soltanto ciò che ancora non esiste *in rerum natura*, bensì anche ciò che attualmente non esiste nel patrimonio del donante, pur esistendo in natura.

La *ratio legis* di questa interpretazione viene solitamente rinvenuta nell'esigenza di assicurare la consapevolezza del donante circa la portata economica del suo atto dispositivo. Preoccupazione, questa, particolarmente avvertita nel caso, come quello in oggetto, di atti a titolo gratuito, nei quali, cioè, al sacrificio di una delle parti contraenti non corrisponde alcun vantaggio.

il quale osserva che «il riferimento al potere di disposizione è stato determinato dalla esigenza sistematica di fornire una adeguata spiegazione di alcuni istituti in cui il trasferimento del diritto viene attuato da un soggetto diverso dal suo titolare (sono classiche le ipotesi dell'acquisto dall'erede apparente ed *a non domino*) senza una preventiva analisi rivolta ad individuarne i suoi dati specifici. Successivamente è emersa la necessità di tentare una sua rielaborazione sistematica». In argomento, E. QUADRI, in F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, spec. 103, osserva che il diritto soggettivo ha un proprio contenuto, formato da una complessa sintesi di facoltà e poteri. Le facoltà giuridiche vengono viste come «semplici manifestazioni del diritto stesso» o, se si preferisce, «attività consentite (lecite) al titolare rispetto al bene oggetto del suo diritto». Il potere viene, invece, individuato in quelle «condotte del titolare cui l'ordinamento ricollega la produzione di specifiche conseguenze giuridiche (effetti giuridici)». Così, ad esempio, con riferimento all'esercizio del diritto di proprietà, appare più preciso parlare di facoltà di godimento e di potere di disposizione, quest'ultimo inteso nella «possibilità riconosciuta al titolare di una situazione giuridica di porre in essere atti considerati dall'ordinamento idonei ad incidere su di essa, come in particolare, estinguerla o trasferirla ad altri». La propone un altro significativo esempio: «l'usufruttuario può cedere il proprio diritto» (art. 980, comma 1, c.c.) e «ha diritto di godere della cosa», sia pure entro certi limiti (v. l'art. 981, comma 1, c.c.). Ebbene, «nel primo caso si dovrebbe parlare di potere (di produrre l'effetto giuridico di trasferire ad altri il diritto), mentre nel secondo di facoltà (di svolgere lecitamente un'attività di godimento del bene oggetto del diritto)». In argomento, sia, altresì, consentito rinviare a F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, spec. 78 ss.

Questa interpretazione, meritevole di massima considerazione, ha radici storiche profonde. Non soltanto emerge dai lavori preparatori al codice civile del '42, ma risale al codice del 1865. In particolare, l'art. 1064 del codice civile del 1865, con maggiore forza precettiva in tal senso, disponeva che «la donazione non può comprendere che i beni presenti del donante; se comprende beni futuri, è nulla riguardo a questi». Proprio sull'inciso «beni presenti del donante», si fondava, e si fonda, l'interpretazione volta, appunto, ad includere nella categoria del divieto di donazione di beni futuri tutti i beni non presenti nel patrimonio del donante, sia futuri che altrui.

L'art. 1064 dell'abrogato codice civile è stato quasi integralmente riprodotto nell'attuale art. 771, comma 1, c.c., che dispone: «la donazione non può comprendere che i beni presenti del donante. Se comprende beni futuri è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati».

Se il tenore letterale delle disposizioni normative è rimasto quasi inalterato, la *ratio* delle medesime sembra, in effetti, subire un lento, ma incisivo, mutamento nel senso della differenziazione della ipotesi vietata della donazione di beni futuri, non venuti, cioè, ancora ad esistenza, dalla (dunque valida) ipotesi di donazione di beni altrui, cioè, non ancora parte del patrimonio del donante, seppure con un'importante ed ulteriore precisazione circa la consapevolezza o meno dell'altruità del bene donato, di cui si dirà nel prosieguo.

L'incertezza interpretativa circa la definizione da attribuire al concetto di *futuritas*, se in senso «oggettivo» o «soggettivo», è di tutta evidenza, data la non linearità della disposizione normativa. Comunque, la norma sembra da doversi interpretare nel suo complessivo significato, avendo, cioè, riguardo ad un equo contemperamento degli interessi oggetto della disposizione stessa.

I beni altrui, come osservato, sono beni esistenti *in rerum natura*, del cui valore economico si può, quindi, essere consapevoli, così come pure della incidenza del relativo atto di disposizione sul patrimonio di chi ne è (o ne è destinato a divenire) proprietario.

Conseguentemente, ove sussista consapevolezza circa l'altruità del bene donato, non si vede perché negare validità all'atto dispositivo, a titolo gratuito, sul patrimonio altrui.

Sia consentito osservare, inoltre, come lo stesso concetto di *futuritas* possa essere interpretato, nel caso di donazione, anche in senso, per così dire, «parzialmente soggettivo». Avuto riguardo, cioè, anche alla possibile rappresentazione nel patrimonio del donante del valore del bene di cui intende disporre, benché di proprietà altrui, e così della portata economica del relativo atto di disposizione.

Lo stesso non può dirsi nel caso di beni futuri, assumendo l'alea, sembra potersi sostenere, proporzioni

ben maggiori, concernenti la stessa venuta ad esistenza del bene, con tutti i rischi conseguenti. Nel caso di beni futuri è, insomma, per definizione impossibile la rappresentazione del valore del bene stesso nel patrimonio del donante e, conseguentemente, ogni valutazione circa la portata economica del relativo atto dispositivo. Opinare diversamente, con l'attribuire, in via alternativa, piena rilevanza all'inciso «beni presenti del donante», ritenendo nulle le donazioni di cose altrui, ovvero all'altro inciso «se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi», riconoscendo in ogni caso valida la donazione di cosa altrui, può condurre, inevitabilmente, a sacrificare, indebitamente, una parte o l'altra della disposizione normativa.

Inoltre, la donazione è comunque un contratto *inter vivos*, seppure collocato nel libro «Delle successioni» (e non tra i singoli contratti), quasi a voler sottolineare la valenza di questo come anticipata successione, e come tale soggetto alle regole dell'autonomia privata, ma nel rispetto della peculiare natura e della funzione da cui è caratterizzato.

L'esigenza di tenere, ad ogni buon fine, distinte le due ipotesi del negozio dispositivo di beni futuri e di beni altrui, sembra trovare parziale conferma nella disciplina della compravendita, nel cui ambito due norme disciplinano le due distinte ipotesi (come si accennava innanzi, gli artt. 1472 e 1478 c.c.). Lo stesso accade, del resto, con riferimento all'ipoteca, l'art. 2822 c.c. disciplina, infatti, l'ipoteca su beni altrui, non consentendo una valida iscrizione, seppure con una singolare formula normativa: «se l'ipoteca è concessa da chi non è proprietario della cosa l'iscrizione può essere validamente presa solo quando la cosa è acquistata dal concedente». L'art. 2823 c.c. disciplina, invece, l'ipoteca su beni futuri, anche in questo caso non consentendo una valida iscrizione: «l'ipoteca su cosa futura può essere validamente iscritta solo quando la cosa è venuta ad esistenza».

Bene⁸ futuro e bene altrui rappresentano due con-

⁸ Il «bene» indica il *genus*, mentre la «cosa», la *species* (v. A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 825). Secondo SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 55, «il codice muove appunto da una definizione dei beni come le cose che possono formare oggetto di diritti (art.810). Da questa definizione risulta che vi sono cose, le quali non sono beni e quindi non possono formare oggetto di diritti. D'altra parte vi sono beni, i quali non sono cose. Le cose, per poter formare oggetto di rapporti giuridici, debbono essere beni». Inoltre, C. MAIORCA, *L'oggetto dei diritti*, Milano, 1939; Id., *La cosa in senso giuridico, contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937; S. PUGLIATTI, *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 19; BIONDI, *I beni*, Torino, 1956; Id., voce *Cosa (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, 1959, 1008. La cosa, intesa come oggetto di diritti (quindi, il bene), non deve essere confusa con il diritto che su di essa si esercita. Scrive SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 56, «la proprietà e gli altri diritti, che dalla res si chiamano reali, hanno sempre e soltanto per oggetto una cosa in senso proprio, una porzione della materia; invece, «l'oggetto degli altri diritti non è mai una res, ma un comportamento,

cetti giuridici ontologicamente⁹ distinti, non confondibili né intercambiabili, diversa risultando la disciplina giuridica dettata dal codice rispettivamente per le due categorie di beni, e come emerge anche da un esame storico e da un'indagine di tipo comparatistico.

In tal senso, sembrano deporre non solo le citate norme in materia di compravendita ed il diritto di ipoteca, ma anche le seguenti ed ulteriori disposizioni: l'art. 1348 c.c., norma generale in materia contrattuale¹⁰; l'art. 458 c.c., che stabilisce il divieto dei patti successori¹¹; l'art. 820, comma2, c.c. in materia di frutti naturali e civili¹²; naturalmente, l'art. 771, comma1 e 2, c.c. in materia di donazione¹³; l'art. 2331 c.c., in materia di iscrizione di società per azioni, in ordine alla quale s'impone una riflessione alla luce della recente riforma. Il «vecchio» testo dell'art. 2331, comma3, c.c. che sanciva un particolare divieto di disporre di beni futuri¹⁴, è stato sostituito dal «nuovo» art. 2331, comma5, c.c. che ha ridisegnato la disciplina dell'emissione e della vendita delle azioni e delle quote¹⁵

un comportamento del soggetto passivo come nel diritto di credito, o dello stesso soggetto attivo, come nei diritti potestativi». Si spiega, quindi, perché l'espressione «alienazione di cosa futura», così come «alienazione di cosa altrui», possa apparire «impropria», in quanto «oggetto dell'atto di disposizione è il diritto, non il bene che è oggetto del diritto» (PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., in nt.15, p.11). In materia, GORLA, *Atto di disposizione dei diritti*, in *Studi in memoria di E. Tommasone*, Padova, 1937, 7; PUGLIATTI, *Atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Univ. di Messina*, 1927, 166; MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, Milano, 1949, 17.

⁹ Per un approfondimento del concetto di «ontologia», dottrina dell'essere, v. M. HEIDEGGER, *Ontologia, Ermeneutica della effettività*, 1988, trad. it. a cura di G. Auletta, Napoli, 1998.

¹⁰ L'art. 1348 c.c. stabilisce: «la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge». A differenza dell'art. 1118 del codice del 1865, che si limitava a stabilire: «le cose future possono formare oggetto di contratto».

¹¹ Il divieto dei patti successori, influenzando sulla nullità della donazione di beni altrui, pare aver favorito l'affermarsi, più in generale, di una concezione soggettiva di «bene futuro». In considerazione anche del fatto che la donazione è comunemente considerata ipotesi di «anticipata successione». Si pensi, in tale prospettiva, alla donazione in conto di legittima di cui all'art. 552 c.c.; alle donazioni soggette a collazione; ed alla *donatio mortis causa*.

¹² L'art. 820, comma 2, c.c. dispone: «finché non avviene la separazione i frutti formano parte della cosa. Si può tuttavia disporre di essi come di cosa mobile futura».

¹³ Di cui se ne riporta il contenuto: «la donazione non può comprendere che i beni presenti del donante. Se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati»; prosegue il comma2, «qualora oggetto della donazione sia un'universalità di cose e il donante ne conservi il godimento trattenendola presso di sé, si considerano comprese nella donazione anche le cose che vi si aggiungono successivamente, salvo che dall'atto risulti una diversa volontà».

¹⁴ L'art. 2331, comma 3, c.c. prescriveva: «l'emissione e la vendita delle azioni prima dell'iscrizione della società sono nulle», coinvolgendo nella nullità ogni emissione o vendita di azioni effettuata prima dell'acquisto della personalità giuridica della società in virtù dell'iscrizione nel registro delle imprese.

¹⁵ Il «nuovo» art. 2331, comma 5, modif. dal d.lgs.17.1.2003, n. 6, in materia di riforma delle società di capitali e società cooperati-

(applicandosi anche alla società a responsabilità limitata, stante il richiamo di cui all'art. 2463 c.c.). Precisamente, pur rimanendo il divieto di emissione di azioni prima dell'iscrizione nel registro delle imprese, è scomparso ogni riferimento alla vendita, che, pertanto, pare potersi ritenere lecita come vendita di cosa futura di cui all'art. 1472 c.c.¹⁶. Alle norme indicate pare il caso di aggiungere gli artt. 179 c.c. e 217 c.c., nel testo anteriore alla legge di riforma del diritto di famiglia (l. 19.5.1975, n. 151)¹⁷.

Si tratta di ipotesi che ben poco hanno in comune, dettate, spesso, per esigenze garantiste, piuttosto che di carattere sistematico. Il che crea non poche difficoltà a chi intenda approfondirne il contenuto, nel tentativo di ricavare un principio generale¹⁸.

Per «cosa futura», difatti, il legislatore sembra aver inteso, «ogni cosa che al momento della stipulazione contrattuale mancava o di esistenza materiale (*res non in rerum natura*) o soltanto di autonoma esistenza giuridica (*res in rerum natura*)»¹⁹. Il legislatore nel prende-

ve, dispone: «prima dell'iscrizione nel registro è vietata l'emissione delle azioni ed esse, salvo l'offerta pubblica di sottoscrizione ai sensi dell'art. 2333, non possono costituire oggetto di una sollecitazione all'investimento». In proposito, P. GUIDA, *Riflessi notarili del nuovo articolo 2331 del Codice Civile*, in *Notariato*, 2003, 417. L'a., che sembra condividere la tesi dell'esistenza di una società di capitali «irregolare», prima, cioè, dell'iscrizione nel registro delle imprese, osserva che, in tale fase, «a) gli atti compiuti in nome della società sono senz'altro validi; b) il notaio potrà riceverli senza alcun risvolto patologico, civilistico o disciplinare; c) le deliberazioni assunte dagli organi di una società in corso di iscrizione sono senz'altro lecite e valide, non soltanto se si aderisce alla tesi della società di capitali irregolare, ed al più possono ipotizzarsi inefficaci; d) il notaio potrà certamente ricevere dette deliberazioni, anche sotto forma di verbale; e) la vendita di partecipazioni sociali – sia azioni che quote – è lecita ed ammissibile per il nostro ordinamento; f) il notaio potrà ricevere, o autenticare, atti di trasferimento di partecipazioni di società non ancora iscritte nel Registro delle Imprese».

¹⁶ Basti rinviare, in proposito, a: P. GUIDA, *Riflessi notarili del nuovo articolo 2331 del Codice Civile*, cit., 417; e, per una disamina di portata generale del «nuovo» art. 2331 c.c., cfr., in particolare, V. BONOCORE, *La riforma delle società*, Milano, 2004, 9; M. CAVANNA, *sub art. 2331*, in *Il nuovo diritto societario* a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, I, Bologna, 2004, 87.

¹⁷ Prima dell'abrogazione, l'art. 179 c.c. disponeva: «la costituzione di dote non può comprendere beni futuri». Disposizione ripresa dall'art. 118 delle disp. trans. al c.c., secondo cui «gli atti di costituzione di dote aventi per oggetto beni futuri, stipulati prima del 1° luglio 1939, conservano la loro efficacia anche rispetto ai beni che pervengono alla moglie dopo tale data». L'art. 217 c.c., in materia di oggetto della comunione tra coniugi, faceva esplicita menzione dei «beni mobili e immobili, presenti e futuri».

¹⁸ In materia, BIONDI, *Le donazioni*, cit., 335. Con riferimento ai beni futuri, PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., 17, che, senza mezzi termini, osserva come sia «errata, e certamente inutile, è la equiparazione fatta tra il concetto di cosa altrui e quello di cosa futura, e ciò sia sotto il profilo del diritto, che attribuisce ad ognuno di essi una propria disciplina, sia, e soprattutto, sotto il profilo concettuale: la res aliena può essere, a sua volta, così presente come futura».

¹⁹ PERLINGIERI, *op. ult.* cit., spec. 16 e 14, il quale, con maggiore

re in considerazione la categoria dei beni futuri e nel distinguerli dai beni altrui, risulta avere optato per una nozione oggettiva di bene futuro, a prescindere, poi, dalla *querelle* relativa a come debba intendersi la *res non in rerum natura*.

Significative le annotazioni di Filippo Vassalli all'art. 212 del progetto del 1940 del Libro delle obbligazioni del c.c., corrispondente al vigente art. 1472 c.c. L'insigne studioso sostituisce l'espressione «cose future», con «le prestazioni di cosa non ancora esistenti possono formare oggetto di contratto»²⁰.

In tal modo, la norma generale di riferimento (art. 1348 c.c.) sembra meglio collegarsi con le disposizioni in materia di vendita di beni futuri ed altrui, identificandosi l'oggetto con la cosa o il bene, e confermandosi la scelta del legislatore per una nozione oggettiva di bene futuro (come «cosa non esistente»), distinta dal bene altrui²¹.

Insomma, non sembra esserci spazio per una nozione soggettiva di bene futuro, come bene, cioè, che non fa parte del patrimonio del disponente. Definizione, questa, peraltro, che viene utilizzata, secondo un tradizionale orientamento dottrinale e giurisprudenziale²², pressoché con esclusivo riferimento al contratto di donazione, proprio al fine di giustificare la nullità anche della donazione di bene altrui, benché esistente. Conclusione che, tuttavia, non si ritiene del tutto condivisibile, oltre che per le riflessioni che precedono, anche alla luce di una ricostruzione storica del concetto di bene futuro. La definizione di «bene altrui» dovrebbe avere, difatti, valore descrittivo in quelle ipotesi nelle quali si voglia porre in evidenza una situazione di non coincidenza tra il soggetto che dispone del bene ed il patrimonio (appunto altrui) del quale fa parte il bene oggetto di disposizione. Per intenderci, la locuzione «bene altrui» sembra voler porre in risalto, preminentemente, una questione di legittimazione a disporre

precisione, osserva che «conviene suddividere, nell'ambito delle cose future, quelle che sono in *rerum natura* da quelle che non lo sono ancora. La futurità delle prime sembrerebbe contraddetta dalla loro esistenza materiale. Ma, a ben vedere, ciò non è. Le cose, infatti, sono presenti nella loro funzione di parte di un tutto, sono future nella loro futura funzione autonoma». Opinione, questa, dominante in dottrina, in ordine alla quale, per tutti, G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 157; L. SALIS, *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935; BIONDI, *I beni*, cit., 174, e *Le donazioni*, cit., 340; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1962, 175, il quale pone la ulteriore distinzione di cui nel testo tra cose, che pur facendo parte di un patrimonio, non hanno autonomia individualità – si potrebbe aggiungere, esistenza autonoma – e le *res nullius*. Per uno storico riferimento giurisprudenziale, cfr. Cass., 30.7.1937, in *Foro it.*, 1938, I, 628.

²⁰ FERRI *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, 101.

²¹ In proposito, si considerino le significative annotazioni di Filippo Vassalli agli artt. 312 e 319 del progetto dell'aprile del 1941 del Libro delle obbligazioni del c.c. (v. ancora FERRI, *op. ult.*, cit., 211 e 213).

²² Posto, peraltro, in discussione da Cass., 5.2.2001, n. 1596, cit.

da parte del non titolare, a prescindere, in tal senso, dall'esistenza in natura o meno del bene stesso, cioè, dall'essere o meno futuro²³, sotto il profilo ontologico.

Nella delineata prospettiva ermeneutica, si ritiene possa giocare un ruolo significativo l'esempio del donante che, prima di concludere il definitivo, dispone di un bene oggetto di contratto preliminare. Ebbene, come si è accennato, per bene presente deve intendersi anche il bene che il donante è in procinto di acquistare in virtù di un diritto del quale si trovi investito, un diritto personale o relativo di credito, se si preferisce, d'obbligazione. Questo esempio confermerebbe una concezione oggettiva di bene futuro, in coerenza anche con la distinzione tra diritti attuali, seppure in germe, e diritti futuri²⁴. Nel primo caso, potendosi legittimamente postulare l'esistenza, quanto meno *in rerum natura* del bene, nel secondo, l'inesistenza.

Naturalmente, la donazione di un bene che, dedotto in preliminare, non fa ancora parte del patrimonio del donante, conserva la natura di donazione obbligatoria secondo l'art. 769 c.c., sorgendo immediati ed irrevocabili obblighi di comportamento, con ovvie conseguenze per il caso d'inadempimento.

Un'altra conferma della concezione oggettiva di bene futuro può essere ritrovata anche nell'ambito della distinzione tra legati di beni altrui (651 c.c.) e legati di «cosa non esistente nell'asse» (art. 654 c.c.). Validi i primi, nulli i secondi, l'art. 654 c.c. sembra costituire applicazione e specificazione della più ampia categoria dei legati di beni altrui, contribuendo ad una definizione oggettiva di bene futuro. Questa norma stabilisce, difatti, la nullità del legato di cosa non esistente nell'asse, benché esistente *in rerum natura*, nell'ipotesi in cui il testatore abbia disposto di un determinato «suo» bene o diritto o di una «sua» cosa generica, ignorandone la non appartenenza al proprio asse o patrimonio ereditario. In tal caso, si presume che il testatore abbia disposto di tali beni proprio perché si trovavano nel suo patrimonio, altrimenti non ne avrebbe disposto²⁵.

È la mancanza di consapevolezza circa il carattere altrui del bene o del diritto legato, in coerenza con la disciplina dei legati di cosa altrui (art. 651 c.c.), a con-

dizionare negativamente la validità della disposizione testamentaria.

4. Donazione «consapevolmente» di beni altrui e donazione «inconsapevolmente» di beni altrui

In considerazione delle riflessioni che precedono, può, forse, correttamente osservarsi che, piuttosto che un mutamento nella *ratio legis* delle citate disposizioni normative, viene ad essere recuperato un importante elemento esegetico, già proposto ed insito nella norma dell'abrogato codice del 1865. Ovvero, sembra potersi sostenere che, accanto alla diversificazione tra l'ipotesi della donazione di beni futuri e quella di beni altrui²⁶, ne sia da considerare un'altra, sotto un certo profilo più rilevante.

Se, come innanzi indicato, la funzione del divieto di donare beni futuri ed altrui è quella comune di proteggere il donante dalla inconsapevolezza circa la portata economica del suo atto; se, cioè, il divieto è posto

²⁶ In tal senso, CASS., 5.2.2001, n. 1596, cit., per la quale «a) la donazione di beni futuri è cosa diversa dalla donazione di cosa altrui; b) pur volendo ritenere nulla la donazione di beni altrui, l'invalidità si riferirebbe solo ai beni la cui non appartenenza al donatore sia nota alle parti, ipotesi non ricorrente nella specie ... anche volendo concordare con quella parte della dottrina che ammette la validità della donazione di un bene altrui espressamente considerato tale nell'atto di donazione, con assunzione dell'obbligo da parte del donante di procurare l'acquisto del bene al donatario, ai sensi della seconda parte dell'art. 769, co.1, c.c., non si potrebbe, tuttavia, parlare di titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà di cui all'art. 1159 c.c., in conseguenza degli effetti meramente obbligatori che ad esso si ricollegano». La Corte di legittimità, non sembra, peraltro, poi essersi soffermata compiutamente sulla distinzione prospettata nel testo, liquidando la questione con una generica affermazione della validità della donazione di cosa altrui; e ciò per non avere, in sostanza, il Collegio ritenuto possibile ricondurre, attraverso un'interpretazione analogica, la donazione di cosa altrui nell'ambito del divieto di cui all'art. 771 c.c. Dalla motivazione della Corte, sembra potersi desumere, poi, la volontà di considerare valida in ogni caso la donazione di cosa altrui, a prescindere, cioè, dalla consapevolezza o meno circa l'altruità del bene donato. Difatti, significativamente osserva ancora la Corte in motivazione: «il discorso è più complicato con riferimento alla donazione di un bene altrui, che le parti considerano di proprietà del donante. La nullità (e la conseguente inidoneità ex art.1159 c.c.) di tale donazione ex art. 771 c.c. potrebbe essere affermata solo ove l'interpretazione (letterale e logica) di tale ultima norma consentisse di considerare beni futuri i beni non ancora del donante, ma esistenti in rerum natura ed appartenenti ad altri, ma non per via d'interpretazione analogica, in considerazione della natura eccezionale della norma in questione. Ritiene il collegio che tale interpretazione non sia possibile. A prescindere dall'argomento logico costituito dal fatto che, ad altri fini, il legislatore ha considerato separatamente gli effetti di atti di disposizione di beni futuri e di beni altrui, occorre considerare che l'art. 771, co.1, c.c., espressamente stabilisce che se la donazione 'comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati'. Appare evidente dalla formulazione di tale norma, il riferimento del divieto ai soli beni non ancora esistenti in rerum natura». Anche se, in senso contrario, nel senso cioè, della equiparabilità tra donazione di beni futuri ed altrui ai fini dell'invalidità, v. la citata, più recente, Cass., 5.5.2009, n. 10536.

²³ Il *favor* per una nozione oggettiva di bene futuro, di cui nel testo, del resto, pare trovare sostegno nella *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo*, n.289, all'art.1472 c.c., dove è stata abbandonata la scelta di «sostituire l'espressione «quando la cosa viene ad esistenza» con l'altra «quando la cosa entra nella disponibilità del venditore»», in quanto generatrice di possibili confusioni tra beni altrui e beni futuri. Si parla esplicitamente di «esistenza giuridica o materiale» in presenza della quale si produce l'effetto traslativo della proprietà (v. PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, *Codice Civile, Libro delle obbligazioni*, cit., 276).

²⁴ In proposito, PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., 23.

²⁵ Ad esempio, il testatore potrebbe ignorare che il bene è perito o di averlo già alienato a terzi, in tal modo revocando implicitamente il legato (v. art. 686 c.c.). Cfr. CARAMAZZA, *op. cit.*, 375.

a tutela ed a rimedio dal pericolo del compimento di atti sconsiderati, sotto il profilo patrimoniale; allora, non dovrebbe dubitarsi della inapplicabilità del divieto *de quo* nell'ipotesi in cui il donante sia consapevole dell'altruità del bene, essendo, in tal caso, in grado di valutare le conseguenze patrimoniali del suo atto, e di sponga dei beni come beni altrui.

L'inciso «beni presenti del donante» sembra, insomma, poter essere interpretato nel senso di beni di cui il donante ha la consapevolezza, in ordine al valore e ad ogni altro elemento che possa essere considerato rilevante, come l'altruità dei medesimi. Sul punto si tornerà in prosieguo.

Quindi, all'interno della donazione di beni altrui sembra doversi operare un'ulteriore distinzione tra donazione «consapevolmente» di beni altrui e donazione «inconsapevolmente» di beni altrui: più precisamente, tra donazione nella quale è alle parti «nota» la non appartenenza del bene al donante, e donazione nella quale invece si ritiene che il bene appartenga al donante, pur appartenendo, invece, ad un terzo²⁷.

Ebbene, la donazione «consapevolmente» di beni altrui, nella quale, cioè, il donante, come accade nella vendita di cosa altrui, intende disporre di un bene non ancora entrato nel suo patrimonio, ma del quale è in procinto (o ritiene di essere in procinto) di diventarne proprietario, sembra poter essere considerata valida ipotesi di donazione ad efficacia obbligatoria. Dalla quale, cioè, sorge immediatamente a carico del donante l'obbligo di far acquistare la proprietà del bene donato a favore del donatario. Si badi, sembra configurarsi un vero e proprio contratto ad effetti obbligatori immediati e ad efficacia traslativa – acquisitiva differita; e non, invece, un'ipotesi di contratto sotto condizione sospensiva, in questo caso rappresentata dalla *condicio iuris* dell'acquisto del bene da parte del donante.

Diversamente sembra doversi asserire circa la seconda ipotesi di donazione di beni altrui, nella quale, cioè, il donante è «inconsapevole» dell'altruità del bene donato, credendolo proprio. In questo caso, infatti, sembra venire nuovamente in rilievo la *ratio legis* della disposizione normativa qui commentata, posta a difesa degli interessi patrimoniali del donante, il quale deve essere consapevole, come più volte osservato, della rilevanza patrimoniale del suo atto. In questo caso non lo sarebbe, non potendo valutare la diminuzione patrimoniale subita in conseguenza del suo sacrificio. Distinzione, questa, cui non pare essere data adeguata considerazione da parte dell'annotata decisione.

²⁷ Sia consentito rinviare, al riguardo, a F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, 203 ss. L'a. sostiene la validità della donazione di beni altrui, indicando a sostegno diverse argomentazioni, tra le quali, la previsione, in materia di donazione, della garanzia per evizione.

5. L'influenza esercitata dal divieto del patto successorio dispositivo

Pur senza voler ampliare eccessivamente il campo d'indagine, pare il caso di porre l'attenzione sulla complessità e le inevitabili implicazioni derivanti dal riconoscimento o meno della possibilità di incidere giuridicamente, a mezzo cioè di atti dispositivi, sull'altrui patrimonio, nel caso in esame a titolo gratuito. Significativa appare, in proposito, la comparazione con gli istituti dei patti successori, in particolare dispositivi, e dei legati di cosa altrui, in considerazione anche dalla collocazione di questa normativa nel libro «Delle successioni», unitamente al contratto di donazione, cui si è innanzi accennato.

Con riferimento ai patti successori, può forse legittimamente chiedersi, se tale divieto non abbia, almeno in parte, influito sull'interpretazione dell'art. 771, comma 1, c.c., in considerazione del fatto che, spesso, la donazione viene definita come ipotesi di disposizione del proprio patrimonio a titolo di «anticipata successione» (si pensi, in tale prospettiva, ad esempio, alla donazione in conto di legittima di cui all'art. 552 c.c.). Cioè, sembra potersi ipotizzare che il divieto dei patti successori dispositivi, di cui all'art. 458 c.c. (secondo cui, «È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta»), abbia influito sull'interpretazione dell'art. 771, comma 1, c.c., inducendo a fare ricadere nel relativo divieto anche la donazione di beni altrui: quasi presumendosi, seppure implicitamente, la sussistenza di una *donatio mortis causa*, con l'attribuire, cioè, preminente rilevanza alla circostanza che si verrebbe, in ogni caso, a disporre di beni che, altrimenti, rimanendo nel patrimonio dell'attuale proprietario, costituirebbero parte del patrimonio ereditario del medesimo.

Anche in questo caso, però, pare assumere rilievo la suindicata distinzione circa la consapevolezza o meno dell'altruità dei beni, ovvero circa la provenienza dei medesimi. Per meglio comprendere i termini della questione come prospettata, si ricordi la sottile distinzione operata, in particolare dalla giurisprudenza, tra la valida vendita di cosa altrui, anche nel caso di beni eventualmente provenienti da una futura successione non ancora aperta, e l'invalido patto successorio dispositivo. Affermava la Corte di legittimità, con una pronuncia che costituisce vero e proprio *leading case* in materia: «si ha patto successorio dispositivo, vietato dall'art. 458 c.c., quando l'oggetto del contratto sia stato considerato dalle parti come compreso in una futura successione; si ha invece un valido contratto di compravendita di cosa altrui, quando, secondo la comune intenzione delle parti, il contratto debba produrre l'effetto obbligatorio, suscettibile di immediata esecuzione, di vincolare il venditore a procurare al compratore l'acquisto del bene venduto; in tale ipotesi la vendita non è nulla e l'effetto reale si verifica

automaticamente quando, alla morte del proprietario, il bene passi *iure hereditatis* al venditore che non aveva adempiuto l'obbligo di acquisto della proprietà su di lui ricadente *ex contractu*²⁸.

Com'è agevole desumere anche da questo pronunciato giurisprudenziale, ciò che sembra debba rilevare ai fini dell'interpretazione di ipotesi dubbie, insomma, è sempre l'intenzione delle parti – nel nostro caso, la consapevolezza o meno nel disporre di un bene altrui – secondo le comuni regole esegetiche in materia contrattuale²⁹.

Alla luce di quanto sinora asserito, l'unico ostacolo alla validità di una donazione «consapevolmente» di beni altrui, potrebbe essere rinvenuto nella peculiarità della funzione economico-sociale del contratto di donazione, e degli atti di liberalità in genere, cioè nella gratuità dei medesimi, quale emergente dall'art. 769 c.c. Ma anche in questa direzione sembra potersi sostenere la validità di questo tipo di donazione di beni altrui.

Difatti, l'art. 769 c.c., considera valide, accanto alle donazioni ad efficacia traslativa immediata, le «donazioni obbligatorie», nelle quali, cioè, il donante «per spirito di liberalità assume verso il donatario una obbligazione», quale può essere considerata, appunto, quella avente ad oggetto l'obbligo da parte del donante di procurare l'acquisto a favore del donatario.

Si comprende, tuttavia, come l'argomento testé richiamato sarebbe meritevole di ben altro approfondimento, investendo la problematica attinente alla compatibilità tra lo spirito di liberalità e il sorgere di obblighi a carico del donante; nonché la questione relativa alla diversificazione tra negozi sul patrimonio altrui a titolo oneroso, sempre validi, e negozi sul patrimonio altrui a titolo gratuito, o considerati mai validi, oppure, secondo la ricostruzione prospettata, validi, laddove ricorrano una serie di condizioni, quali, nel caso che qui direttamente interessa, la più volte indicata consapevolezza, da parte del donante, in ordine all'altruità del bene donato.

In proposito, poi, sembra assumere rilevanza anche la comparazione con la disciplina dei legati di beni altrui (nelle diverse ipotesi contemplate dal legislatore).

Come è noto, il diritto successorio, nel tentativo di considerare sempre rilevante la volontà del testatore, ad ogni costo, consente al testatore di incidere sul

patrimonio altrui, spesso con notevole sacrificio per gli onerati. L'art. 651 c.c., dettato specificamente in materia di legati «di cosa dell'onerato o di un terzo», può essere proposto come paradigma di questa categoria di legati.

In questa norma, il legislatore dà valore preminente alla consapevolezza del testatore circa l'appartenenza a terzi del bene oggetto del legato, in mancanza della quale il legato è nullo. Così dispone l'art. 651 c.c.: «il legato di cosa dell'onerato o di un terzo è nullo, salvo che dal testamento o da altra dichiarazione scritta dal testatore risulti che questi sapeva che la cosa legata apparteneva all'onerato o al terzo».

La lettura congiunta di questa norma, in particolare, e dell'art. 771, comma 1, c.c., sembra avvalorare, realisticamente, l'interpretazione proposta. In virtù della quale, proprio la consapevolezza, ancora una volta, del donante può rappresentare il *discrimen* tra la invalida ipotesi di donazione di beni altrui, nulla, in quanto ricadente nel divieto di donare beni futuri di cui all'art. 771, comma 1, c.c. (dovendo il concetto di *futuritas* essere interpretato, si ritiene, non solo in senso «oggettivo», ma anche in senso «parzialmente soggettivo», come innanzi indicato, con riferimento cioè alla consapevolezza da parte del donante circa l'altruità del bene donato, naturalmente ove questa manchi); e la valida donazione di beni altrui, nella quale, cioè, il donante è consapevole della appartenenza ad altri del bene donato e, quindi, può ritenersi conscio circa la portata economica del suo atto.

Questa esegesi sembra trovare ulteriore conferma, come si è osservato, in considerazione, in primo luogo, della più volte indicata *ratio legis* della disposizione normativa di cui all'art. 771, comma 1, c.c.; ed in secondo luogo, anche alla luce della ricordata collocazione del contratto di donazione in materia successoria, avendo la «volontà del donante» molti punti in comune con la «volontà del testatore», meritevoli entrambe di massima protezione.

Infine, secondo quanto si è ricordato innanzi, pare il caso di sottolineare come dalla soluzione affermativa della prima questione, cioè dall'aver riconosciuto valido, benché inefficace, il contratto di donazione di beni altrui, venga fatto dalla Corte senz'altro discendere la soluzione, altrettanto affermativa, circa l'idoneità del titolo valido ma inefficace, ai fini dell'usucapione abbreviata di cui all'art. 1159 c.c. Sia, tuttavia, consentito osservare come neppure questa conclusione pare possa essere condivisa, in considerazione del fatto che un titolo inefficace – quindi per definizione improduttivo, anche in astratto, di effetti traslativi, come nel caso in esame – ben difficilmente può ritenersi titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata. Il tema in esame non si esaurisce affatto nelle sintetiche valutazioni qui prospettate, assumendo dimensioni di ben più ampia portata.

²⁸ Si tratta di Cass., 9.7.1976, n.2619, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 432.

²⁹ Per una simile prospettiva, basti rinviare a BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. civ.*, a cura di Vassalli, Utet, 1961, 338, cui si rinvia anche per una approfondita analisi del profilo storico del divieto di cui all'art. 771 c.c. e del collegamento con il divieto dei patti successori. L'A. sostiene, apertamente, «la validità in genere della donazione di cosa altrui», anche se non «incondizionatamente», ed invita a porre l'attenzione proprio sulla «consapevolezza nel donante di attribuire cosa altrui», ritenendo, in questo caso, valida la donazione. Altrimenti, «la donazione di cosa altrui, falsamente ritenuta propria, è impugnabile per errore, secondo i principi generali».

6. L'idoneità della donazione di beni altrui come titolo astrattamente idoneo ad usucapionem

Il profilo della validità della donazione di beni altrui, in relazione alla conoscenza da parte dei contraenti della provenienza del bene donato, sembra assumere significato anche al fine di risolvere un'altra controversa questione, che si pone in generale per ogni ipotesi di negozio su beni altrui con effetti traslativo-constitutivi. Ossia quella della donazione di beni altrui come titolo astrattamente idoneo³⁰ in vista dell'usucapione abbreviata.

In senso affermativo, la più recente giurisprudenza³¹, per la quale il titolo, «tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo, in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare».

L'idoneità in generale, ai fini dell'usucapione, di atti di acquisto «a non domino» è il risultato di un fondamentale studio, volto a dimostrare che un titolo è astrattamente idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata anche se è inefficace (e addirittura anche se è nullo), purché tale inefficacia (o nullità) dipenda non già da un difetto di «struttura» ma di «funzione»³². Idoneità,

³⁰ Per comprendere l'importanza del relativo riconoscimento, si osservi che «il donatario non potrà ritenere di avere definitivamente acquisito il diritto donatogli fino a quando non siano trascorsi almeno dieci anni dalla morte del donante», o, si potrebbe aggiungere, dalla trascrizione dell'atto di donazione, per sottrarsi ad eventuali diritti di terzi (v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1990, 226).

³¹ Cfr., Cass., 5.5.2009, n. 10356, cit., che afferma l'idoneità della donazione di beni altrui, anche ove considerata nulla, quale titolo idoneo ad usucapionem, confermando, sul punto, Cass., 5.2.2001, n. 1596, cit., che, a sua volta, conferma Cass., 27.4.1964, n. 1011, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1064. Per queste decisioni, ai fini dell'idoneità del titolo, rileva che vi sia corrispondenza tra l'oggetto dell'atto di disposizione e l'oggetto in possesso dell'acquirente. Si ricordi, come rilevante in proposito, il principio secondo cui, in tema di possesso, la «buona fede è presunta» (v. l'art. 1147 c.c.), requisito, quest'ultimo, essenziale per l'usucapione abbreviata.

³² Secondo MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, 223, «come la nullità del legato, così la nullità della donazione di cosa altrui non dipende da un vizio di struttura, bensì da una ragione inerente alla funzione del negozio». Per tale ragione sia il legato che la donazione sarebbero titoli idonei, in astratto, per l'usucapione, che è un modo di acquisto per sopperire «al difetto di titolarità». In generale, l'a. osserva che «elemento costante della fattispecie di acquisto a non domino è il titolo d'acquisto, costituito da un atto di disposizione avente per oggetto un diritto altrui o (in certi casi) un diritto inesistente. In questa definizione, necessariamente generica, il concetto di atto di disposizione va inteso in senso ampio e non tecnico, comprensivo, non solo dei negozi con efficacia dispositiva in senso stretto, corrispondenti a quelli contemplati nell'art. 1376 c.c., ma anche dei negozi (obbligatori) con efficacia traslativa mediata» (p. 182). Riconosce l'astratta idoneità ai fini dell'usucapione anche ad un titolo nullo, App. Milano, 7.12.1954, in *Riv. dir. civ.*, 1955, II, 1092 e in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 109, se la nullità dipende da «un difetto inerente alla funzione e non già alla struttura». In tal senso, anche la recente Cass., 5.5.2009, n. 10356, cit., che, dopo aver affermato,

oggi riconosciuta anche ai titoli gratuiti³³, ai quali, secondo un passato insegnamento, pure era stata negata, argomentandosi proprio dalla nullità della donazione di beni altrui, per estensione del divieto di donare beni futuri. Precisamente, costituendo la donazione principale *species* di atto gratuito, se ne faceva discendere la inidoneità, in linea generale, dei negozi a titolo gratuito posti in essere da un *non dominus*, ai fini del trasferimento di un possesso ad usucapionem³⁴.

In contrario, nel caso della donazione di beni altrui

come ricordato, la nullità della donazione di beni altrui, in quanto ricadente nell'ambito del divieto di donare beni futuri, tuttavia, ne afferma l'idoneità quale titolo ad usucapionem: «il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare».

³³ Ancora MENGONI, *op. cit.*, 224, che, modificando la propria posizione di chiusura all'idoneità ad usucapionem dei titoli gratuiti, osserva in maniera significativa che «ora la donazione è idonea a giustificare il possesso dell'acquirente non meno della vendita o di altro negozio a titolo oneroso. Al rivendicante, che gli domanda perché possiede la cosa, il donatario è in grado di rispondere al pari del compratore: «perché l'ho acquistata in base a un negozio (titolo) per sé idoneo a trasferirmi la proprietà». Benché, «l'estensione della regola «possesso vale titolo» alle alienazioni a titolo gratuito» subisca «un notevole correttivo pratico dai principi in tema di arricchimento ingiustificato». L'a. definisce la parola «acquisto», che ha «un significato anfibologico. Essa può designare sia l'atto di acquisto (ovvero, visto dall'altra parte, l'atto di attribuzione) indipendentemente dalla sua efficacia, sia l'effetto giuridico dell'atto» (p. 1).

³⁴ Per la ricostruzione dell'orientamento in questione, v. F. S. GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. sist. civ. e comm.* diretta da W. Bigiavi, Torino, 1965, 242, il quale ritiene, tuttavia, fondata la tesi della inidoneità del titolo gratuito ai fini dell'usucapione nel caso del *legatum per vindicationem*, facendo esplicito riferimento all'art. 651 c.c. (legato di cosa altrui). L'a. ritiene, invece, valida e, quindi, anche titolo idoneo ad usucapionem, la donazione di beni altrui, in quanto «non mi sembra che l'art. 771 commini la nullità della donazione di cosa che, ritenuta propria dal donante, risulti poi appartenere ad altri. «Beni presenti del donante» possono essere anche quelli posseduti da lui *uti dominus* e il confronto di questa formula con quella, ben diversa, contenuta nell'art. 651, non può indurre alla precipitosa conclusione che l'art. 771 commini la nullità della donazione di cosa altrui». Precisa, inoltre, che non costituisce titolo idoneo ad usucapionem il comodato, scaturendo da questo soltanto un diritto personale di godimento. In giurisprudenza, due celebri precedenti in materia di idoneità dei titoli gratuiti sono, la citata App. Milano, 7.12.1954; e Cass., 1.4.1957, n. 1110, in *Banca Borsa*, 1957, II, 540. Nel senso della inidoneità dei titoli gratuiti ad usucapionem, TORRENTE, *La donazione* (1956), cit., 412; TORRENTE, *La donazione* a cura di V. Carnevale e A. Mora, Milano, 2006, spec. 659, 660 e 497; MENGONI, nella 1ª ediz. di *Acquisto «a non domino»*, cit., 195, posizione successivamente modificata in senso favorevole all'idoneità anche dei titoli gratuiti ad usucapionem, come precisato nella nota precedente, nell'ult. ediz. di *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 224; Id., voce *Acquisto a non domino*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 69; e, più di recente, la citata Cass., 5.5.2009, n. 10356. E, più in generale in materia di donazioni, v. anche TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2011, 1291 ss. In argomento, cfr., per una ricostruzione particolarmente significativa, CARRABBA, *Trattato sulle donazioni*, Napoli, 2012, 456 ss.

può osservarsi che la non appartenenza al donante del bene donato, non configurando un difetto di «struttura», bensì di semplice «funzione», non impedirebbe la idoneità del titolo ai fini dell'usucapione, anche nell'ipotesi in cui la si reputasse nulla in quanto ricadente nella portata del divieto di donare beni futuri. Difatti, l'inefficacia dell'atto comunque dipenderebbe, non già dalla presenza di un vizio sostanziale del negozio, bensì dalla non corrispondenza tra soggetto disponente e titolare del diritto di cui si è disposto, configurandosi, appunto, un acquisto *a non domino*. Non si nasconde, peraltro, una certa perplessità nel riconoscere eguale ed astratta idoneità, ai fini dell'usucapione abbreviata, sia a titoli nulli³⁵ che a titoli validi ma inefficaci³⁶, i primi essendo per definizione improduttivi, anche in astratto e *medio tempore*, di effetti giuridici. È in una simile prospettiva che vengono comunemente considerati titoli astrattamente idonei *ad usucapionem* anche titoli invalidi, purché efficaci, come, in particolare, quelli annullabili, rescindibili o risolutivamente condizionati³⁷.

Nel caso, invece, di negozi sottoposti a condizione sospensiva, o nei quali la fattispecie giuridica richieda il verificarsi di determinati eventi affinché si produca l'effetto traslativo-costitutivo (come la venuta ad

esistenza del bene, nel caso di negozi su beni futuri; l'acquisto del bene, nei negozi su beni altrui; o la individuazione, nei negozi su cose generiche), l'astratta idoneità del titolo potrebbe, al più, aversi soltanto a partire dal momento in cui tali fatti si verificano³⁸. Nell'ipotesi della donazione di beni altrui, pertanto, pur sostenendone la validità – in termini di contratto ad efficacia immediatamente soltanto obbligatoria e con effetto traslativo-costitutivo differito al verificarsi dell'acquisto del bene da parte del donante –, potrebbe derivare la non idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata, non potendosi neppure ipotizzare un trasferimento immediato del possesso giuridico in favore dell'acquirente (e per quanto il possesso possa sfuggire alle regole ed ai meccanismi del consenso traslativo)³⁹.

Tuttavia, nel caso della donazione di beni altrui sembra assumere rilevanza, anche sotto il profilo dell'idoneità come titolo *ad usucapionem*, la consapevolezza o meno dei contraenti circa il carattere altrui del bene donato, in relazione alla quale risulta possibile distinguere, allora, due ipotesi di donazioni, una immediatamente «dispositiva», l'altra obbligatoria «pura»⁴⁰.

Mentre nel caso della donazione di beni consapevolmente altrui, ipotesi di donazione obbligatoria «pura», alcuna idoneità *ad usucapionem* potrà essere riconosciuta al negozio, discendendo da questo soltanto

³⁵ La dottrina e la giurisprudenza prevalenti, in effetti, tendono a negare idoneità, anche in astratto, a titoli nulli. In tal senso: S. RUPERTO, voce *Usucapione* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1022; C. ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede di beni mobili*, artt. 1153-1157, in *Comm. C.c.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, 87; F. DE MARTINO, *Possesso – Denunzia di nuova opera e di danno temuto*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, III, Bologna-Roma, 1984, 55; BIANCA, *Diritto civile*, 6, Milano, 1999, 803; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, Torino, 1996, 405. In giurisprudenza, v. Cass., 8.6.1982, n. 3466, in *Giust. Civ. Mass.*, 1982, 437; Cass., 6.4.1982, n. 2103, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, 821, secondo le quali un titolo nullo non può costituire titolo astrattamente idoneo per l'usucapione, «perché il vizio di nullità, rilevabile da chiunque vi abbia interesse, investe la giuridica esistenza dell'atto medesimo».

³⁶ In materia, v., ad esempio, Cass., 2.7.1975, n. 2575, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Usucapione*, n. 2, secondo cui non è titolo idoneo la successione a titolo universale, non riferendosi a beni determinati; Cass., 8.1.1970, n. 56, in *Foro it.*, 1970, I, 1152, sulla non idoneità della fusione e dell'incorporazione delle persone giuridiche; sulla non idoneità della divisione e della transazione, v. MENGONI, *op. cit.*, 220 e 227.

³⁷ In tal senso la dottrina prevalente: v. RUPERTO, *op. cit.*, 1078; MENGONI, *op. cit.*, 185. Dottrina e giurisprudenza pongono l'attenzione sull'autonomia del titolo, rispetto agli altri elementi costituenti l'usucapione abbreviata, ossia possesso di buona fede e trascrizione del titolo. Cfr. L. FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Cicu*, I, Milano, 1951, 313; GAZZONI, *La Trascrizione immobiliare*, II, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998, 52; N. VISALLI, *Rapporti fra trascrizione e usucapione decennale*, in *Foro it.*, 1957, I, 1810. In giurisprudenza: Cass., 7.5.1987, n. 4215; Cass., 15.10.1992, n. 11285, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1906; Cass., 5.4.1994, n. 3239, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 633; Cass., 23.6.1992, n. 7696, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Usucapione*, n.13; Cass., 1.8.1995, n. 8441, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Trascrizione*, n. 25.

³⁸ Nel caso della donazione di beni altrui, sia che la si consideri nulla, sia produttiva di effetti obbligatori, osserva GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 112, «la trascrizione anche se curata, non può produrre i propri effetti tipici ai sensi dell'art. 2644. Se la donazione produce effetti obbligatori vale, infatti, quanto si osserverà tra breve con riguardo alla vendita di cosa altrui, cosicché non potrà ipotizzarsi alcun effetto di prenotazione in attesa che il donante acquisti la cosa dal terzo proprietario. Se viceversa la donazione è nulla non potrà di certo la pur tempestiva trascrizione sanare il vizio. In questo caso, peraltro la trascrizione può giocare un proprio ruolo quale coelemento della fattispecie acquisitiva a titolo originario. Se si ritiene, infatti, che la donazione di cosa altrui non sia nulla ma produca effetti obbligatori, può ritenersi applicabile l'art. 1159 in materia di usucapione abbreviata, perché sarebbe configurabile l'esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, così come avviene in casi di acquisto a titolo oneroso *a non domino*». Inoltre, nel caso della doppia alienazione, nel quale, cioè, il donante non sia un *non dominus* bensì un *ex dominus*, si produrranno gli effetti tipici della trascrizione, con la conseguenza che chi trascrive per primo prevarrà in caso di conflitto. È evidente il verificarsi di una *factio iuris*, trattandosi, comunque, di donazione di beni altrui. L'argomento della trascrizione meriterebbe ulteriore approfondimento.

³⁹ Secondo BIANCA, *op. ult. cit.*, 752, «il possesso è pur sempre una situazione di fatto e come tale si sottrae alla regola del consenso traslativo. Esso si trasferisce non per effetto della volontà delle parti ma a seguito dell'effettivo ingresso del bene nella sfera di controllo dell'alienatario».

⁴⁰ In tale prospettiva, MENGONI, *Acquisti a non domino*, cit., 27. Per la validità della donazione di beni altrui, OPPO, in recensione a BIONDI, *Le donazioni*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 489, osserva che non sarebbe, tuttavia, sufficiente la semplice conoscenza o consapevolezza circa il carattere altrui del bene donato, bensì occorrendo che il donante assuma espressamente «l'obbligo di procurare al donatario l'acquisto della cosa altrui, non quando abbia semplicemente disposto della cosa altrui».

effetti immediatamente obbligatori (idoneità impedita anche dalla conoscenza da parte del donatario del carattere altrui del bene donato), a diverso risultato pare doversi pervenire, invece, nel caso di donazione inconsapevolmente di beni altrui. In tal caso, difatti, nella prospettazione delle parti contraenti, tacendosi o comunque ignorandosi la non appartenenza del bene al donante, la donazione viene concepita come immediatamente traslativa o costitutiva (in tal senso sembra essere adoperata, in maniera non del tutto appropriata, da parte della dottrina, la locuzione «donazione dispositiva» o «immediatamente dispositiva»), appunto in grado, ove sussista la buona fede dell'acquirente, di trasferire un valido possesso *ad usucapionem*⁴¹.

Si badi, l'idoneità della donazione «dispositiva» – inconsapevolmente, cioè, di beni altrui – pare sussistere sia nel caso in cui la si ritenga valida, ma annullabile per errore da parte del donante, stante comunque l'efficacia immediata del negozio, sia nel caso in cui la si ritenga nulla⁴², ove si convenga circa la sussistenza di un mero difetto di «funzione» e non già di «struttura», derivando, questo, esclusivamente dalla mancanza di titolarità del bene da parte del disponente e non da altre cause⁴³.

⁴¹ In particolare, ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, cit., 302, afferma la validità della donazione di beni altrui, in ogni caso, come donazione del possesso.

⁴² Maggiori, tuttavia, le difficoltà da superare al fine di affermare l'idoneità della donazione di beni altrui *ad usucapionem*, ove la si consideri nulla, atteso che, come accennato, pure ragioni di ordine pubblico vengono poste a giustificazione del divieto, tra le quali, l'esigenza di un freno a prodigalità. In proposito, v. MESSINEO, *Manuale*, cit., 17; BONILINI, *Preliminare di donazione da parte di enti pubblici*, cit., 460. Inoltre, vi è differenza rispetto alla vendita di beni altrui. Nella donazione, come osservato, non è esperibile il rimedio della risoluzione, previsto, invece, per la vendita, nella quale l'acquirente, in buona fede, ignorava l'altruità del bene (art. 1479 c.c.). In tal caso, fino a che non ne venga dichiarata la risoluzione, il contratto è valido ed efficace, pertanto, titolo idoneo *ad usucapionem*. In proposito, si è proposto di distinguere a seconda se l'altruità sia o meno nota alle parti. Nel primo caso, della vendita di cosa «consapevolmente» altrui, «il contratto è di per sé idoneo, in quanto diretto a produrre effetti solo obbligatori». Nel caso invece in cui l'altruità «non risulta dal contratto», il titolo sarebbe idoneo (M. FERRARIO, *Usucapione immobiliare abbreviata e donazione di beni altrui*, in *I Contratti*, 2001, 760). Anche se, in contrario, ovvero specificamente nel senso della idoneità della donazione di beni altrui, benché nulla, quale titolo astratto *ad usucapionem*, la citata Cass., 5.5.2009, n. 10356.

⁴³ Non diversamente da altre ipotesi di acquisti *a non domino*, v. MENGONI, *Acquisti a non domino*, cit., 220, il quale esamina il legato e la donazione di beni altrui, reputati titoli astrattamente idonei. La. (p. 27, 182, 223, 224) osserva che tale astrazione deve essere valutata con riguardo al titolo «in sé stesso», cioè, «astrazione fatta dal difetto di legittimazione dell'alienante, che impedisce, in concreto, l'efficacia del negozio sotto il profilo dispositivo». Sicché, «come la nullità del legato, così la nullità della donazione di beni altrui non dipende da un vizio di struttura, bensì da una ragione inerente alla funzione del negozio». Tant'è che, indicando cosa debba intendersi per difetto di «funzione», gli artt. 1153 e 1159 c.c. «predispongono una tutela dell'acquirente di buona fede proprio in vista dell'eventualità opposta, cioè della rivendica in-

Naturalmente, in entrambi i casi, purché vi sia la buona fede, in senso soggettivo, del donatario, intesa, cioè, come elemento psicologico, «di natura intellettuale, definito dalla legge in termini di ignoranza o di errore, onde la sua antitesi è uno stato di consapevolezza, di *scientia*»⁴⁴.

staurata dal terzo proprietario. La funzione negoziale-dispositiva del titolo è per ipotesi definitivamente esclusa e il titolo assume rilevanza piuttosto come fatto giustificativo del possesso. Ora la donazione è idonea a giustificare il possesso dell'acquirente non meno della vendita o di altro negozio a titolo oneroso. Al rivendicante, che gli domanda perché possiede la cosa, il donatario è in grado di rispondere al pari del compratore: «perché l'ho acquistata in base a un negozio (titolo) per sé idoneo a trasferirmi la proprietà». Id., voce *Acquisti a non domino*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 69, dove si definisce il concetto di acquisto *a non domino* e la funzione politica di tale fenomeno, nel senso che «non designa una categoria giuridica unitaria, ma soltanto l'elemento comune di una serie di fattispecie eterogenee, ciascuna delle quali è soggetta a una propria disciplina giuridica, benché tutte siano coordinate alla soluzione di un medesimo problema pratico: la tutela dell'affidamento dei terzi e quindi dell'interesse collettivo alla sicurezza della circolazione giuridica dei beni. L'elemento comune è costituito da un atto (normalmente negozio) di attribuzione patrimoniale avente per oggetto un diritto spettante a un soggetto diverso dall'alienante oppure un diritto che in realtà non esiste». Funzione di sicurezza e tutela dei terzi di buona fede svolta anche dall'usucapione. In materia, V. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, in *Corr. giur.*, 2001, 756; FERRARIO, *op. cit.*, 760. In giurisprudenza, sull'idoneità del legato di cosa altrui, Cass., 23.7.1960, n.2100, in *Foro padano*, 1961, I, 556. Sull'idoneità della donazione di beni altrui, cfr.: CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 528; PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 98; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo di acquisto*, Milano, 1974, 73; BIONDI, *Le donazioni*, cit., 349; L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, Milano, 1952, 452. In senso contrario, cioè, della inidoneità, TORRENTE, *op. cit.*, 412; A. MONTEL, *La donazione di cosa mobile altrui ed il principio "possesso vale titolo"*, in *Dir. e giur.*, 1957, 189; ARGIROFFI, *op. cit.*, 105; DE MARTINO, *op. cit.*, 55 (ma che reputa idoneo, però, il legato di cosa altrui); M. COSTANTINO, *Titolo idoneo negli acquisti a non domino e negozio a causa di morte*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1964, I, 95; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 112. In giurisprudenza, in senso contrario all'idoneità della donazione di beni altrui ai fini dell'usucapione abbreviata immobiliare, Cass., 20.12.1985, n. 6544, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Usucapione*, n. 8, secondo cui «ai fini dell'usucapione abbreviata a norma dell'art. 1159 non costituisce titolo astrattamente idoneo al trasferimento la donazione di un bene altrui, attesa l'invalidità a norma dell'art. 771 di tale negozio».

⁴⁴ Secondo MENGONI, *op. ult.* cit., 324, la buona fede necessaria ai fini della regola «possesso vale titolo» e dell'usucapione abbreviata con giusto titolo, pur non essendo esplicitamente definita dalla legge, «consiste nell'ignoranza di acquistare «da chi non è proprietario», e si configura secondo una rigida nozione, invariabilmente riferita all'alienità della cosa; mentre la definizione generale dell'art. 1147, in termini di «ignoranza di ledere l'altrui diritto», conferisce alla buona fede un contenuto elastico, riferibile anche a situazioni diverse dal difetto di titolarità nell'alienante». Precisando (p. 330) che è in buona fede anche l'acquirente che, pur conoscendo l'alienità del bene «sia tuttavia persuaso di acquistarla «*volente et concedente domino*». Ad esempio, nel caso in cui l'acquirente ritenga l'alienante legittimato in virtù di un mandato, ignorandone l'avvenuta revoca.

Gli effetti della sentenza di revoca del fallimento alla luce dei principi del giusto processo

abstract

Starting from some minority reflections about the immediate effectiveness of revocation of bankruptcy ruling by the Court of Appeal, pursuing through a hermeneutic path winding the principles of "fair trial", the new wording of articles 18 and 19 of the Italian Bankruptcy Law and the development of case-law about the effectiveness of constitutive and executive judgements, the author does an intensive assessment of the consolidated views, according to which the ruling of revocation of bankruptcy does not have any practical effect, suggesting its overcoming.

keywords

Revocation of bankruptcy, effectiveness of the ruling, articles 18 and 19 of Italian Bankruptcy Law, fair trial.

abstract

L'autore, partendo da alcune riflessioni minoritarie sul tema dell'immediata efficacia della sentenza di appello revocativa la dichiarazione di fallimento e tramite un percorso ermeneutico che si snoda tra i principi del "giusto processo", la nuova formulazione degli artt. 18 e 19 l.fall. e l'evoluzione giurisprudenziale in tema di efficacia delle sentenze aventi natura costitutiva e delle sentenze in materia di esecuzione, sottopone a serrata critica l'opinione consolidata secondo la quale la sentenza che revoca la dichiarazione di fallimento non produce alcun effetto concreto, proponendone il suo superamento.

parole chiave

Revoca del fallimento, efficacia della sentenza, artt. 18 e 19 l.fall., giusto processo.

sommario

Introduzione. – **1.** Il giusto processo. – **2.** La tutela del doppio grado di giudizio e della ragionevole durata del processo. – **3.** Effetti ed esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento. – **4.** La revoca della sentenza dichiarativa e la sua efficacia secondo la dottrina radicata. – **5.** Critica alla tesi della non efficacia della sentenza di revoca del fallimento. – **6.** La soppressione del "fallimento d'ufficio" e le sue ricadute nell'equilibrio del processo. – **7.** Le indicazioni desumibili dal nuovo testo degli artt. 18 e 19 l.fall. – **8.** I diritti violati del debitore e il giusto processo CEDU. – **9.** Accertamen-

to costitutivo e il giusto processo. – **10.** Alcuni apparenti nodi processuali da sciogliere. – **11.** La necessità di tutela degli interessi dei terzi non creditori. – **12.** La partecipazione del curatore al giudizio di appello e la sua (carenza di) legittimazione a ricorrere per cassazione. – **13.** Conclusioni.

Premessa

Con il presente contributo si intende affrontare la spinosa questione degli effetti della sentenza di revoca del fallimento alla luce dei principi costituzionali e CEDU sul "giusto processo"; principi che lo stanco e atono dibattito dottrinale in materia ci sembra aver ignorato¹.

Infatti la pervasività, anche sotto il profilo sanzionatorio penale, della dichiarazione di fallimento non dovrebbe consentire di derogare all'affermazione concreta del pieno diritto (inviolabile) del fallito ad un processo equo, dalla durata ragionevole. Già in altre occasioni abbiamo, però, avuto modo di evidenziare come l'interpretazione della legge fallimentare sia ancora troppo influenzata da incrostazioni culturali ed ideologiche derivanti dalla lunga domestichezza dell'interprete con l'assetto normativo della legge del '42²; assetto che trovava, in un'ottica prettamente efficientista ed hegeliana, il proprio cardine nel potere del tribunale fallimentare di ordinare la cattura del fallito³.

¹ Sulla necessità di contemperare l'efficienza della procedura con le garanzie del debitore anche nel vecchio regime cfr.: COSTANTINO, *Il giusto processo di fallimento*, a cura di Didone - Filippi, in *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento*, Milano, 2002, p. 5; COSTANTINO, «Giusto processo» e procedure concorsuali, in *Foro.it*, 2001, 1, p. 3451; SCARSELLI, *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, in *Foro.it*, 2001, 1, p. 118; BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, p. 46; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, p.54; FABIANI, *Giusto processo e ruolo del giudice delegato*, in *Il Fallimento*, 2002, p. 291; TARZIA, *Il processo di fallimento e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 13.

² LA CROCE, *Gli obblighi a carico del fallito tra vecchio e nuovo rito*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 215 e *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni CEDU*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 311.

³ Il comma quattro dell'art. 16 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 così testualmente disponeva «con la stessa sentenza o con successivo decreto il Tribunale ordina la cattura del fallito o degli altri responsabili...».

Come è noto quel potere venne meno con la riforma del diritto processuale penale alla fine degli anni '80⁴, ma molte altre disposizioni di quella legge avevano già, o avrebbero successivamente, incontrato la critica della Corte Costituzionale, tanto da dover far fortemente dubitare – e ciò ancora prima della riforma del 2006 – che si potesse ritenere che la procedura fallimentare fosse impermeabile a qualsiasi altro diritto concorrente. I successivi interventi riformatori hanno ulteriormente intaccato quell'assetto monolitico che vedeva il debitore sostanzialmente privo di qualsiasi tutela di fronte al fallimento e ai suoi organi, come il *dalit* nel sistema sociale induista.

A questo percorso di aggiornamento non può negarsi che il legislatore sia stato fortemente indotto dall'esigenza di non tradire le aspettative degli operatori per un "giusto processo fallimentare". In tale direzione riteniamo, anticipando parzialmente le conclusioni, che le modificazioni apportate agli artt. 18 e 19 l.fall. vadano lette nel senso che al processo fallimentare non possono non applicarsi, in tema di esecutività delle sentenze, le normali regole del processo civile riformato, ritenute maggiormente conformi delle precedenti ai principi del giusto processo.

Ed è nella prospettiva dell'equità del procedimento fallimentare, come osservato da un illustre autore⁵, che va anche letta la soppressione dell'iniziativa officiosa del tribunale *ad provocandum* la dichiarazione di fallimento. Essa, infatti, incide a livello di sistema ben oltre la sua semplice statuizione, costituendo, come vedremo in appresso, il perno intorno a cui ruota "il giusto processo fallimentare" e che a caduta determina tutta una serie di conseguenze riguardo alla tutela giurisdizionale del debitore nelle successive fasi impugnatorie della dichiarazione di fallimento, conseguenze mai indagate con sufficiente profondità, salvo qualche rara eccezione⁶.

1. Il giusto processo

Seppur taluno abbia ritenuto che la riscrittura dell'art. 111 Cost. non abbia comportato alcuna innovazione nell'assetto costituzionale e che gli si dovesse attribuire una "folkloristica, intenzione polemica istituzionale"⁷ è innegabile che "la introduzione nella Car-

ta fondamentale della Repubblica, cinquantadue anni dopo la sua emanazione, di nuovi principi in materia di "giusto processo" implica[ss]e che, in questo [quel] periodo il processo, quello penale, quello civile, quello amministrativo, quello tributario e quello contabile, non fossero giusti"⁸ o che, per lo meno, la sua introduzione fosse destinata ad essere motore, come è stato, di una evoluzione delle leggi e della giurisprudenza verso interpretazioni di maggior rigore costituzionale⁹.

Senza voler qui ripercorrere il dibattito, vario e profondo, che si è sviluppato sul concetto di giusto processo è possibile affermare che è opinione condivisa tra i cultori del tema che a tale formula vada attribuito il significato di processo coerente con i valori di civiltà giuridica che in un determinato contesto storico sono espressi e condivisi dalla collettività¹⁰. Implicito in questo concetto è il presupposto di una legittima aspettativa dei cittadini ad essere trattati conformemente ai diritti ad essi riconosciuti dall'ordinamento. In questa prospettiva l'art. 111 Cost. si presenta, dunque, come disposizione aperta alle normative convenzionali e alla giurisprudenza della Corte EDU¹¹, sicché tramite il suo disposto potrebbero trovare ingresso nel nostro ordinamento ulteriori garanzie processuali su impulso della Corte Costituzionale¹².

In questo terreno – nel cui ambito va collocato il tema di cui ci stiamo occupando – ciò vuol dire che una procedura può considerarsi "giusta" tanto quanto sarà rispettosa dei diritti degli individui. Ne consegue che le quattro garanzie espresse dall'art. 111 Cost. rappresentano fonte di protezione del cittadino di fronte al potere e all'errore del potere¹³.

⁸ COSTANTINO, *op. cit.*, 2002, p. 6, 9.

⁹ VIGNERA, *La garanzia costituzionale del giusto processo*, in *Diritto.it*, 2011, p. 3.

¹⁰ VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1185 e ss., p. 1194.

¹¹ TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile. Atti del convegno dell'Elba 9-10 giugno 2000*, a cura di Civinini - Verardi, Milano, 2001, p. 36, p. 53; così anche TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1, 6 e 7 il quale evidenzia però come l'oggetto su cui è istituzionalmente chiamato a pronunciarsi il giudice delle leggi sia diverso da quello del giudizio della Corte europea di Strasburgo. Quest'ultima infatti giudica la lesione del diritto ad un processo equo non soltanto in riferimento alle regole del processo interno, ma anche in relazione allo svolgimento del processo nel caso concreto; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 479, p. 481; DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi - Verde, Napoli, 2002, p. 103, p. 105.

¹² BOVE, *op. cit.*, p. 479 e 493; in senso analogo VIGNERA, *op. cit.*, p. 1185, e 1193 assegna all'art. 111 la funzione di "norma di apertura".

¹³ FERRUA, *Garanzie sostanziali e garanzie formali*, in *Questione giustiziana*, 2001.

⁴ Ci si riferisce all'art. 214 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale (d.P.R. del 22 settembre 1988, n. 477) ai sensi del quale dovevano considerarsi abrogate le disposizioni che sino a quel momento prevedevano l'arresto o la cattura da parte di organi giudiziari non esercitanti funzioni penali.

⁵ FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio - Fabiani, Bologna, 2006, p. 105.

⁶ Ci si riferisce sempre a FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 393, e a DE SANTIS, *Le impugnazioni*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Commentario Jorio - Fabiani, Bologna, 2010.

⁷ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini - Verardi, 2001, Milano, p. 13, 14, 16.

Per quel che interessa il tema della nostra disamina la procedura deve, in conseguenza, ridurre al minimo il rischio di errore¹⁴, poiché esso, dal punto di vista del cittadino, si traduce in un atto di ingiustizia e, dunque, in una incisione di un suo diritto inviolabile¹⁵. Le garanzie processuali non sono, allora, fini a se stesse, ma costituiscono il meccanismo di difesa contro lo strisciante pericolo di ingiustizia che caratterizza la decisione espressa da una funzione imperfetta per definizione quale è quella giurisdizionale¹⁶. Ne consegue che il giusto processo esiste solo allorché il cittadino è trattato con dignità e rispetto in relazione alle aspettative di protezione dei propri diritti che egli nutre e questo è un valore che non può essere sacrificato se non per ragioni irrinunciabili, chiaramente individuate dalla Costituzione¹⁷.

Dopo questo breve percorso nel territorio, assai poco esplorato, se non dai cultori della filosofia del diritto, del processo giusto, il lettore avrà compreso quanto l'esperienza fallimentare sia ancora lontana dalla concreta applicazione dei suoi canoni, compresi ancora da un'equivoca confusione del ruolo giurisdizionale con quello amministrativo; confusione che viene ancora oggi giustificata da una supposta, quanto non rintracciabile a livello costituzionale, esigenza di pubblica tutela. Tutto ciò nonostante le indicazioni di segno opposto sparse dal legislatore a pioggia all'interno del nuovo tessuto normativo concorsuale.

Nel giusto processo chi è chiamato a giudicare non può svolgere ruoli gestionali e neppure di direzione della procedura. In questo quadro la decisione del giudice non può più essere influenzata, come avveniva in passato, da esigenze di efficienza gestionale estranee al *thema decidendum*. Il giusto processo pretende, infatti, che gli effetti che la decisione può avere sull'evoluzione amministrativa della procedura, o sulla sua stessa esistenza, non possano costituire motivo della sua espressione.

Ed è in ossequio a questa esigenza costituzionale che al giudice delegato sono oggi demandati unicamente i compiti di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura e che essendogli stata sottratta la sua direzione, è venuto meno qualsiasi rapporto di immedesimazione organica gestionale tra giudice e fallimento. Ma questo, molto probabilmente, anticipando un

tema che tratteremo più diffusamente in seguito, dovrebbe anche pretendere che il curatore nominato dal tribunale impugnato – al cui controllo di legittimità egli è sottoposto – non possa essere soggetto legittimato a difendere le sentenze di chi lo ha nominato e lo controlla. Anzi, proprio il controllo sulla regolarità della procedura lo dovrebbe far escludere, perché la procedura nel giusto processo deve essere neutra.

2. La tutela del doppio grado di giudizio e della ragionevole durata del processo

I principi del doppio grado di giudizio e della ragionevole durata del processo rappresentano lo stadio minimo del giusto processo. Essi devono agire in modo combinato tra loro. Infatti, un processo non può considerarsi equo se la sua procedura non è in grado di ridurre al minimo, come dicevamo, il rischio di errore della decisione; di qui la necessità del secondo grado, ma, allo stesso tempo, il rimedio al rischio di errore non dovrà intervenire oltre un determinato tempo, pena un inaccettabile svilimento del principio.

La necessità del doppio grado di giudizio non risulta, invero, codificata nell'ambito delle disposizioni dell'art. 111 Cost. e nel nostro ordinamento esistono eccezioni anche recenti, ossia procedure che non lo prevedono¹⁸. Ciò non di meno si deve ritenere che il doppio grado di giudizio rientri appieno nella definizione del processo giusto per una serie di motivi. Il primo è costituito dal fatto che se il giusto processo è quello coerente con i valori di civiltà giuridica del momento storico in cui viene celebrato, non può revocarsi in dubbio che il secondo grado di giudizio costituisca un valore costituzionale già prima della novellazione dell'art. 111 Cost.¹⁹, tanto che il nostro ordinamento processuale prevede sempre, salvo rarissime eccezioni, un procedimento strutturato in più gradi di giudizio²⁰.

In secondo luogo riteniamo che la costituzionalizzazione del principio poteva già ravvisarsi nelle disposizioni dell'art. 24 Cost.; disposizioni che prevedevano, ad esempio, che il diritto di difesa fosse inviolabile in qualsiasi grado di giudizio. Riferimento che letto con il cannocchiale del principio del giusto processo non può oggi che voler dire che il diritto alla difesa

¹⁴ DWORKIN, *Principle, Policy, Procedure*, in *A matter of Principle*, Cambridge, 1985, p. 86, evidenzia il diverso tipo di ingiustizia che può caratterizzare gli errori incidentali rispetto a quelli che derivano dall'adozione di procedure che non sono volte a massimizzare la possibilità di giungere a decisioni giuste.

¹⁵ GALLIGAN, *Due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, Oxford, 1996, p. 68 e 70; in senso analogo DWORKIN, *op. cit.*, p. 84.

¹⁶ DWORKIN, *op. cit.*, p. 101.

¹⁷ GALLIGAN, *op. cit.*, p. 78 «accuracy, after all, is just another way of saying that a person's right and other normative expectations created by law should be respected; to respect them is to respect the right-holder».

¹⁸ L'art. 616 c.p.c., ad esempio, che ne esclude la sua applicabilità alla sentenza che decide la causa di opposizione all'esecuzione.

¹⁹ Anche VIGNERA, il più scettico in tema, *op. cit.*, 2011, 8, deve ammettere che «attraverso la "mediazione" della clausola del giusto processo il principio di quo potrebbe in futuro "transustanzarsi" in una vera e propria garanzia costituzionale del processo, se la Consulta lo riterrà rispondente ad una istanza eventualmente espressa in tal senso dall'opinione pubblica e/o da concrete esperienze giudiziarie»; nel medesimo senso BOVE, *op. cit.*, p. 494-495.

²⁰ CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 395 ss.; SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, p. 115 ss..

“è indubitabilmente costituito dalla possibilità di ottenere il riesame della causa da un giudice diverso da quello che ha emanato la sentenza”²¹.

Da ultimo, ma non ultimo, va ricordato che il doppio grado di giudizio è previsto come obbligatorio nel processo penale, dall'art. 2 del Protocollo addizionale CEDU n. 7 del 22 settembre 2004, ed è oggetto, riguardo al processo civile, della Raccomandazione del Comitato dei Ministri UE del 7 febbraio 1995.

Nel valutare, poi, se si verta in un ambito di semplice raccomandazione o, invece, di obbligo (come siamo portati a ritenere) dobbiamo ricordare come il procedimento fallimentare si collochi al confine tra processo civile e processo penale, in quanto i fatti di bancarotta e quelli dei reati collegati sussistano solo ove il fallimento sia dichiarato²².

Il principio della ragionevole durata del processo, codificato in chiusura del secondo comma dell'art. 111 Cost., impone, poi, all'interprete di scegliere, nella ricostruzione degli istituti, quella che meglio con-

sente di evitare che la durata del procedimento incida negativamente sui diritti di una delle parti in causa, salvo la necessità di salvaguardare valori costituzionali prevalenti.

Ancora anticipando parte delle conclusioni, siamo portati fortemente a dubitare che si possa conciliare con un processo giusto e celere quello la cui sentenza di secondo grado non rimuovesse, in pendenza del ricorso per cassazione, gli effetti della prima pronuncia giudicata errata. Se l'individuo dovesse attendere il terzo grado di giudizio, con i suoi lunghi tempi, per vedere rimossi gli effetti dell'errata sentenza originaria, allo stesso verrebbe indubitabilmente negato il diritto ad una ragionevole durata del processo, dato che egli dovrebbe subire gli esiti negativi della prima decisione senza poter fruire di quella intermedia che l'avesse riformata a suo favore. In questa prospettiva nel processo civile comune si è unanimemente ritenuto che la sentenza resa all'esito del giudizio di appello, seppure non passata in cosa giudicata, si sostituisca a quella di primo grado, ponendosi quale nuova fonte del rapporto litigioso²³.

3. Effetti ed esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento

Come dicevamo, è alla necessità di adeguare il rito processuale fallimentare ai principi del giusto processo che riteniamo vada annoverata l'integrale riscrittura degli artt. 18 e 19 l.fall., con particolare riguardo alla sostituzione del rimedio dell'opposizione davanti allo stesso tribunale fallimentare che lo aveva dichiarato con quello del reclamo (originariamente dell'appello) avanti ad un giudice effettivamente terzo²⁴.

La precedente formulazione per cui “l'opposizione della sentenza non sospende[va] l'esecuzione” è stata sostituita con la più appropriata locuzione: “il reclamo non sospende gli effetti della sentenza impugnata” facendo, però, salva la possibilità, precedentemente esclusa in modo tassativo, di richiedere alla Corte d'appello, ai sensi del novellato art. 19 l.fall., la sospensione della liquidazione dell'attivo. Va annotato che questa possibilità viene riservata non solo al fallito, bensì delegata anche all'iniziativa del curatore, segnale, a nostro parere, del neutrale ruolo che viene attribuito a costui in questa fase del processo rispetto al passato.

Alla possibilità che la liquidazione fallimentare venga sospesa in pendenza di reclamo non può non attribuirsi significatività rispetto alla questione dell'esecutività immediata della sentenza di fallimento.

Ai sensi dell'art. 282 c.p.c.²⁵, infatti, le sentenze di primo grado sono immediatamente esecutive e, dun-

²¹ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 530-531; in senso opposto, ossia sul fatto che il diritto al secondo grado di giudizio non sarebbe “costituzionalizzato” nel nostro ordinamento: COMOGLIO - FERRI - TARUFFO, *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2005, I, p. 682; con qualche perplessità FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 364.

²² Per giurisprudenza consolidata la sentenza dichiarativa di fallimento è ritenuta essere elemento costitutivo del reato, oppure condizione di esistenza del reato: Cass. pen., 9 dicembre 1999, n. 2136; Cass. pen., 19 ottobre 1992; Cass. pen., 2 luglio 1991; Cass. pen., 26 giugno 1990; Cass. pen., 9 novembre 1981, Cass. pen., 6 ottobre 1979; Cass. pen., 26 dicembre 1977; Cass. pen., 20 febbraio 1973, che trovano conferma in due pronunce della Corte Costituzionale quella del 26 giugno 1972 e quella 27 luglio 1982; anche se a seguito della modificazione del rapporto tra processo penale e processo civile sarebbe più corretto parlare, riguardo alla necessaria sussistenza della dichiarazione di fallimento, di condizione di punibilità. In tal senso, DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1926, 1, p. 453-454, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 2, p. 724-725; DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 2, p. 847 e ss.; GRISPIGNI, *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1941, p. 135 e ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 2008, 2, p. 30 e ss.; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 9 e ss.; NUVOLONE, *Il Fallimento [reati in materia di]*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, p. 477; NUVOLONE, *Indice Penale*, 1972, p. 377; PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 898 e 906; PEDRAZZI - SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca alla l.fall.*, Bologna-Roma, 1995, p. 16 e ss.; GROSSO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 564 e ss.; CONTI, *Diritto Penale commerciale*, Torino, 1967, 2, p. 103 e ss.; ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 33 e ss.; LA MONICA, *Diritto Penale commerciale*, 1, p. 184 e ss.; LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999, p. 247 e ss.; DE SEMO, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1964, p. 583 e ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 4, p. 2613 e ss.; DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 1145.

²³ Cass., 25 maggio 1998, sent. n. 5212.

²⁴ In questo senso FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 355.

²⁵ La disposizione venne introdotta dall'art. 33 l. 26 novembre 1990, n. 353 in epoca, quindi, successiva al R.D. 267/42, ragione per la quale il legislatore del '42 dovette espressamente prevedere l'esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento.

que, apparentemente, non vi sarebbe stata la necessità di precisare che il reclamo non sospende gli effetti della sentenza impugnata. Apparentemente, perché in considerazione della complessa natura della sentenza di fallimento – cui vengono attribuiti effetti dichiarativi, nella parte in cui accerta in concreto la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento; costitutivi nella parte in cui crea uno stato giuridico nuovo per il fallito ed esecutivi nella parte in cui da avvio alla liquidazione del patrimonio del debitore²⁶ – occorre evitare che l'avvio della procedura restasse impigliato nelle maglie dell'incertezza interpretativa sul perimetro di operatività delle disposizioni dell'art. 282 c.p.c. da cui, seppure non unanimemente²⁷, vengono escluse le sentenze aventi natura dichiarativa e costitutiva, particolarmente quelle appartenenti, come la sentenza di fallimento, al genere delle sentenze costitutive necessarie²⁸.

È, dunque, al fine di scongiurare che gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento potessero essere paralizzati dalla sua natura parzialmente costitutiva che, riteniamo, il legislatore abbia voluto mantenere, con la limitazione della possibilità di sospendere la liquidazione dei beni, la previsione che il reclamo non ne potesse bloccare gli effetti.

Il secondo comma dell'art. 18 l.fall. si pone, dunque, come eccezione all'inapplicabilità della disposizione dell'art. 282 c.p.c. alle sentenze costitutive. Nella sostanza non appare azzardato affermare che il legislatore abbia semplicemente inteso applicare al fallimento le regole ordinarie del processo civile, nonostante la sua natura complessa. Si tratterà, in conseguenza, di indagare sino a quale fase del procedimento l'eccezione della provvisoria esecuzione di una sentenza avente parzialmente natura costitutiva sia compatibile con tali regole e/o, se applicandole, non si debba giungere alla naturale conclusione che la sentenza d'appello sostituisce quella di primo grado.

4. La revoca della sentenza dichiarativa e la sua (in) efficacia secondo la dottrina radicata

L'opinione assolutamente dominante riguardo all'irrelevanza, in tema di suoi effetti, della sentenza di revoca, si è consolidata intorno al brocardo *nihil sub sole novum* e ciò nonostante la totale riscrittura degli artt. 18 e 19 l.fall..

²⁶ DIMUNDO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali. Presupposti, dichiarazione ed effetti*, diretto da Panzani, Torino, 2012, p. 174; MINUTOLI, *Commento agli artt. 16, 17, 18, 20*, in *La Legge Fallimentare, Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2011, p. 235; FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 403.

²⁷ Per una visione di sintesi della letteratura sull'argomento cfr.: FABIANI, *L'esecutorietà di condanna restitutoria ex art. 67 legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2002, p. 202.

²⁸ FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 405; BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, diretto da Galgano, Padova, 1986, p. 549; TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 140.

Nella riproposizione dei vecchi schemi concettuali a noi pare, però, che si sia omissivo di considerare che da tempo erano in vigore le regole del nuovo del processo civile, che stabilivano la provvisoria esecutività delle sentenze di primo grado e i principi dell'art. 111 Cost. A queste lacune, dunque, a nostro parere, va ricondotta la riaffermazione del principio secondo il quale la sentenza che revoca il fallimento non sarebbe provvisoriamente esecutiva, in ragione: (i) del suo carattere costitutivo; (ii) del fatto che essa investirebbe interessi generali e non solo quelli delle parti in causa, e (iii) del fatto che sarebbe la finalità esecutiva obbligatoria della sentenza dichiarativa a rendere neutri gli effetti della sua revoca sino al passaggio in giudicato del relativo provvedimento²⁹.

In sostanza l'assunto *nihil sub sole novum* troverebbe ragione tutt'ora in una presunta relazione ipotattica che regolerebbe i rapporti tra procedura fallimentare e diritti concorrenti del fallito e degli altri interessati³⁰, relazione per la quale la procedura non potrebbe arrestarsi, pena la pretermissione della tutela dei creditori³¹, interesse superiore cui i diritti del fallito sarebbero subordinati³². A sostegno di tale subordinazione si è anche sostenuto che l'ordinamento sarebbe privo di strumenti in grado di riattivare la procedura concorsuale³³ laddove la decisione del secondo giudice venisse "ribaltata" in Cassazione.

Si tratta di considerazioni, che seppur radicate e unanimemente condivise, appaiono – come l'unica voce dissidente ha molto acutamente argomentato³⁴ – assai poco persuasive ed appaganti.

5. Critica alla tesi della non efficacia della sentenza di revoca del fallimento

La necessità di rimedio tempestivo alla decisione ingiusta

A livello sistematico generale dobbiamo preliminarmente osservare che in un giusto processo fallimentare il rispetto delle garanzie di difesa del debitore, ossia la garanzia della "parità delle armi"³⁵ e delle op-

²⁹ PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, in *ilfallimentonline.it*, 2006; TEDESCHI, *op. cit.*, p. 106 e 118; BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 60; MONTANARO, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro-Sandulli, Torino, 2006, p. 106-107; MINUTOLI, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 81; SANTANGELI, *sub art. 18 l.f.*, *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, 2006, p. 108; MONTANARO, *op. cit.*, 106.

³⁰ Riguardo all'interesse dei terzi vedasi successivo par. 6.6.

³¹ Così in vigenza del vecchio rito, Cass., 22 ottobre 1997, n. 10383, in *Il Fallimento*, 1998, p. 1155.

³² La tesi trova conferma anche nell'unica pronuncia, invero assai assertiva riguardante l'assetto normativo riformato (Cass., 27 maggio 2013, n. 13100).

³³ D'AQUINO, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 81.

³⁴ FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 406.

³⁵ Come ama affermare FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 396.

portunità, non può certo essere azzerato da esigenze di efficienza di procedura e di tutela delle ragioni dei creditori. Se questi hanno ottenuto una dichiarazione di fallimento immediatamente efficace, nonostante la sua natura parzialmente costitutiva, al debitore vittorioso in appello non potrà negarsi che quell'efficacia abbia a cessare, salvo ritenere che il secondo grado di giudizio costituisca, non già un concreto rimedio alla prima "ingiusta" decisione, bensì un mero passaggio formale per accedere all'unica fonte di protezione costituita dal giudizio di cassazione. Un inutile ostacolo temporale al riconoscimento dei suoi diritti.

Diversamente argomentando, il fallito sarebbe l'unico soggetto, parte di un processo, per cui la sentenza di secondo grado non produrrebbe alcun effetto concreto. Infatti, se il soggetto che subisce un'azione costitutiva non ne viene di norma inciso, se non con il passaggio in cosa giudicata della sentenza di primo grado³⁶, il fallito, non solo per disposto normativo, ne subirebbe gli effetti sin dalla sua pronuncia, pur in pendenza di reclamo, ma non potrebbe neppure giovarsi della sentenza d'appello a lui favorevole.

La disparità di trattamento ne risulterebbe evidente e suscettibile di questione di legittimità costituzione per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.. Tale ultima violazione non potrebbe, poi, essere superata invocando la giurisprudenza anteriore alla novellazione dell'art. 111, in quanto essa è riferibile alla Costituzione nel testo anteriore alla legge n. 2 del 1999³⁷. Sul tema si ritornerà più ampiamente in seguito.

6. La soppressione del "fallimento d'ufficio" e le sue ricadute nell'equilibrio del processo

Sotto un profilo sempre di carattere sistematico va, inoltre, ricordato come la soppressione del potere del tribunale di dichiarare il fallimento in assenza di una domanda di parte abbia modificato sensibilmente l'equilibrio degli interessi processuali in gioco. Mentre nell'antecedente regime il potere officioso del tribunale legittimava la sussistenza di un interesse collettivo alla dichiarazione di fallimento e, dunque, un interesse collettivo, contrastante con quello del singolo debitore, al mantenimento dei suoi effetti sino a diversa pronuncia passata in giudicato, nel nuovo processo fallimentare, la sua abrogazione ha posto quell'interesse in secondo piano rispetto alla sua dialettica, essendo oggi la tutela del pubblico interesse delegata unicamente al pubblico ministero, che assume il ruolo, però, di semplice parte processuale. Se il creditore desiste e il pubblico ministero non interviene, il tribunale non può, invocando un interesse collettivo, dichiarare il fallimento. Da ciò ne deriva che tale interesse generale non può più essere invocato per giustificare la perma-

nenza degli effetti della sentenza ritenuta "ingiusta" da un nuovo giudice terzo. Ma, soprattutto, ci dobbiamo domandare come potrebbe considerarsi conforme ai principi costituzionali l'opinione che affermasse che una sentenza giudicata errata dal giudice del riesame possa essere stata emessa anche nell'interesse di creditori che non l'hanno pretesa. Se si assumesse, infatti, che la sentenza dichiarativa il fallimento fonda la sua legittimità, non sulla sua correttezza giuridica e sostanziale, bensì sulla sua astratta funzione tutoria degli interessi della massa, si arriverebbe sino a giustificare il fatto che il fallimento continua ad esplicare i propri effetti anche se il giudice che l'ha pronunciata è incorso in errore; dunque, in astratto, anche se avesse dichiarato il fallimento d'ufficio.

Il corto circuito che ne conseguirebbe sarebbe deflagrante, poiché verrebbero fatti salvi, sino al giudicato di Cassazione, anche gli effetti di una sentenza pronunciata in via officiosa dal tribunale.

Nel previgente assetto era invece il potere del tribunale di assumere un provvedimento non richiesto da una parte che consentiva di attribuire alla sentenza con cui si dichiarava il fallimento una funzione di protezione degli interessi della collettività, non solo di quelli dei creditori istanti.

Di contro, dal momento in cui si è deciso, a nostro parere felicemente, che il tribunale può dichiarare il fallimento solo su istanza di parte, l'interesse pubblico o della massa non può più essere invocato a giustificazione della ultrattività degli effetti di una sentenza giudicata errata in un secondo giudizio a devoluzione piena³⁸.

7. Le indicazioni desumibili dal nuovo testo degli artt. 18 e 19 l.fall.

Argomenti a sostegno dell'immediata efficacia della sentenza revocativa la dichiarazione di fallimento si rinvengono anche nel tessuto stesso della nuova legge fallimentare.

L'art. 19 l.fall., come abbiamo visto, consente alla Corte di appello di sospendere la liquidazione dell'attivo ed è opinione largamente condivisa che la richiesta di tale provvedimento possa essere avanzata, sempre al giudice d'appello, nelle more del giudizio di cassazione³⁹.

³⁸ Per la devoluzione piena del giudizio d'appello: Cass., 13 giugno 2014, n. 13505; Cass., 28 ottobre 2010, n. 2210; di devoluzione temperata a commento dell'arresto del 2014 parla MONTANARI, *Reclamo sempre più vicino all'appello, tra devoluzione limitata ai motivi e apertura del gravame al contumace involontario*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 332.

³⁹ FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 15; E. RIGHETTI, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in *Il diritto fallimentare riformato*, commento sistematico a cura di Schiano Di Pepe, Padova, 2007, p. 16; FICHERA, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *I procedimenti speciali*, IV, Torino, 2008, p. 72; SANTANGELI, *Le modifiche introdotte dal decreto correttivo 169/2007 al processo per la dichiarazione di fallimento ed alla fase dell'accertamento del*

³⁶ Il tema verrà trattato in modo più completo ai paragrafi 6.5 e 6.6.

³⁷ COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorte necessario*, Napoli, 1979, p. 619.

Dobbiamo, quindi, postulare che sia ragionevole ritenere che la Corte che avesse revocato il fallimento non negherebbe al fallito un provvedimento di sospensione della liquidazione in caso di impugnazione della propria decisione da parte degli istanti resistenti. In tal caso gli effetti del fallimento, quelli esecutivi, che sono, poi, quelli di centrale interesse per i creditori, verrebbero bloccati, mentre continuerebbero a permanere gli effetti costitutivi a carico del fallito. Dunque, la ragione, della necessità di proteggere l'interesse dei creditori, che viene tutt'oggi richiamata a giustificazione dell'ultrattività degli effetti della dichiarazione di fallimento revocata, verrebbe sostanzialmente meno, così come l'invocata, ma assai poco spiegata, finalità obbligatoria esecutiva del procedimento. Anzi sarebbero proprio i creditori i soggetti che ne risulterebbero maggiormente danneggiati. Costoro, infatti, da un lato non potrebbero ricevere pagamenti dal debitore e, dall'altro, non potrebbero neppure promuovere azioni esecutive individuali sul suo patrimonio inutilmente segregato per anni dalla procedura fallimentare in attesa della pronuncia della Corte di cassazione. Dunque, è la struttura stessa del combinarsi delle disposizioni del terzo comma dell'art. 18 l.fall. con quelle del primo comma dell'art. 19 l.fall. che dovrebbe portare ad escludere che la sopravvivenza degli effetti della dichiarazione di fallimento revocata protegga l'interesse della massa.

Un ulteriore indizio dell'immediata efficacia della sentenza di revoca lo troviamo, poi, in due specifiche disposizioni dell'art. 18 l.fall.. Ci riferiamo ai commi 12 e 13 nei quali si stabilisce che la sentenza che revoca il fallimento deve essere pubblicata a norma dell'art. 17 l.fall., mentre la sentenza che lo conferma non è soggetta ad alcuna pubblicità.

Come ha sostenuto autorevolmente l'unica voce dissenziente⁴⁰, infatti, l'irrilevanza, per quanto ad effetto, della sentenza di revoca non avrebbe preteso alcuna forma di pubblicità al pari di quella di conferma. Se il legislatore ha, invece, previsto che la sentenza di revoca sia sottoposta al medesimo regime pubblicitario di quella dichiarativa e se dalla pubblicità l'articolo 17 l.fall. ha fatto discendere la sua efficacia nei confronti dei terzi, appare veramente difficile dubitare che quest'ultimo non abbia voluto far derivare dalla pubblicazione della sentenza di revoca i medesimi effetti di quelli che produce l'art. 17 l.fall., dato che, al contrario, della sentenza confermativa non ha previsto che debba darsene pubblicità.

Ma anche la disposizione del comma quindici dell'art. 18 l.fall., che tratta della salvezza degli atti legalmente compiuti quando il fallimento è revocato, depone nello stesso senso, dato che il legislatore non ha sentito l'esigenza di precisare, pur avendo nel com-

ma precedente regolato il ricorso per cassazione, che debba trattarsi di revoca passata in giudicato.

In questo senso, se è corretto affermare che la salvezza degli atti dipende dalla necessità di un bilanciamento degli interessi in gioco⁴¹, sarebbe difficile giustificare sotto il profilo costituzionale che una sentenza dichiarata illegittima dal giudice d'appello possa continuare a produrre ulteriori effetti non removibili, e ciò a maggiore ragione se si considera che gli effetti della revoca si producono *ex tunc* salvo che per gli atti legalmente compiuti⁴².

8. I diritti violati del debitore e il giusto processo CEDU

Se sul fronte del bene pretesamente protetto dell'interesse dei creditori, l'assetto normativo attuale, così come interpretato dalla dottrina radicata, non produrrebbe alcuna tutela, se non quella del mantenimento della segregazione patrimoniale dei beni del debitore, è sul fronte degli interessi e dei diritti di costui – che dovrebbe godere, nel giusto processo, di paritaria protezione – che si producono le maggiori compromissioni⁴³.

Il debitore, pur di fronte al riconoscimento del giudice di appello di essere stato illegittimamente dichiarato fallito: (i) rimarrebbe spossessato dei propri beni e della possibilità di gestirli dinamicamente nell'esercizio d'impresa o, comunque, nell'ambito di una loro "manageriale" e tempestiva liquidazione; (ii) resterebbe privo di legittimazione passiva giudiziale; (iii) continuerebbe ad essere soggetto all'obbligo di presentarsi agli organi del fallimento ogni qualvolta da questi richiesto e privato della possibilità di accedere alla propria corrispondenza commerciale; (iv) come fallito continuerebbe a subire l'ostracismo del mercato con tutte le perdite di *chance* che ne conseguono; ma, soprattutto, (v) continuerebbe ad essere soggetto passibile di contestazione di reati di bancarotta, la cui perseguibilità/punibilità è, come abbiamo visto, connessa al presupposto della esistenza della dichiarazione di fallimento⁴⁴.

⁴¹ M. FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 388.

⁴² M. FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 388.

⁴³ Proprio ad evitare un simile inconveniente DE SANTIS, *op. cit.*, 2010, p. 104, ha ritenuto che la sentenza di revoca sarebbe immediatamente esecutiva ai fini degli effetti personali.

⁴⁴ Per effetto dei mutati rapporti tra giurisdizione civile e penale (artt. 2 e 3 c.p.p.) la pendenza di un reclamo contro la sentenza di fallimento non costituisce più pregiudiziale dell'avvio e della prosecuzione del processo penale – attualmente il giudice di questo processo al più potrà disporre la sospensione facoltativa ex art. 479 c.p.p. – con la conseguenza che potrebbe astrattamente verificarsi l'ipotesi di una revoca del fallimento successiva alla definitiva condanna per bancarotta del fallito, cui rimarrebbe solo il rimedio della revisione del processo. Peraltro, poiché nessuna norma stabilisce che la revoca del fallimento possa fare stato nel giudizio di revisione, la revoca stessa potrebbe anche valere soltanto come elemento di prova, in tal senso MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2013, p. 1405. Sem-

passivo, in *Il Diritto fallimentare*, 2008, p. 162.

⁴⁰ M. FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 406.

La profonda incisione dei diritti riconosciuti come inviolabili dagli articoli 6 e 7 CEDU sarebbe evidente, non solo, dunque, riguardo al fatto che il debitore non potrebbe beneficiare del giudizio del secondo giudice indipendente (violazione dell'art. 6, §1, della Convenzione), ma soprattutto, perché potrebbe subire un'accusa, ed essere condannato, per un'azione od una omissione che, secondo il brocardo, *nulla poena sine lege*, (violazione dell'art. 7 della Convenzione), in assenza della dichiarazione di fallimento non avrebbe costituito un fatto penalmente rilevante o fatto punibile.

Non va, poi, dimenticato, che secondo la costante giurisprudenza della Grand Camera di Strasburgo la qualificazione penale di una sanzione è disancorata dal *nomen* che di volta in volta viene utilizzato dai sistemi dei singoli ordinamenti statali. Infatti, secondo la costante giurisprudenza della Grand Camera, affinché si possa parlare di "accusa in materia penale" ai sensi dell'art. 6, §1, CEDU è sufficiente che il reato in causa sia di natura "penale" rispetto alla Convenzione o abbia esposto l'interessato a una sanzione che "per natura e livello di gravità" rientri in linea generale nell'ambito della "materia penale"⁴⁵.

Gli è, dunque, che la tesi che professa l'irrilevanza della sentenza d'appello che avesse revocato il fallimento contrasterebbe con il diritto dell'individuo al secondo grado di giudizio sancito dal Protocollo n. 7 del 22 settembre 2004. Né, a eliminare il contrasto, potrebbe invocarsi una rilevanza degli effetti della sentenza di revoca ai soli fini penali, sia perché il diritto positivo non lo prevede, sia perché il principio di legalità presuppone la tassatività delle fattispecie di reato⁴⁶; sia ancora perché il livello gravemente afflittivo che contraddistingue il permanere degli effetti civili della dichiarazione di fallimento, secondo la richiamata giurisprudenza della Corte EDU, potrebbe considerarsi a sua volta avere natura di sanzione penale.

Come abbiamo in precedenza richiamato, a sostegno della tesi del permanere degli effetti della sentenza di fallimento revocata si è osservato che il susseguirsi di pronunce, di volta in volta di segno opposto, sullo *status* del debitore non permetterebbe il riattivarsi della procedura. Tralasciando la riproposizione delle questioni legate al giusto processo e al diritto di "parità delle armi", che svilupperemo ulteriormente in appresso, osserviamo solo che, in caso di accoglimento da parte della Corte di cassazione del ricorso contro la sentenza di appello che avesse revocato la dichiara-

pre in astratto potrebbe determinarsi la dirompente situazione di una condanna definitiva per bancarotta seguita dalla revoca della dichiarazione di fallimento che farebbe così venir meno il reato o, comunque, la sua punibilità a pena già parzialmente scontata, cfr. L. CONTI, *Prospettive della riforma della legge fallimentare*, Mantova, 1989, p. 105-112.

⁴⁵ MANES, *Art. 7 Cedu, §1, Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 259 ss..

⁴⁶ Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364.

zione di fallimento, si verterebbe in un'ipotesi molto simile a quella della riapertura della procedura disciplinata dagli artt. 121, 122 e 123 l.fall. ai cui principi ben si potrebbe far riferimento, trattandosi di mere regole processuali e non di norme sostanziali, anche nella diversa ipotesi di fallimento revocato in appello e confermato in cassazione.

9. Accertamento costitutivo e il giusto processo

Alla questione si è già fatto cenno in precedenza⁴⁷, ma la sua rilevanza riguardo all'argomento in esame merita una più compiuta esposizione.

Si è detto del fatto che le sentenze aventi natura costitutiva esplicano i propri effetti solo con il loro passaggio in giudicato, motivo per il quale alle stesse non sarebbe applicabile il disposto dell'art. 282 c.p.c. che stabilisce l'immediata esecutività dei provvedimenti di primo grado. Si è detto, anche, della complessa natura – costitutiva, dichiarativa ed esecutiva – delle sentenze di fallimento e, quindi, del fatto che il combinato disporsi delle statuizioni del secondo comma dell'art. 16 l.fall. e di quelle del corrispondente comma dell'art. 18 sembrano costituire una deroga al principio della non esecutività delle sentenze aventi natura costitutiva.

Si è, ulteriormente, ricordato come il provvedimento di sospensione degli effetti della dichiarazione di fallimento che la Corte di appello può emettere su richiesta del debitore e/o del curatore (invero anche su istanza dei creditori resistenti), riguardi solo gli effetti meramente esecutivi della sentenza, cioè quegli effetti che, per via delle disposizioni dell'art. 282 c.p.c. sulla provvisoria esecutività dei provvedimenti giudiziari di primo grado, se esaminati in via autonoma, si sarebbero comunque prodotti con la sentenza di primo grado, senza bisogno dello specifico richiamo contenuto negli artt. 16 e 18 l.fall..

Se, dunque, come abbiamo già in precedenza affermato, sarebbe del tutto irrazionale ritenere che si possa verificare l'ipotesi nella quale la Corte d'appello revocando il fallimento non aderisca ad una richiesta di blocco delle attività liquidatorie, si sancirebbe il principio, assai poco ragionevole sotto il profilo sistematico processuale e di equità, per cui la parte della sentenza che solo per via delle eccezionali disposizioni degli artt. 16 e 18 l.fall. è esecutiva sin dal primo grado di giudizio, rimarrebbe tale anche dopo quella di secondo grado che avesse modificato lo *status* di fallito del debitore. Avremmo così, in dispregio al sistema ordinario, che la parte di sentenza che non verrebbe incisa da quella del giudice superiore sarebbe quella che normalmente non produce i propri effetti se non con il suo passaggio in cosa giudicata.

Ma se la normale tutela di una parte processuale investita da un'azione costitutiva è rappresentata dalla non esecutività della pronuncia a suo carico non

⁴⁷ Cfr. par. 6.1.

passata in giudicato, non sarebbe costituzionalmente ragionevole ritenere che la sentenza successiva che riconoscesse l'erroneità di quella di primo grado che ha decretato il fallimento non abbia alcun valore. Come già in precedenza segnalato con preoccupazione, infatti, il fallito sarebbe l'unica parte processuale convenuta in un giudizio costitutivo a dover subire il rischio dell'errore della giurisdizione sino al passaggio in giudicato della sentenza che avesse ritenuto illegittima la dichiarazione del suo *status*, rischio del quale al contrario, gli altri convenuti in azioni di identica natura sono indenni, perché, per loro, la sentenza di primo grado non fa stato. Come detto, una tale interpretazione sarebbe confliggente con i principi enunciati agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

10. Alcuni apparenti nodi processuali da sciogliere

Non pare neppure poter condurre a diverse conclusioni il richiamo al fatto che la giurisprudenza di legittimità ha affermato – riguardo alla fattispecie della condanna alla restituzione del prezzo nell'ambito di una vendita *aliud pro alio* – la possibilità di anticipare l'esecuzione delle statuizioni condannatorie contenute nella sentenza costitutiva ... volta a volta a seconda del tipo di rapporto tra l'effetto accessivo condannatorio da anticipare e l'effetto costitutivo producibile solo con il giudicato” e che “possono ritenersi anticipabili i soli effetti esecutivi dei capi che sono compatibili con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento temporale successivo, ossia all'atto del passaggio in giudicato del capo di sentenza propriamente costitutivo”⁴⁸.

Si verterebbe, infatti, pur sempre nell'ipotesi di un capo di condanna provvisoriamente esecutivo in forza dell'art. 282 c.p.c.. Dal che deriverebbe una certezza: ossia, il provvedimento di secondo grado che avesse rimosso la statuizione del primo giudice si sostituirebbe a questa.

⁴⁸ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21849, che così ha interpretato il pensiero delle Sezioni Unite del noto arresto n. 4059 del 22 febbraio 2010 e che seguiva la sentenza 3 settembre 2007 n. 18512 che per prima aveva stabilito “le statuizioni di condanna consequenziali, dispositive dell'adempimento delle prestazioni a carico delle parti fra le quali la sentenza determina la conclusione del contratto, sono da ritenere immediatamente esecutive ai sensi dell'art. 282 c.p.c., di modo che, qualora l'azione ai sensi dell'art. 2932 c.c. sia stata proposta dal promittente venditore, la statuizione di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo è da considerarsi immediatamente esecutiva”; sentenza questa che aveva suscitato un vivace dibattito tra i vari commentatori: a riguardo si segnala, MARELLI, *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*, in *Giur. It.*, 2008, p. 947; CONTE, *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un condivisibile passo avanti della Suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)*, in *Corriere Giur.*, 2008, p. 350; GUIZZI, *Inadempimento a preliminary di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c., non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*, in *Corriere Giur.*, 2008, p. 353.

Nella fattispecie in esame ci troviamo, invece, in presenza di un capo della sentenza incompatibile con la produzione dell'effetto costitutivo successivo. Infatti, rimarrebbero inalterati gli effetti costitutivi della sentenza dichiarativa, senza che al contempo il fallito si possa giovare del provvedimento di revoca del giudice d'appello.

Occorre ora, affrontare il nodo dell'efficacia delle sentenze e dei provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente, a norma dell'art. 474, secondo comma, c.p.c., efficacia esecutiva. Ed è indubbio che l'art. 16, secondo comma, l. fall., preveda l'esecutività immediata della sentenza di fallimento e che, essa sentenza, costituisca “titolo” per l'avvio dell'esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore.

Osservati sotto questa angolazione gli effetti esecutivi del fallimento non potranno essere impermeabili al venir meno del suo titolo, ossia della sentenza dichiarativa. Secondo l'insegnamento del giudice di legittimità, infatti, “la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo produce l'illegittimità dell'esecuzione forzata ex tunc”⁴⁹, tanto che, ove il titolo del creditore procedente venisse meno nel corso dell'esecuzione, questa deve essere arrestata, nonostante la presenza nell'esecuzione stessa di creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo in condizioni di compiere autonomi atti esecutivi⁵⁰.

Sempre in questo senso milita la diffusa opinione per cui il decreto ingiuntivo revocato è, ai fini dell'esecuzione, *tam quam non esse*⁵¹. Invero, riguardo alla riforma intervenuta con sentenza d'appello la ricostruzione è più complessa, ma alle medesime conclusioni si può pervenire avendo riferimento alle disposizioni

⁴⁹ Cass., 19 maggio 2011, n. 11021; inoltre secondo Cass., 13 luglio 2011, n. 15363 “il giudice dell'opposizione all'esecuzione è tenuto a compiere d'ufficio, in ogni stato e grado di giudizio la verifica sulla esistenza del titolo esecutivo posto alla base dell'azione esecutiva”.

⁵⁰ Cass., 13 febbraio 2009, n. 3531; con adesione: SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, III ed., Milano, 2012, p. 54 ss.; METAFORA, *Gli effetti della revoca del titolo esecutivo sui creditori intervenuti muniti di titolo e sull'aggiudicazione*, in *Rivista esecuzione forzata*, 2009, p. 311, e parzialmente adesivo TISCINI, *Dei contrasti tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità circa il venir meno dell'esecuzione a seguito del difetto sopravvenuto del titolo del creditore procedente, pure in presenza di creditori titolati*, in *Rivista di esecuzione forzata*, 2010, p. 515; critici rispetto alla posizione del giudice di legittimità: Trib. Cuneo, 30 novembre 2009, con nota adesiva, CAPPONI, *Venir meno ex tunc del titolo esecutivo ed effetti sull'esecuzione in corso*, in *Rivista di esecuzione forzata*, 2010, p. 515; PILLONI, *Intervento di creditori titolati, difetto sopravvenuto del titolo esecutivo del procedente e arresto della procedura esecutiva*, in *Rivista esecuzione forzata*, 2009, p. 311; CORRADO, *Intervento o pignoramento successivo: l'intervento non è una scelta di «rischio»*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1717 ss.

⁵¹ TISCINI, *op. cit.*; D'ADAMO, *Commento all'art. 282 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, III, tomo II, Torino, 2012, p. 255; con alcuni distinguo, CAPPONI, *op. cit.*

degli artt. 338, 393 e 336, secondo comma, c.p.c.⁵². In particolare, riguardo ai titoli di formazione giudiziale, la disposizione dell'art. 336, secondo comma, c.p.c. comporta, con il suo "effetto espansivo esterno", che dopo la riforma della sentenza di primo grado l'esecuzione non possa più essere iniziata o continuata per essere venuto meno il titolo che ne giustificava l'esistenza o la permanenza⁵³.

A quanto sin qui argomentato si potrebbe obiettare che la soluzione del problema vada ricercata equiparando l'opposizione alla declaratoria di fallimento all'opposizione all'esecuzione e da questo punto di vista si deve annotare che non vi sono agganci normativi per determinare con certezza gli effetti, in termini di efficacia, della sentenza che accoglie l'opposizione all'esecuzione⁵⁴.

Riteniamo, però, che la soluzione debba forzatamente confrontarsi, ancora una volta, con l'interpretazione dell'art. 282 c.p.c. e con il possibile carattere esecutivo delle sentenze diverse da quelle di condanna⁵⁵.

Sul punto il pensiero della giurisprudenza di legittimità che si è venuto a consolidare in questi ultimi anni appare univoco: i capi di condanna inerenti a sentenze costitutive possono ritenersi dotati di esecutività, ove questi non modifichino i rapporti sinallagmatici del contratto originario, mentre le sentenze di accertamento e costitutive, sono, invece, sottratte alla regola della immediata esecutività⁵⁶.

Su tale assunto si potrebbe ritenere che il processo esecutivo può continuare – e concludersi indisturbato – nonostante la sentenza di revoca, dato il suo carattere provvisorio⁵⁷.

L'argomento, al di là delle osservazioni che seguiranno anche riguardo agli effetti dell'accoglimento dell'opposizione ex art. 615 c.p.c., traslato in ambito fallimentare, trova un insormontabile ostacolo, come abbiamo già avuto modo di chiarire, nella possibilità per il fallito di ottenere dalla Corte d'appello – in caso di impugnazione per Cassazione della sentenza di revoca del fallimento – un provvedimento di sospensione della liquidazione, ossia la sospensione dell'esecuzione.

Ma, anche a voler estendere la valutazione al più ampio tema del giudizio di opposizione ex art. 615 c.p.c., va annotato come in relazione ai principi del "giusto processo", non possa non riconoscersi alla sentenza che accoglie l'opposizione l'effetto di produrre

la caducazione del diritto di agire *in executivis* in conformità alla sopravvenienza del nuovo giudicato⁵⁸. Chi afferma il contrario non tiene affatto conto del rischio – inaccettabile sotto il profilo del diritto costituzionale – che il giudicato sulla sentenza che accogliesse l'opposizione all'esecuzione si formi ad esecuzione compiuta.

Si dirà: ma in ambito fallimentare questo rischio è scongiurato dal potere della Corte d'appello di sospendere – su istanza del fallito – gli effetti esecutivi della sentenza dichiarativa revocata.

Tale eccezione, al di là di determinare al suo interno un evidente corto circuito, come già segnalato non tiene in debito conto, però, le conseguenze gravemente afflittive che permarrebbero in capo al fallito.

Se, come parte della dottrina ritiene, è intollerabile – sotto il profilo del principio della ragionevole durata del processo – la soluzione per cui il creditore deve attendere il giudicato sull'opposizione per trovare tutela al proprio diritto ad agire *in executivis*⁵⁹, ancora più inaccettabile sarebbe la soluzione per cui l'esecuzione può proseguire indisturbatamente nonostante il giudice d'appello l'abbia ritenuta illegittima.

Da assoluti profani, quali dobbiamo confessarci, dei temi processuali, ci permettiamo di porre, a proposito, una domanda, forse ingenua: ma quale sarebbe la *ratio* di un processo impostato su tre gradi di giudizio che pretenda la decisione di primo grado impermeabile, riguardo ad effetti, a quella di secondo grado che l'abbia riformata?

Una sentenza d'appello che lasciasse "le cose" intatte allungherebbe senza ragione i tempi del processo e costituirebbe un modello processuale violativo del principio costituzionale della sua ragionevole durata.

Come dicevamo, è l'art. 282 c.p.c., sui cui principi il secondo comma dell'art. 16 l.fall. trova la sua ragione d'essere, che deve indurci a confermare le conclusioni prospettate anche sotto il profilo della stretta indagine processualistica.

Quanto sin qui sostenuto ci pare trovare saldo fondamento anche in alcune pronunce già richiamate della Corte di legittimità in tema di efficacia della sentenza ex art. 2932 c.c., ove si riconoscono caratteri provvisoriamente esecutivi anche alle sentenze di

⁵² CAPPONI, *Vicende del titolo esecutivo giudiziale nell'esecuzione forzata*, in www.osservatorio-oci.org, 6.

⁵³ Cass., Sez. Lav., 11 ottobre 2007, n. 21123; TARZIA, *Lineamenti del processo civili di cognizione*, Milano, 2007, p. 314 ss.; VACCARELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 299.

⁵⁴ L'opinione tradizionale richiede il passaggio in giudicato, D'ADAMO, *op. cit.*, p. 257.

⁵⁵ CAPPONI, *Vicende del titolo esecutivo giudiziale nell'esecuzione forzata*, *cit.*

⁵⁶ Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4059, *cit.*

⁵⁷ Cass., 3 maggio 2011, n. 9697.

⁵⁸ CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 264; SOLDI, *op. cit.*, p. 1178; LUORIO, *La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive e l'art. 282 c.p.c.: ultimissime dalla Suprema Corte*, in *Rivista esecuzione forzata*, 2010, p. 267 ss.; IMPAGNATELLO, *Efficacia dell'accertamento e provvisoria esecutività*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 875 ss.; IMPAGNATELLO, *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 751 ss.; IMPAGNATELLO, *Provvisoria esecuzione senza inibitoria?*, in *Foro it.*, 2005, I, p. 546 ss.; IMPAGNATELLO, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 47 ss..

⁵⁹ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XX ed., a cura di Carratta, IV, Torino, 2011, p. 205; CONSOLO - MERLIN, *Profili relativi alla interpretazione sistematica dell'art. 549 c.p.c.*, in *Rivista esecuzione forzata*, 2000, p. 388 ss.

mero accertamento⁶⁰, ma, soprattutto, in due pronunce specifiche riguardanti il problema dell'efficacia della sentenza di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione⁶¹.

Tale tema ha molto interessato – e diviso – i processualisti, principalmente, anche se non solo, riguardo agli effetti dell'esito del primo grado di giudizio, tanto che qualche autore ha velatamente prospettato come soluzione contemperativa degli opposti interessi quella per cui si potrebbe sostenere la caducazione degli atti esecutivi, almeno a seguito della cosiddetta “doppia conforme”⁶².

Nel processo fallimentare la sentenza di primo grado è, invece, esecutiva in tutti i suoi più complessi aspetti per disposizione di legge, motivo per il quale non potrà non avere la medesima efficacia la decisione assunta a cognizione piena dal giudice di appello.

Si pensi ancora alla grave “ingiustizia” che subirebbe il debitore che venisse dichiarato fallito in via “d'ufficio” dal tribunale e che non potesse trovare “giustizia” concreta e tempestiva nella revoca disposta dal secondo giudice, ma dovesse attendere i tempi biblici del giudizio di cassazione.

La tesi dell'indifferenza del processo fallimentare al giudizio d'appello finirebbe per accentuare e favorire istruttorie prefallimentari sommarie, orientate da una prevenzione di sfavore nei confronti del debitore, considerato, per via delle sue difficoltà finanziarie, soggetto meritevole, al più, di una tutela attenuata, costituita dal solo giudizio di cassazione.

11. La necessità di tutela degli interessi dei terzi non creditori

La tesi che sostiene il permanere degli effetti della dichiarazione di fallimento revocata dal giudice d'appello, sino al passaggio in cosa giudicata del relativo provvedimento, si fonda come abbiamo già in precedenza affermato sull'errato presupposto dell'esistenza di un rapporto ipotattico che s'instaurerebbe, a seguito della dichiarazione di fallimento, tra i diritti e gli interessi dei creditori e quelli del loro debitore, per cui questi ultimi sarebbero subordinati ai primi, espressione di un interesse più generale.

Nella dialettica dei diritti e degli interessi che si sviluppano all'interno del processo fallimentare, esistono, però, altri soggetti concorrenti, cui il legislatore ha offerto la tutela del reclamo⁶³ e nei confronti dei quali non può essere certo invocata, nella prospettiva di un processo giusto, l'esistenza di un interesse superiore.

Pensiamo ad esempio a quelli: *a)* dei soci limitatamente responsabili⁶⁴; *b)* degli amministratori in proprio⁶⁵; *c)* di coloro che temono di rischiare un'azione revocatoria; *d)* di coloro che possono subire lo scioglimento del contratto da parte del curatore; *e)* dei fideiussori del debitore, ossia a quelli di “qualunque interessato”. Il diritto di costoro a vedere modificata la pronuncia della dichiarazione di fallimento non avrebbe diversa dignità costituzionale rispetto a quello dei creditori istanti a vederla mantenuta, anche laddove si volesse – erroneamente a nostro parere – ritenere quello del debitore essere un interesse non degno di pari protezione.

Ne consegue che l'idea che la sentenza revocativa sostituisca, nei suoi effetti, quella dichiarativa, indipendentemente dal suo passaggio in cosa giudicata né esce ulteriormente rafforzata.

12. La partecipazione del curatore al giudizio di appello e la sua (carenza di) legittimazione a ricorrere per cassazione

A corollario di questa indagine merita un breve accenno la questione riguardante la qualificazione e l'esatta perimetrazione della partecipazione del curatore nel giudizio di appello.

Il quarto comma dell'art. 18 l.fall., prevedendo che il reclamo sia notificato anche al curatore, fa ritenere che questi sia un *litisconsorte* necessario del giudizio di appello⁶⁶.

Si tratta, però, di individuare quale possa essere la causa e il perimetro di questo suo intervento. Allorché il tribunale era investito del potere officioso di dichiarare il fallimento del debitore insolvente, in forza del riconoscimento di un interesse pubblico superiore, era corretto ritenere che il curatore fosse parte di quel giudizio come “organo pubblico” rappresentante quegli interessi che nei processi ordinari sono tutelati dal pubblico ministero⁶⁷.

Nel momento in cui, però, il potere officioso del tribunale a dichiarare il fallimento è venuto meno e il processo per la dichiarazione di fallimento si è fatto un vero processo di parti, nel quale il pubblico ministero è una possibile parte, la causa della legittimazione del curatore nel processo di appello non può più essere individuata nella difesa del pubblico interesse. Infatti, la difesa dei pubblici interessi nel secondo grado di giudizio resta salda nelle mani del pubblico ministero in forza del disposto dell'art. 72 c.p.c. che gli consente di intervenire in tutte quelle cause che avrebbe potuto proporre con gli stessi poteri che competono alla parte⁶⁸.

⁶⁰ Cass., 3 settembre 2007, n. 18512, *cit.*; Cass. 22 febbraio 2010, n. 4059, *cit.*.

⁶¹ Cass., 21 novembre 2011, n. 24447; Cass., 9 maggio 2012, n. 7053.

⁶² CAPPONI, *op. cit.*, p. 10.

⁶³ Per una completa ricostruzione dei motivi della scelta [complessa] di attribuire ai terzi interessati il potere di impugnare la sentenza di fallimento cfr.: FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 356.

⁶⁴ Cass., 24 febbraio 1997, n. 1647.

⁶⁵ Cass., sez. un., 16 febbraio 2006, n. 3368.

⁶⁶ FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 366; LANFRANCHI, *L'intervento dei creditori nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in LANFRANCHI, *Procedure concorsuali*, 1998, p. 94.

⁶⁷ TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2001, p. 128.

⁶⁸ PANZANI, *Formulario commentato del processo civile*, 2011, p.

Il che suggerisce di escludere che possa sussistere una qualsiasi delega di difesa del pubblico interesse al curatore. In questa prospettiva il curatore non potrà essere considerato titolare di alcuna pretesa sostanziale⁶⁹. Nella medesima direzione ci pare deponga il dato testuale del primo comma dell'art. 19 l.fall. la dove si afferma che la sospensione della liquidazione può essere disposta a istanza di parte o del curatore che, dunque, non viene assimilato dal legislatore ad una delle parti del giudizio di appello⁷⁰.

Egli parteciperà al processo di revisione della sentenza dichiarativa di fallimento in quanto organo neutrale, consapevole del fatto che è la sua stessa legittimazione ad essere curatore e, dunque, anche il suo diritto ad essere retribuito per tale funzione, ad essere messa in discussione dal reclamo.

In proposito si è affermato che il curatore dovrebbe assumere le proprie conclusioni nell'interesse dell'attuazione della legge⁷¹, resistendo al reclamo ove ritenga giusta la sentenza dichiarativa di fallimento o non opponendosi alla sua riforma nel caso contrario.

Questa lettura ideale e suggestiva, però, ci pare sconti la presupposizione della esistenza di un mondo perfetto – quell' "isola che non c'è" idealizzata da J. M. Barrie – in cui, per ciò che qui pertiene, i conflitti d'interesse sono risolti tramite il comportamento rigorosamente etico delle parti.

Quanto l'esperienza del processo fallimentare sia lontana da tale idealità non necessita di essere provato. Presupporre, in un mondo che è profondamente condizionato dall'avidità sfrenata dei singoli, che il curatore, nominato dal tribunale che ha emesso il provvedimento oggetto d'impugnativa, e che ha la duplice aspettativa di ottenere una significativa retribuzione se il fallimento non verrà revocato, e di essere rinominato in altra occasione dal tribunale impugnato, assuma un comportamento neutrale nel giudizio di secondo grado cui è chiamato a partecipare – come mai è accaduto nella storia – è frutto di una pericolosa ingenuità. Come frutto di altrettanta ingenuità è stato l'aver previsto (art. 19 l.fall.) che il curatore, avendone la legittimazione, possa nella pratica chiedere alla Corte d'appello di sospendere la liquidazione dell'attivo.

La presenza del curatore nel giudizio di appello, se non rigorosamente delimitata, potrebbe, dunque, arrecare un grave *vulnus* al "giusto processo fallimentare", in quanto, come abbiamo appena accennato, egli è portatore d'interessi propri, pur non illegittimi, estranei in tale sede al procedimento e come tali non meritevoli di tutela. A nostro avviso, invece, la figura del curatore nel processo di appello contro la sentenza dichiarativa di fallimento va inquadrata in quella

del *litisconsorte* necessario la cui partecipazione utile a "fornire alle parti già presenti in causa, non un qualsivoglia provvedimento di merito, ma una sentenza idonea a regolare compiutamente il rapporto giuridico controverso"⁷².

Tale utilità va individuata, sempre a nostro sommo avviso, nell'esigenza di fornire al reclamante il diritto di conseguire dalla sentenza ogni effetto utile, dunque, anche l'effetto di rientrare in possesso dei propri beni, effetto che dubitiamo potrebbe conseguire ove il contraddittorio non avesse coinvolto il curatore, a cui, ai sensi dell'art. 31 l.fall., è affidato, in forza della sentenza dichiarativa di fallimento l'"amministrazione del patrimonio fallimentare". Ed è, dunque, proprio per consentire alla sentenza di appello di esplicitare tutti i suoi effetti che il legislatore ha previsto che il curatore dovesse partecipare al relativo giudizio, in quanto un provvedimento diversamente emesso, a contraddittorio non integro, non sarebbe stato idoneo a incidere sui terzi *litisconsorti* pretermessi (il curatore) perché "avrebbe [avuto] un oggetto diverso da quello che avrebbe avuto se fosse stata pronunciata nei confronti di tutti *litisconsorti* necessari". Infatti, come tale necessiterebbe dell'instaurazione di "un secondo processo al fine di ottenere una decisione utile"⁷³ all'ottenimento della riconsegna dei beni da parte del curatore.

Né, nella questione che ci riguarda, si potrebbe affermare che il curatore possa rimanere estraneo al giudizio, riconoscendo stragiudizialmente la pretesa dei reclamanti e così assicurando la cosiddetta "utilità" della sentenza, poiché in tal modo egli pregiudicherebbe i diritti delle parti resistenti a vedere confermato lo spossessamento del loro debitore.

Il curatore nella prospettiva delineata verrebbe relegato nel ruolo di "convitato di pietra" destinatario di un provvedimento che non si riverbererebbe sui suoi interessi e sui suoi diritti personali, bensì inciderebbe esclusivamente sui suoi poteri, nel senso che la sentenza che confermasse la dichiarazione di fallimento li manterrebbe nella loro pienezza, mentre quella di segno opposto li farebbe venir meno.

Laddove questa ricostruzione sulla qualificazione della presenza del curatore nel giudizio d'appello in cui si discute della revoca del fallimento venisse condivisa, si dovrebbe escludere una sua legittimazione ad impugnare per cassazione la sentenza revocativa, sia perché soggetto privo di un interesse proprio meritevole di tutela, sia in considerazione del fatto che il venir meno del potere officioso del tribunale, esclude che egli possa rappresentare gli interessi della massa⁷⁴.

68.

⁶⁹ FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 366; LANFRANCHI, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁰ La distinzione è, invece, apparsa a FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 400, definire l'ipotesi del curatore non costituito.

⁷¹ FABIANI, *op. cit.*, 2006, p. 366.

⁷² COSTANTINO, *op. cit.*, 1979, p. 242 e p. 467.

⁷³ COSTANTINO, *op. cit.*, 1979, p. 247.

⁷⁴ La Corte di Cassazione con sentenza 25 febbraio 2011, n. 4707 ha, invero, affermato incidentalmente il contrario in un caso ove il fallimento era stato chiuso e negando la legittimità per carenza di interesse. L'affermazione incidentale priva di sostegno motiva-

13. Conclusioni

Siamo coscienti che quanto abbiamo qui sostenuto suonerà ai più come un vero peccato di apostasia, tanta è radicata e comunemente condivisa la tesi opposta⁷⁵. Ciò non di meno abbiamo ritenuto fosse venuto il momento di “gettare il sasso nello stagno” e di proporre la questione in una chiave di maggiore assonanza con le elaborazioni giurisprudenziali CEDU e con i principi enunciati dall’art. 111 Cost. A ciò ci siamo convinti anche in considerazione del fatto che, sia le rinnovate disposizioni in materia, sia taluni argomenti giusprocessualistici ci sono apparsi idonei a dare sostanza alla ricostruzione proposta, che, altrimenti, sarebbe stata troppo esposta a critiche di ideologismo al pari di quella avversa.

Il nostro auspicio è che sia la dottrina che la giurisprudenza si aprano al dibattito in modo tale che anche il procedimento fallimentare possa avviarsi, nell’affermazione del diritto vivente, verso i canoni del processo giusto.

zionale non ne consente una valutazione ragionata.

⁷⁵ Da cui si distacca solo il più volte citato FABIANI.

Riccardo Sabato

Specializzato in professioni legali, *diplômé de droit comparé*

Elementi civilistici in diritto amministrativo: una sparizione annunciata?

abstract

By focusing on current views of scholars and judges, the article analyses the issue of references made by a branch of the law to the other ones. Building on traditional studies of statutory references to civil law made by criminal laws, the discussion switches to a survey of the most recent case law and legal literature regarding civil law elements in the administrative law area, shortly dealing also with criminal law elements. The great relevance of this question is well demonstrated by the attention that has been paid to it in the process of recruiting new administrative judges in Italy, and it is confirmed by the large number of judgments of the domestic and European courts aimed at clarifying specific wordings in provisions of law: the results have often not been entirely clear, which has frequently compelled the Council of State of Italy to address such issues in its plenary session. The article also focuses on the help that the jurist may find in civil law institutes when the need arises both to interpret classical administrative law figures and to perform practical operations such as integration of calls for tender in public procurements. The results show that, on the one hand, a climax of dialogue between branches sometimes takes place; on the other hand, the different branches of the law subsequently tend to close themselves behind the mirror of the need for an autonomous statute of their sector.

keywords

References to different branches of the law – renvoi – administrative judges and civil law – integration of calls for tender – interpretation – agreements ex art. 11 Italian Law n. 241 del 1990 – art. 39 Italian code of administrative procedure.

abstract

Viene analizzato, dal punto di vista dei trend dottrinario e giurisprudenziale, il problema dei richiami normativi operati da una branca ordinamentale all'altra. Prendendo le mosse dal tradizionale studio dei richiami civilistici nella disciplina penalistica, si passa a un'indagine della più recente giurisprudenza e degli approdi dottrinari nella più moderna questione degli elementi civilistici, con cenni anche a quelli penalistici, nella branca amministrativa. La grande rilevanza della questione, ben dimostrata dall'attenzione che vi è stata posta negli ultimi concorsi di accesso alla giustizia amministrativa, è

confermata dal rilevante numero di sentenze della giurisprudenza interna e sovranazionale tese a chiarire anche solo singoli termini specifici di una norma, talvolta con risultati non del tutto chiari ed univoci, che hanno condotto a pronunce risolutive del Consiglio di Stato in formazione plenaria. La trattazione si focalizza altresì sugli spunti provenienti dal diritto civile nella ricostruzione di istituti amministrativi classici ed in operazione pratiche quali l'eterointegrazione del bando di gara. I risultati a cui si perviene mostrano che da un primo momento di fitto dialogo tra branche si passa poi solitamente ad una chiusura di ciascuna dietro lo specchio della necessità di statuti autonomi delle materie.

parole chiave

Richiami normativi – rinvio – eterointegrazione – interpretazione – interpretazione del bando – giudice amministrativo e diritto civile – accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990, bando – art. 39 c.p.a.

sommario

Premessa. – **1.** Elementi civilistici nel diritto penale. – **2.** Il codice civile ed il provvedimento amministrativo – **3.** ...ed i criteri di interpretazione del provvedimento – **4.** ...e l'eterointegrazione del provvedimento. – **5.** Contratto e accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990. – **6.** Bando e appalti. – **7.** Conclusioni.

Premessa

Si assiste oggi sempre più frequentemente ad una commixtio sanguinis fra le diverse branche ordinarie; la legge, infatti, nel delineare una disciplina, una norma o anche un singolo elemento di una disposizione rievoca spesso una diversa norma o un elemento appartenente ad altra branca.

Trattasi di un fenomeno antichissimo, e perciò dato in qualche modo per scontato, ma i cui esiti sono tutt'altro che ovvi. Infatti ad un richiamo normativo l'interprete può approcciarsi secondo una varietà di modi.

Giova preliminarmente prendere spunto da quanto è accaduto nel diritto penale, dove lo sforzo interpretativo è sempre stato logicamente maggiore: stante il principio di frammentarietà e di tassatività delle fattispecie di reato, a seconda della nozione accolta circa

un elemento della ipotesi criminosa (quale, ad es., il concetto di “proprietà” o “altruità” nel furto), si producono effetti immediati sulla libertà personale di un individuo, poiché vi si delinea «l’essere o il non essere del reato»¹ o, in altre parole, la condotta punibile.

1. Elementi civilistici nel diritto penale

Per un primo orientamento, c.d. pancivilista², ogni richiamo deve essere ritenuto voluto dal legislatore³; ciò è coerente con una concezione teleologicamente orientata ed eminentemente sanzionatoria del diritto penale⁴, secondo cui ivi si stabiliscono solo le conseguenze per le violazioni di norme già contenute in altri rami dell’ordinamento, quale in particolar modo quello civile, in cui vige il divieto di autotutela privata ed in cui i diritti soggettivi sono solitamente positivizzati⁵.

Per una seconda corrente, c.d. autonomistica⁶, certe figure, pur trovando nel diritto civile la loro sede elettiva, assumono nel diritto penale diversa valenza ed autonoma caratterizzazione.

La dottrina più recente⁷ e la giurisprudenza⁸ oggi accolgono invece una tesi mediana che, rifuggendo da impostazioni aprioristiche, adatta le nozioni privatistiche alle esigenze del diritto penale, e quindi, se del caso, restringe o espande la relativa interpretazione.

La questione, secondo altra prospettiva, è l’incidenza che la formulazione della fattispecie ha sul principio di precisione, corollario di quello di legalità e legato a doppio filo con quelli richiamati di tassatività e frammentarietà, principio il primo che richiede una formulazione della fattispecie penale chiara e puntuale, tale da consentire la calcolabilità e prevedibilità delle conseguenze del reato in coerenza con il *favor libertatis*.

Come si puntualizzerà più avanti, tale principio sembra farsi largo anche nel diritto amministrativo odierno, ponendosi una grande attenzione da parte del legislatore, in particolare europeo, alla formazione di una normativa “trasparente”, accessibile a tutti e la più chiara e puntuale possibile,⁹ al fine di scongiurare attività illecite dei pubblici dipendenti¹⁰ e impugnature da parte dei privati.

In questo senso può essere esteso anche al diritto amministrativo il *distinguo* operato già nel diritto penale tra: elementi rigidi, compatibili con il principio – per vero di matrice penalistica – di precisione, nell’ambito dei quali dottrina e giurisprudenza annoverano gli elementi normativi chiaramente individuabili e ben determinati nel loro contenuto (come, ad esempio, la nozione di proprietà); elementi elastici, solo sufficientemente determinati o determinabili (ad es., la rilevante gravità del danno), e elementi vaghi o indeterminati, tendenzialmente incostituzionali per il diritto penale, poiché non consentono di individuare il parametro valutativo in modo inequivoco, rimanendo sempre elementi polisenso nonostante il massimo sforzo ermeneutico (tale è ritenuto, ad es., il concetto di atto osceno di cui all’art. 529 c.p.)¹¹.

In realtà, salvo rare ipotesi, nel diritto penale la nozione civilistica richiamata tende ad essere letta in modo più esteso o quanto meno a coincidere quanto ad ampiezza con quella oggetto del rinvio; ciò in virtù del largo uso da parte della giurisprudenza dell’interpretazione estensiva ed evolutiva, spesso entro i limiti – e talvolta superandoli¹² – dell’analogia *in malam partem*¹³.

⁹ Ne sono dimostrazione recente l’evoluzione della normativa sull’accesso, con la creazione dell’accesso civico prima e oggi, già terminologicamente, con il FOIA (*Freedom of Information Act*); ma la trasparenza come valore da perseguire è chiaramente alla base anche della normativa sulle gare ad evidenza pubblica. L’ottica è evidente: solo delle regole del gioco chiare consentono una reale concorrenzialità delle imprese, come richiesto dall’Unione Europea, e la deflazione del contenzioso, con salvezza della “risorsa-giustizia”, valore questo sempre più spesso richiamato dalla giurisprudenza italiana (Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014 nn. 26242-26243 e Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6).

¹⁰ A dimostrazione di ciò il d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. decreto “trasparenza”), recentemente modificato in attuazione del disegno legislativo concernente il FOIA, è stato inizialmente adottato in esecuzione della legge “anticorruzione” n. 190 del 2012.

¹¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IV ed., Cedam, 2001, p. 66.

¹² La dottrina, in tal senso, ritiene violato il divieto di analogia dall’interpretazione, operata da Cass. pen., sez. un., 10 febbraio 2010, n. 5385 del reato di violazione di sigilli o, più di recente, nella riconduzione alla responsabilità di cui all’art. 57 c.p. anche del direttore di giornale di rivista *online*, stante la estrema diversità del supporto informatico e cartaceo (cfr. sul punto, in particolare, pur se non del tutto esplicita, Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2015 n. 31022).

¹³ Infatti, nonostante la circostanza che, a stretto rigore, il principio di legalità ed il *favor libertatis* imporrebbero un’interpretazione tendenzialmente restrittiva delle fattispecie criminose, coerente, del resto, con il divieto di analogia *in malam partem*, la

¹ Così, ma con riferimento alla differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente, Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 sul caso “Thyssenkrupp”.

² Portavoce di tale pensiero sono stati in particolare ROCCO e LEVI. Ovviamente gli Autori si sono occupati principalmente di richiami al diritto civile ma il medesimo discorso può essere esteso ai richiami al diritto amministrativo, oggi molto sentiti in materia di protezione dei settori sensibili, quali ambiente e salute, nonché al diritto sovranazionale. Cfr. A. ROCCO, *Sul c.d. carattere sanzion. del dir. pen.*, in *Giur. it.*, 1910, IV, c. 53.

³ Così, nell’esempio del furto si incrimina la violazione del possesso previsto dall’art. 1148 c.c.

⁴ K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, pp. 30, 159.

⁵ La tesi è coerente sia con una impostazione che interpreta il diritto penale in chiave di “funzione ulteriormente sanzionatoria” (GRISPIGNI), rispetto al risarcimento del danno o alle sanzioni amministrative, sia con una sola sanzionatoria (HOBBS, PUFENDORF, BENTHAM, ROUSSEAU).

⁶ B. PETROCELLI, *Istituti e termini del diritto privato nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 295 ss.

⁷ Sulla scia dell’ANTOLISEI.

⁸ Cfr. Cass. pen., sez. un., 20 ottobre 2011, n. 37954 e 2 maggio 2013, n. 19054, secondo cui, per ragioni di certezza, va seguito in via preferenziale il significato proprio della branca richiamata, salvo il caso in cui prevalgano le esigenze diverse e autonome del diritto penale (metodo c.d. esegetico-sperimentale).

Se tali tipologie di interpretazione, evolutiva e analogica, provocano gravi problemi in diritto penale, e nessuno in civile, essendo questi canoni ermeneutici ordinari (art. 12 prel.) e tradizionalmente riconosciuti, l'applicazione al diritto amministrativo è quanto meno dubbia dato il carattere spiccatamente pubblicistico e inderogabile delle norme.

Tuttavia il diritto amministrativo non ha mai realmente sofferto dell'uso di categorie e di nozioni civilistiche, uso non solo frequente ma, almeno ai primordi, assolutamente prevalente poiché finalizzato a costituire uno statuto coerente delle normative settoriali che gradualmente vanno a comporlo.

Del resto, a differenza della branca penalistica, nel diritto amministrativo le garanzie di tutela del singolo privato cittadino, derivanti in particolar modo dal principio di legalità, *sub specie* di prevedibilità del procedimento e delle sue conseguenze, sono state per lungo tempo disattese; basti pensare al caso, forse più eclatante, dell'espropriazione per pubblica utilità dove le esigenze di "funzionalizzazione sociale" della proprietà hanno dato vita all'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva in spregio alla necessità di un'ordinata formazione del provvedimento di esproprio¹⁴.

Tale ampio utilizzo del diritto civile può, inoltre, essere collegato alla circostanza che il diritto amministrativo, per certi versi come il diritto penale, è caratterizzato da una sua intrinseca frammentarietà legislativa. In particolare – si affermava – la legislazione amministrativa è perlopiù volta a disciplinare determinate materie in cui vi sia un interesse pubblico preponderante e non può costituire una legislazione di sistema.

Questo insegnamento tradizionale era condivisibile quando ancora il diritto amministrativo era privo di leggi come la l. n. 241 del 1990 o il più recente codice del processo amministrativo (c.d. c.p.a.), le quali invece delineano proprio una disciplina unitaria per l'intero diritto amministrativo.

dottrina che ciò sostiene è assolutamente minoritaria ed è ignorata dalla costante giurisprudenza; tale impostazione è, infatti, ritenuta impraticabile, se non del tutto utopica, allo stato della legislazione in evidente stato di "crisi". Lo strumento legislativo, infatti, si è mostrato negli anni poco incline a dare una pronta soluzione alle nuove problematiche sociali, caratterizzate da mutamenti repentini degli assetti globali, nonché da un'evoluzione tecnologica sempre più rapida (cfr., per un esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 66).

¹⁴ Poi censurato, come noto, dalla Corte Edu come violazione del diritto "umano" alla proprietà privata di cui all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU (sentenze del 30 maggio 2000 "Carbonara e Ventura", ricorso n. 24638/94, e "Belvedere Alberghiera s.r.l c. Italia", ricorso n. 31524/96). Si può con prudenza affermare che proprio da quel momento viene a svilupparsi anche nella giustizia amministrativa una particolare attenzione al tema del rispetto del principio di legalità e di precisione.

2. Il codice civile ed il provvedimento amministrativo

Se dunque in passato ci si rivolgeva al diritto civile per colmare le lacune del diritto amministrativo, pur senza utilizzare direttamente lo strumento analogico, si assiste oggi ad un *trend* in senso opposto, in cui la giurisprudenza nega che richiami, anche espliciti, a nozioni civilistiche diano luogo ad esportazioni *tout court* nel diritto amministrativo.

L'utilizzo delle categorie civilistiche è stato possibile a diversi livelli, costituenti altrettanti piani di indagine per gli interpreti¹⁵.

Già l'atto amministrativo, estrinsecazione del potere pubblico ed elemento fondante per l'attività della giustizia amministrativa, mostra tale allontanamento dal diritto civile.

L'assenza di una puntuale definizione legislativa aveva portato la dottrina e la giurisprudenza ad individuare anche nel provvedimento una natura negoziale; ciò anche al fine di comprendere quali siano gli elementi costitutivi che lo stesso deve presentare.

Come noto, il codice civile non ha accolto la teorica del negozio in tutta la sua essenza ma ha fissato solo gli elementi costitutivi del negozio più importante per il diritto civile, ossia il contratto, all'art. 1325 c.c., individuandoli nella volontà, nella causa, nella forma *ad substantiam* e nell'oggetto determinato o determinabile; elementi che sono, però, propri e comuni a tutti i negozi giuridici (matrimonio, testamento, etc.) e che venivano estesi anche al provvedimento.

La teoria negoziale è stata, poi, superata da altra tesi (c.d. funzionale-procedimentale) che vede nel provvedimento lo sbocco di un procedimento, nelle more del quale emergono gli interessi secondari privati poi bilanciati al fine di meglio curare l'interesse pubblico.

Difetto fatale della tesi negoziale era, peraltro, l'impossibilità di assimilare del tutto i due fenomeni, sia in considerazione della radicale mancanza di libertà di scelta della p.a., dovendo essa perseguire in ogni caso l'interesse pubblico attribuito, sia per l'utilizzo da parte della p.a. del potere autoritativo, che veniva a creare un rapporto verticale radicalmente diverso da quello paritetico negoziale.

Tuttavia, la teoria negoziale riveste ancora oggi una rilevante importanza in punto di vizi del provvedimento.

L'art. 21-*septies* l. n. 241 del 1990, infatti, nel disporre le ipotesi di nullità e con un chiaro riferimento normativo alla mancanza dei requisiti, di cui all'art. 1418, c. II c.c., vi include anche la mancanza di elementi essenziali (c.d. nullità strutturale)¹⁶.

¹⁵ I numerosi piani d'indagine e la rilevanza della questione sono ben dimostrati dalla circostanza che la traccia di diritto amministrativo del concorso a 45 posti di Referendario T.a.r., bandito con d.P.C.M. del 29/12/2014, recava la seguente formulazione di ampio respiro: "Giudice Amministrativo e Diritto Privato"

¹⁶ Cfr. CARDARELLI - ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla "nul-*

Prima dell'introduzione dell'art. 21-*septies*, ad opera della l. n. 15 del 2005, la dottrina richiamata, rifacendosi all'art. 1325 c.c., immaginava quali ipotesi di nullità: la mancanza di volontà per effetto di violenza fisica, la mancanza di forma essenziale (omessa sottoscrizione), la mancanza dell'oggetto, perché inesistente, indeterminato o impossibile e, infine, la mancanza o assoluta incertezza del soggetto destinatario o della cosa incisa dal provvedimento.

La giurisprudenza e la dottrina dominante, pur dopo l'approvazione della l. n. 15 del 2005, non negano *tout court* tale assimilazione ma ne circoscrivono l'ambito: così v'è nullità per mancanza di forma solo se questa è prevista *ad substantiam*¹⁷ e nullità, ma per difetto di attribuzione, dell'atto emanato in carenza di investitura pubblica o in assenza di norma attributiva del potere (ipotesi, queste ultime due, precedentemente ricondotte rispettivamente alla mancanza di soggetto attivo e della causa).

3. ...ed i criteri di interpretazione del provvedimento

Sotto diverso profilo il codice civile è stato utilizzato anche come fonte di individuazione dei criteri di interpretazione del provvedimento¹⁸.

In relazione alla legge, l'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale dà infatti conto di diversi criteri: quello proprio delle parole (criterio c.d. letterale), secondo la connessione di esse (logico-sistematica) e dell'intenzione del legislatore (*intentio legis*); ove ciò

lità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica in *www.giustamm.it*, 2005, p. 3s. Gli Autori evidenziano, in particolare, diversamente da quanto altrove prospettato, che la scelta terminologica di "elementi", anziché di "requisiti", sarebbe espressiva della volontà legislativa di non estendere ai provvedimenti la disciplina civilistica.

¹⁷ In realtà, così formulata, tale nullità, anziché porsi come "strutturale", per mancanza di una forma essenziale, andrebbe ricondotta più propriamente ad altrettante ipotesi di nullità testuale, visto che la disciplina che ruota intorno alla singola nullità formale può essere diversa o, comunque, fortemente derogatoria rispetto alle altre discipline ed a quella più generale di cui all'art. 21-*septies* l. n. 241 del 1990.

La disciplina generale, invece, pare più che idonea a coprire i casi di assenza di volontà della p.a. per integrazione da parte del funzionario pubblico di un reato, come quello di abuso d'ufficio; la consumazione del reato, infatti, scindendo il rapporto di immedesimazione organica tra p.a. e funzionario, consente di ritenere come mai realmente formata la volontà della p.a. (cfr. Cons. stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890).

Sotto il profilo pratico, poi, l'utilizzo della nullità strutturale, in luogo della prevalente tesi dell'annullabilità di tale atto, appare più consono in relazione alla tutela dell'interesse pubblico leso, tanto in via successiva (rendendo applicabile il più lungo termine decadenziale previsto dal c.p.a. per la nullità), quanto in via preventiva, permettendo solo il vizio della nullità la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, quando un privato cerca di avvantaggiarsi dell'illecito.

¹⁸ Per una rassegna completa M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2016, pp. 285 ss.

sia impossibile, si ha poi riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (*analogia legis*); se anche in questo caso non è possibile risolvere le antinomie, il caso va risolto secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (*analogia iuris*).

Il codice civile, inoltre, fornisce anche dei criteri di interpretazione del contratto al fine di consentire al giudice di ricercare la comune volontà delle parti in caso di dubbio, anche in questo caso ove non sia possibile desumere la comune intenzione delle parti dal senso letterale delle parole e dall'interpretazione sistematica della parole (le une per mezzo delle altre) ex art. 1363 c.c.

I criteri elencati dagli articoli del codice civile sull'interpretazione del contratto possono essere suddivisi in criteri soggettivi (artt. 1362 a 1365 c.c.) e oggettivi (artt. 1367 a 1371 c.c.); poiché il contratto è la sede per eccellenza di quella autoregolamentazione privata che è finalizzata al perseguimento di una ragione pratica soggettiva (c.d. causa in concreto), i criteri soggettivi vengono preferiti a quelli oggettivi, solo sussidiari, cui si aggiunge, a metà strada tra le due tipologie, il principio di buona fede che funge «da punto di sutura» inderogabile «che li domina entrambi»¹⁹.

In questo senso al provvedimento concordato, come gli accordi di cui all'art. 11 l. 241 del 1990, si applicherebbero i criteri civilistici del codice *in toto* salvo, secondo alcuni, l'articolo 1370 c.c., sussistendo un accordo sotteso alla vicenda provvedimentale²⁰.

In caso di provvedimento unilaterale, invece, i principi di cui artt. 1341 e 1170 c.c. sarebbero applicabili alla P.A. in veste di predisponente²¹.

Tuttavia, proprio il forte rapporto con il potere pubblico e la legge porta la giurisprudenza amministrativa, anche laddove si abbia riguardo al bando, provvedimento molto vicino alla natura negoziale, ad attribuire rilievo prevalente al criterio letterale²², criterio che

¹⁹ Così la Relazione al codice, p. 135, par. 622.

²⁰ I. PAGANI, *L'interpretazione del provvedimento amministrativo ed eterointegrazione della legge di gara*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, 1, p. 77.

²¹ Cons. stato, sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5069. In materia di appalto di opera pubblica, la Corte di Cassazione ha recentemente ribadito che la disciplina delle clausole contrattuali vessatorie prevista dall'art. 1341, II c. c.c. si applica quando le stazioni appaltanti predispongano unilateralmente la singola clausola, ma non è operante allorché i contraenti richiamino nella sua interezza il capitolato generale d'appalto come parte integrante del contratto, integrando così un contratto a relazione perfetta, in cui il riferimento al capitolato viene ad essere considerato come il risultato di una scelta concordata con conoscenze di accettazione di tutte le clausole ivi contenute.

²² Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, in *Urb. e app.*, 2014, 1, p. 69 ss. e, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684. Della citata sentenza si riporta per la chiarezza esemplificativa anche la seguente massima: «Benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, abbiano ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo inte-

regge anche l'interpretazione della legge (art. 12 prel.), talvolta ricostruito in base a quello teleologico (*intentio legis*) e sistematico, quale rapporto tra premesse e dispositivo, riaffermando quindi la natura prevalentemente pubblicistica di tutti gli atti amministrativi.

La tesi non è revocata in dubbio nemmeno dall'applicazione dell'art. 1366 c.c., declinato come tutela dell'affidamento in buona fede²³ e di *clare loqui*, e dell'art. 1367 c.c.²⁴; espressione, in realtà, nel diritto amministrativo di altrettanti principi generali pubblicistici, segnatamente, il primo, dei principi del buon andamento e di imparzialità ex art. 97 Cost.²⁵, ed il secondo del più generale principio di conservazione degli atti giuridici (*magis ut valeat quam ut pereat*)²⁶.

4. ...e l'eterointegrazione del provvedimento

Affine alla questione dell'interpretazione è quella dell'integrazione del provvedimento.

In relazione all'ammissibilità dell'eterointegrazione mediante inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c. si è andato infatti consolidando in giurisprudenza il principio, limpidamente enunciato in via generale dalla sentenza del Cons. di stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, secondo la quale «è improprio ricorrere ad una categoria come quella della norma imperativa in un settore dell'ordinamento prettamente pubblicistico nel quale tutte le norme sono imperative e cogenti per la p.a. al punto che un provvedimento o un atto della gara difforme è annullabile. Sbiadisce e perde senso la distinzione tra norme imperative e norme dispositive privatistica quando per un malinteso senso delle simmetrie giuridiche o per un artificiosa *reductio ad unitatem* dell'intero sistema giuridico viene trasposta nel diritto amministrativo dove la violazione della legge è in linea di principio e fatte salve alcune limitate e dibattute eccezioni ragione di annullabilità dell'atto».

In relazione ai bandi di gara il Cons. di Stato²⁷

grando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara, in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97 Cost. (Cons. Stato, n. 6286/2005). Inoltre, l'interpretazione della *lex specialis* soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli articoli 1362 e ss., dovendosi dare, però, come anticipato, prevalenza al criterio letterale secondo i principi e le gerarchie anzidetta.

²³ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, cit.

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2909.

²⁵ Peraltro ormai la buona fede è principio totalizzante che abbraccia tutte le branche ordinamentali e tutti i settori principali del diritto essendo strettamente connesso, secondo l'interpretazione corrente, al dovere di solidarietà sociale ex art 2 Cost. Cfr., per la sua rilevanza nella questione, Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77.

²⁶ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, cit.

²⁷ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, cit. ma già prima Cons. stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35 e Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316.

afferma che l'art. 1339 c.c. postula la conclusione di un accordo negoziale il cui contenuto risulti parzialmente contrastante con quello imposto dal legislatore e sottratto, come tale, all'autonomia privata, mentre il bando di gara si limita a regolare il procedimento di selezione del contraente e non contiene disposizioni in ordine alla misura dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto che sarà stipulato all'esito della procedura.

Solo in parte diverso è il principio espresso dalla sentenza del Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5069²⁸, in relazione alle procedure disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, secondo la quale «dal comb. disp. degli artt. 1339 e 1341 c.c. deriva che non ogni eterointegrazione è possibile in modo automatico, in difetto del *clare loqui* della stazione appaltante su quale debba essere il parametro vincolante per tutte le imprese partecipanti. Infatti, il meccanismo sostitutivo ex art. 1339 può operare solo in presenza di norme imperative recanti una rigida prede-terminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme. Viceversa, esso non può trovare applicazione laddove siano comunque affidati alle parti la quantificazione e l'esatto corrispettivo, nonché il metodo e la concreta manifestazione dell'elemento in questione». Vanno peraltro escluse interpretazioni integrative del bando contrarie a buona fede e, in particolare, quelle volte ad enucleare significati impliciti nella normativa di gara, potenzialmente in grado di ledere l'affidamento dei terzi e la massima partecipazione alla gara (nel caso di specie, si è negata l'esclusione per mancata indicazione dei costi di sicurezza da rischio specifico).

Con la sentenza del Cons. Stato, ad. pl., 30 luglio 2014, n. 9²⁹ si è, invece, affermato che, anche qualora il bando resti silente sul punto, senza prevedere espressamente l'esclusione, questa può essere applicata ai sensi dell'art. 1339 c.c. per «mancato adempimento di prescrizioni del codice» a carattere imperativo, idoneo a determinare «incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, per mancanza di un elemento essenziale», principio questo esteso poi da altra sentenza³⁰ anche al caso dei costi di sicurezza.

Sembrirebbe, quindi, almeno per l'eterointegrazione dei bandi di gara negli appalti pubblici, che si assista ad un ritorno al diritto civile, valorizzato sia dalla circostanza di provenire dal massimo consesso della

²⁸ Cons. stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056 e, sez. III, 17 marzo 2015, n. 1375.

²⁹ Già prima Cons. Stato, ad. pl., 5 luglio 2012, n. 26 e 13 giugno 2012, n. 22.

³⁰ Così Cons. Stato, ad. pl., 20 marzo 2015, n. 3. Cfr. nota a cura di C. DI CATALDO, *sull'esclusione dell'impresa che non indica i costi per la sicurezza in ildirittoamministrativo.it*. La questione circa tali oneri sembrerebbe comunque risolta in radice dal nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 30, c. 3 e 80, comma 5 d.lgs. n. 50 del 2016), come puntualmente confermato da Cons. Stato, ad. pl., 27 luglio 2016, n. 19.

giustizia amministrativa, sia dall'assenza di uno specifico rinvio all'art. 1339 c.c. nel codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, giova sottolineare che, oltre al dibattito comunque presente circa tale applicazione in senso al Cons. di Stato, l'eterointegrazione del bando viene a coincidere in realtà con un'eterointegrazione delle «cause tassative» di esclusione dell'impresa di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, cod. contrat. e limitatamente alle procedure disciplinate dal cod. cit.; giustificata non tanto, o comunque, non solo dall'art. 1339 c.c., ma dalla previsione dell'esclusione per «*mancato adempimento di prescrizioni del codice*» e per «*incertezza assoluta dell'offerta*».

5. Contratto e accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990

Medesimo iter di allontanamento è stato seguito in punto di accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990³¹.

Per un primo orientamento, favorevole alla natura negoziale, si evidenzia che, da un lato, l'art. 11 l. n. 241 del 1990 cita testualmente il termine «accordo», elemento essenziale ex art. 1325 c.c., e «recesso» e, dall'altro, rinvia «ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti».

Per la prevalente ricostruzione pan-pubblicistica i riferimenti al diritto civile sono dovuti ad un atteggiamento legislativo di cautela nei confronti di uno strumento innovativo rispetto ai principi amministrativi³²; peraltro, i riferimenti sono all'accordo, e non al contratto, ed ai soli «principi» del codice civile, rinvio limitato, per altro verso, da una doppia clausola di salvezza.

Invece non è altrimenti spiegabile, se non con il riconoscimento di una piena natura pubblica, la circostanza che tale accordo vada a sostituire un provvedimento pubblico, autoritativo e unilaterale, rimanendo assoggettato ai medesimi controlli, e la previsione, incompatibile con la natura negoziale, di un generale potere di recesso per motivi di pubblico interesse, del limite espresso della mancanza di pregiudizio per i diritti dei terzi – essendo questo un limite generale nel codice civile (c.d. principio di relatività) ex art. 1372 c.c. – e della giurisdizione esclusiva in materia.

È comunque ben possibile, per entrambi gli orientamenti, applicare anche a tali accordi taluni «principi» civilistici, come quelli di cui agli artt. 1326, 1330, 1175 e 1176³³ c.c., nonché quelli summenzionati circa l'interpretazione del contratto.

Giova anche sottolineare il dibattito che si è formato circa l'applicabilità, in caso di inerzia della p.a., dell'azione ex art. 2932 c.c., riconoscimento che, in materia, verrebbe in sostanza ad ammettere l'ema-

nazione di sentenze costitutive in sostituzione di un provvedimento non emanati³⁴.

Fuori, però, da queste ipotesi, peraltro fortemente discusse, come quelle relative all'art. 2932 c.c., o limitate, come notato con riguardo all'interpretazione, ci si è comunque distaccati anche per tali provvedimenti, pur se «concordati» come i contratti civilistici, dal riferimento al diritto civile.

5. Codice di rito civile e art. 39 c.p.a.

Un rinvio mobile, in questo caso al solo codice di rito civile, è anche previsto dall'art. 39 c.p.a.

In giurisprudenza l'articolo è stato richiamato per applicare al processo amministrativo taluni principi cardine del processo civile come l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.³⁵), le altre condizioni dell'azione, il principio del *ne bis in idem* e di litispendenza (art. 39 c.p.c.)³⁶, l'art. 182 c.p.c.³⁷, l'art. 31 c.p.c.³⁸, l'art. 89 c.p.c. sulla cancellazione di espressioni contenute negli atti di parte ricorrente, il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ex art. 112 c.p.c.³⁹, l'art. 85 c.p.c.⁴⁰, nonché il «principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione» al quale è in astratto assimilabile il ricorso giurisdizionale amministrativo⁴¹, l'art. 346 c.p.c. (c.d. acquiescenza tacita)⁴², la successione a titolo particolare nel diritto controverso dettata dall'art. 111 c.p.c.⁴³, le ipotesi di estromissione tassative dal processo (artt. 109 e 111, c. 3 c.p.c.)⁴⁴, l'art. 395 c.p.c.⁴⁵, l'art. 177 c.p.c.

³⁴ Esclusa da Cons. Stato, sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636, in osservanza dei limiti interni la giurisdizione (l. n. 2248 del 1865, all. E). Per l'applicabilità però, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, cfr. Cons. Stato, ad. pl., 20 luglio 2012, n. 28 e Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4683.

³⁵ *Ex multis* il recente T.a.r. Lazio, sez. I-*bis*, 8 settembre 2016, n. 9589.

³⁶ Da ultimo T.a.r. Lazio-Roma, sez. I-*bis*, 14 settembre 2016, n. 09714.

³⁷ Cfr. T.a.r. Lazio-Roma, sez. I-*quater*, ord. 11 gennaio 2013, n. 11377; sez. III-*quater*, 25 gennaio 2013, n. 886; arg. anche da Cons. giust. amm. reg. sic., 11 marzo 2014, n. 117, secondo il quale «quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione», nonché Cons. Stato, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1331.

³⁸ Cons. Stato, ad. pl., 31 luglio 2014, n. 17 e, 7 novembre 2014, nn. 17 e 29.

³⁹ Cfr. T.a.r. Campania-Napoli, sez. III, 5 luglio 2016, n. 3540.

⁴⁰ Cfr. *ex multis*, Cons. stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 243.

⁴¹ T.a.r. Sicilia-Palermo, sez. II, 13 luglio 2016, n. 1743.

⁴² Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1457.

⁴³ T.a.r. Toscana-Firenze, sez. I, 27 giugno 2016, n. 1075.

⁴⁴ Da ultimo T.a.r. Toscana-Firenze, sez. I, 24 maggio 2016, n. 894.

⁴⁵ Da ultimo Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2016, n. 661.

³¹ Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

³² G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, pp. 106 ss.

³³ T.a.r. Toscana-Firenze, sez. III, 7 aprile 2006, n. 1146.

Si osserva, in realtà, anche nel caso di mero richiamo al codice di rito, un graduale allontanamento dal diritto civile, se si pensa che fino all'introduzione del c.p.a. i giudici amministrativi facevano largo uso del c.p.c. mentre ora questo è relegato a principi generalissimi o utilizzato *ad adiuvandum* o comunque per richiamare istituti già prima pacificamente applicabili anche al giudizio amministrativo.

6. Bando e appalti

Come anticipato, anche scendendo nelle profondità dell'istituto amministrativistico più vicino al diritto civile si assiste ad una marcia di allontanamento dal diritto civile medesimo.

Il *trend* in tema di natura degli atti di evidenza pubblica è quello di considerare l'appalto come una "fattispecie a doppio stadio"⁴⁶ pubblico-negoziale, mediante il quale la p.a. individua la persona con cui contrarre.

Con l'esplicitarsi dell'*iter* della procedura amministrativa si ritiene così anche avviata una complessa trattativa precontrattuale che si concluderà con l'aggiudicazione definitiva, ossia con la conclusione del contratto.

Tuttavia, anche accedendo alla natura doppia della gara, non v'è univocità di vedute circa l'esatta corrispondenza tra le fasi del procedimento e le fasi precontrattuali.

Già con riguardo al bando di gara si scontrano due impostazioni che individuano nel bando di gara un'offerta al pubblico ovvero, per l'impostazione più recente, un invito ad offrire, mancando l'elemento essenziale dell'indicazione del prezzo, che non darebbe luogo quindi a tutela risarcitoria.

La questione circa la natura negoziale o provvedimento è foriera di rilevanti ricadute pratiche oltre che in punto di riconoscimento di una responsabilità precontrattuale civilistica della p.a. anche per la possibilità o meno di addivenire alla disapplicazione ovvero ad un'eterointegrazione del bando di gara con il sistema dell'inserzione automatica di clausole⁴⁷ od in via negoziale.

Sotto quest'ultimo profilo la questione dell'eterointegrazione negoziale del bando si è posta, in particolare, in relazione al c.d. patto di integrità, contratto atipico – ma anche in questo caso a connotazione pubblicistica – con cui l'impresa si obbliga ad agire in maniera leale e trasparente accettando l'irrogazione di una penale in caso di inadempimento.

Se infatti la natura negoziale ne consentirebbe una rinegoziazione, la prevalente tesi pubblicistica ne comporta l'immodificabilità in forza dei principi di imparzialità e trasparenza (salvo ritenerli "contratti accessivi" al provvedimento).

⁴⁶ P. PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, 2001, 699.

⁴⁷ Sull'eterointegrazione v. *amplius supra*, n. 4.

7. Conclusioni

Non più di un cenno può essere fatto ad ulteriori istituti (carta di servizi⁴⁸ e concessione⁴⁹) nell'ambito dei quali pure, ad un primo momento di prevalenza della tesi civilistica, ha fatto seguito il dominio della tesi pubblicistica ed autonomistica.

Ma l'atteggiamento è ancora più chiaro se si ha riguardo ad esempi di elementi normativi che, immaginati dal legislatore con un chiaro rimando al diritto civile (penale⁵⁰,

⁴⁸ La cui natura negoziale, come promessa al pubblico, o provvedimento, quale atto amministrativo generale o regolamento, dipenderebbe dal soggetto che la adotta e dalla legge di riferimento. Cfr. VESPERINI-BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, 96 ss.

⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2007, n. 912; nella c.d. concessione-contratto il contratto accessivo (c.d. disciplinare per le concessioni di beni pubblici e c.d. capitolato per i servizi pubblici) va a regolare gli aspetti patrimoniali del rapporto che si è instaurato con la concessione, in modo strettamente dipendente dall'efficacia di questa (*simul stabunt, simul cadent*).

⁵⁰ Mentre nel diritto civile è assolutamente prevalente la tesi che assegna in ogni caso alla clausola penale la funzione di liquidazione forfettaria ed anticipata del danno presunto (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, II ed., Milano, 2012, pp. 222 ss.) e, per alcuni, di coazione all'adempimento (G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet*, IV, 2, Torino, 1967, p. 254 ss.); è invece minoritaria quella della natura sanzionatoria o di pena privata (cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 77 ss.); «l'istituto della penale in diritto amministrativo non può essere apoditticamente ricondotto alla figura contrattuale della clausola penale (artt. 1382-1384 c.c.), ma deve innanzi tutto trovare il proprio fondamento nel regime di diritto pubblico governante il rapporto concessorio.

L'istituto della "penale", presente nelle ipotesi di esercizio di potere amministrativo ampliativo della sfera giuridica dei privati (non solo, dunque, nelle ipotesi di esercizio di potere concessorio, ma anche autorizzatorio), ha certamente natura sanzionatoria e salvaguarda il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere.

Nel rapporto concessorio (ed in particolare, nel caso della concessione cd. traslativa, di esercizio di funzioni o servizi pubblici), il perseguimento del pubblico interesse del quale l'amministrazione è fatta titolare avviene anche per il tramite dell'attività del privato, di modo che – laddove questo non si conformi alle regole imposte dal provvedimento concessorio e dalla convenzione a questo accessiva – l'irrogazione della penale prevista costituisce appunto sanzione per una condotta tenuta o un evento prodotto non conformi al pubblico interesse. Il bene giuridico inciso non è, dunque, il patrimonio della pubblica amministrazione, bensì il più generale interesse pubblico che costituisce ad un tempo la ragione causale della concessione ed il fine al quale deve essere orientata l'azione del privato concessionario (al di là delle ovvie finalità individuali).

La lesione arrecata ben può consistere anche in un danno di natura patrimoniale arrecato alla pubblica amministrazione, o, più precisamente, nel danno conseguente all'inadempimento (o al non esatto adempimento) di una obbligazione assunta in convenzione.

Ma, in tali ipotesi, la penale svolge una duplice funzione:

- quella (primariamente) di sanzione per l'interesse pubblico violato (cui, nel rapporto concessorio, anche il danno patrimoniale si ricollega direttamente);

- quella più squisitamente civilistica (ex art. 1382 c.c.) di determinazione preventiva e consensuale della misura del risarcimento

caparra⁵¹, condizione illecita⁵², inadempimento⁵³, giudicato⁵⁴, cessione del credito⁵⁵, come anche quelli

del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento di una determinata prestazione, salvo che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore".

Tale configurazione non esclude che, ai fini della verifica dei presupposti per l'irrogazione della penale, possano trovare applicazione le ulteriori disposizioni civilistiche in tema di penale. E dunque, la possibilità che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore" (art. 1382, I c.); il fatto che essa "è dovuta indipendentemente dalla prova del danno" (II c.), e può essere ridotta (art. 1384 c.c.) "se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento"» (così Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5510).

⁵¹ La giurisprudenza si è interrogata circa la natura della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 d. lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 93 d.lgs. n. 50 del 2016).

Nel diritto civile la cauzione viene corrisposta dall'offerente in una gara per la vendita di un bene o dal proponente, a garanzia della serietà della proposta; vista la 'ratio' essa andrebbe in ogni caso restituita, ma, in caso di aggiudicazione o accettazione, può trasformarsi in caparra confirmatoria ovvero in acconto prezzo. Per un primo orientamento (Cons. stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6362) la cauzione avrebbe funzione di liquidazione forfettaria del danno come la penale; per un secondo orientamento (Cons. stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2016, avallata da Cons. stato, ad. pl., 10 dicembre 2014, n. 34) la cauzione è una misura di indole patrimoniale assimilabile alla caparra confirmatoria, e cioè ad un contratto autonomo, reale, traslativo e accessorio a quello principale con funzione mista, dissuasiva dell'inadempimento, ossia di conferma della serietà dell'impegno, e di garanzia, potendo essere trattenuta in conto dei danni che saranno liquidati con la risoluzione del contratto (Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553). Per la tesi sanzionatoria anche in diritto civile cfr. A. MARINI, *Caparra*, I, Diritto civile, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988. In senso critico verso la soluzione adottata da Cons. stato, ad. pl., 10 dicembre 2014, n. 34 cit. cfr. E. VIOLANTE, *Appalti: sì all'escussione della cauzione provvisoria del concorrente non aggiudicatario*, in *Altalex.it*; per una ricognizione v. nota a Cons. stato, ad. pl., 10 dicembre 2014, n. 34, E. FERRARA, *L'Adunanza Plenaria e la cauzione provvisoria, quale funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta*, in *ildirittoamministrativo.it*.

⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882 secondo cui «Nel diritto amministrativo non può o trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1354, primo comma, cod. civ., secondo cui la condizione illecita, sospensiva o risolutiva, rende nullo il contratto cui è apposta. Nel diritto amministrativo prevale l'esigenza di assicurare la stabilità, la certezza e, dunque, la conservazione degli atti amministrativi, il che implica l'applicazione di un regime di invalidità nel quale la categoria generale e virtuale è l'annullabilità.»

⁵³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4512 sulla nozione non civilistica di inadempimento di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006. Per un'analisi C. CARADONNA, *Appalti, è sufficiente la colpa della precedente Ati per escludere la società?* in *masterlex.it*.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 15 gennaio 2013, n. 2, per la quale «il giudicato copre il dedotto ed il deducibile ed è un principio giurisprudenziale, ma nel diritto amministrativo deve essere adattato alla peculiarità del sistema.»

⁵⁵ Cfr. art. 26, c. 5 l. n. 109 del 1994, abrogato dall'art. 256 d.lgs. n. 163 del 2006, ma applicabile *ratione temporis*, che estendeva le derogatorie previsioni della l. n. 52 del 1991 ai crediti derivanti da contratti di appalto pubblici; non ha invece abrogato le norme

summenzionati del recesso, della revoca e dei patti di integrità), sono stati poi riadattati con non poche peculiarità dalla giustizia amministrativa valorizzandone, di solito, il rilievo pubblicistico.

Volendo estremizzare, si può notare che persino i contratti *tout court* sono ritenuti solitamente tanto peculiari e speciali da trasformare figure di contratti civilistici, solitamente tipici, come l'appalto, il nolo, il mandato collettivo delle A.t.i o la garanzia fideiusoria, in contratti assolutamente atipici, in relazione ai quali si discute quale sia la disciplina più vicina e prevalente applicabile.

Il discorso in parola inoltre non pare essere revocato in dubbio, ma anzi confermato dal c.d. nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) che ha introdotto, quale novità di rilievo, al posto del recesso *ex artt.* 134-135 per gli appalti di lavori, della revoca delle concessioni di lavori pubblici in finanza di progetto ai sensi dell'art. 158⁵⁶, un generale potere di sospensione (art. 107), risoluzione (art. 108) e recesso (art. 109)⁵⁷.

Nonostante ci si trovi in una fase prettamente privatistica, essendosi conclusa la fase di aggiudicazione e residuando quindi solo aspetti patrimoniali di competenza del giudice ordinario, anche in questo caso le deroghe al regime civilistico sono tante e tali da far pensare che i termini di recesso e risoluzione siano utilizzati al solo fine di confermare la giurisdizione ordinaria e per rendere applicabile la disciplina civilistica per le poche parti non direttamente disciplinate dal codice.

L'indagine, dunque, sembra portare alla conclusio-

speciali (art. 9 l. n. 2248 del 1865, all. E e artt. 67 e 70 r.d. n. 2240 del 1923) rendendo applicabile la comune disciplina civilistica *ex art.* 1 c. II l. 52/91 (Cass. civ., sez. 24 settembre 2007, n.19571, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9 che così argomenta anche sulla base dell'art 117 d.lgs. n. 163 del 2006).

Se ne ricava che la cessione del credito è nel diritto amministrativo un contratto trilaterale, dovendo la p.a. aderirvi, e soggettivamente qualificato, essendo necessario che il cessionario sia un'impresa qualificata, e non bilaterale e comune come nel diritto civile.

⁵⁶ Anche questi molto peculiari come espressamente affermato da Cons. Stato, ad. pl., 20 giugno 2014, n. 14 per il quale «in questo contesto la specialità della disciplina del recesso emerge non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-*sexies*) ma in particolare perché l'art. 134, nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfettizzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al "valore dei materiali utili esistenti in cantiere" mentre, per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante è dovuto per intero ("il mancato guadagno") e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute».

⁵⁷ V. per la sospensione art. 158 ss. d.P.R. n. 207 del 2010; per il recesso artt. 134 d.lgs. n. 163 del 2006, 122 d.P.R. n. 554 del 1999 e 345 l. n. 2248 del 1865, all.E.; per la risoluzione artt. 158 d.lgs. n. 163 del 2006 e 37-*septies* n. 109 del 1994.

ne che la branca amministrativa stia vivendo oggi non solo un allontanamento dal diritto civile, in tutte le sue forme, anche di rito, ma che tale *iter* sia ormai giunto a maturità anche grazie alla recente legislazione che ha saputo, almeno in parte, creare quello statuto autonomo del diritto amministrativo per fornire approdi che erano un tempo ricercati nel diritto civile; paiono sopravvivere oggi a questa compiuta autonomia pochi casi, di cui si è cercato di dare conto, che pure sembrano destinati a una inesorabile sparizione annunciata mediante future novelle legislative o nuovi indirizzi giurisprudenziali.

Compensazione dei crediti *sub iudice*: la certezza del credito.

Nota a Cassazione civ., sez. un., 15 novembre 2016, n. 23225

abstract

The present contribution aims to highlight the figure of compensation in its code forms, then move on to analyze the compensation of receivables sub iudice.

This institution has been under investigation by the Supreme Court, which, in reiterating the classical liquidity concepts, collectability, easy and prompt liquidation, shared the approach according to which the certainty of the credit is a prerequisite for purposes of compensation. For these reasons, it would be possible not to resort to such means if the opposite counter-credit in compensation is still under investigation by the court.

keywords

Compensation – legal compensation – judicial compensation – voluntary offsetting – receivables sub iudice – certainty – liquidity – collectability – easy and prompt liquidation – proof of title – counter-credit – pre-trial sentence suspension.

abstract

Il presente contributo ha la finalità di mettere in risalto la figura della compensazione, nelle sue forme codicistiche, per poi passare ad analizzare la compensazione dei crediti sub iudice.

Tale istituto è stato oggetto di indagine da parte della Corte di cassazione la quale, nel ribadire i concetti classici di liquidità, esigibilità, facile e pronta liquidazione, ha condiviso l'orientamento secondo cui la certezza del credito rappresenta un presupposto imprescindibile ai fini della compensazione. Per tali ragioni, non sarebbe possibile ricorrere a tale mezzo se il controcredito opposto in compensazione è ancora oggetto di indagine da parte dell'autorità giudiziaria.

parole chiave

Compensazione – compensazione legale – compensazione giudiziale – compensazione volontaria – crediti sub iudice – certezza – liquidità – esigibilità – facile e pronta liquidazione – accertamento del titolo – controcredito – sospensione cautelare condanna.

Compensazione – Compensazione legale – requisiti – controcredito

1. *Le norme del codice civile sulla compensazione stabiliscono i presupposti sostanziali, oggettivi, del credito opposto in compensazione: liquidità – che include il requisito della certezza – ed esigibilità. Verificata la ricorrenza dei predetti requisiti, il giudice dichiara l'estinzione del credito principale per compensazione – legale – a decorrere dalla coesistenza con il controcredito e, accogliendo la relativa eccezione, rigetta la domanda.*

2. *Se il credito opposto in compensazione è certo, ma non liquido, nel senso di non determinato, in tutto o in parte, nel suo ammontare, il giudice può provvedere alla relativa liquidazione se è facile e pronta; quindi, o può dichiarare estinto il credito principale per compensazione giudiziale fino alla concorrenza con la parte di controcredito liquido, o può sospendere cautelativamente la condanna del debitore fino alla liquidazione del controcredito eccetto in compensazione.*

3. *Se è controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale, o in altro giudizio già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione (art. 35 cod. proc. civ.) il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale né giudiziale.*

4. *La compensazione giudiziale, di cui all'art. 1243 secondo comma cod. civ., presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale la medesima compensazione è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo. In tale ipotesi, pertanto, resta esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale, e va parimenti esclusa l'invocabilità della sospensione contemplata in via generale dall'art. 295 cod. proc. civ. o dall'art. 337 secondo comma cod. proc. civ. in considerazione della prevalenza della disciplina speciale del citato art. 1243 cod. civ.».*

Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2016, n. 23225

Pres. Canzio, Est. Chiarini

*(Omissis)**Svolgimento del processo*

1. – Il Tribunale di Venezia, con sentenza n. 1160 in data 27 aprile 2009, accolse l'opposizione della società A. al decreto ingiuntivo ottenuto dalla società G. e condannò quest'ultima al pagamento delle spese di giudizio (euro 2.240,29).

La società A. con atto notificato l'11 febbraio 2010, intimò alla società G. precetto per il pagamento, oltre le spese. L'intimata si oppose all'esecuzione dinanzi al giudice di Pace di Venezia contestando alcuni diritti di procuratore richiesti ed eccependo la compensazione legale del debito, fino alla concorrenza, con un credito di minor importo *ex altera causa*, ma omogeneo – condanna della società A. a rimborsarle le spese giudiziali, emessa con sentenza n. 16 del Tribunale di Venezia il 5 gennaio 2010 – e chiese di accertare l'inefficacia o la nullità del precetto per le somme non dovute, con vittoria di spese, quantificando il residuo credito della società A. in euro 1.640,35.

La società A. eccepì la cessazione della materia del contendere perché il 15 marzo 2010 la G. aveva pagato all'ufficiale giudiziario senza riserve l'importo intimato. Si oppose alla compensazione perché il controcredito – spese giudiziali – non era certo in quanto la sentenza del Tribunale n. 16 del 5 gennaio 2010 non era passata in giudicato, e contestò la voce "spese per registrazione sentenza".

2. – Con sentenza del 16 luglio 2010 il Giudice di Pace accolse l'opposizione poiché a decorrere dalla pubblicazione della sentenza a favore della G. – 5 gennaio 2010 – era venuto a coesistenza il credito, liquido ed esigibile, di detta società; dichiarò perciò l'estinzione dei crediti, fino alla concorrenza, accertò il residuo credito della società A. (euro 1.140) e dichiarò la nullità del precetto per l'eccedenza. Poiché la società G. aveva pagato all'ufficiale giudiziario la somma intimata, condannò la società A. a restituire alla società G. la somma di euro 2.183,33 oltre agli interessi dal giorno del pagamento all'ufficiale giudiziario.

La società A. propose appello per erronea applicazione dell'art. 1243 c.c. perché il credito opposto in compensazione dalla G. non era certo sì che il giudice dell'opposizione all'esecuzione non poteva dichiarare l'estinzione di ogni reciproca ragione fino alla concorrenza, travalicando l'ambito del relativo giudizio, e sconfinando nella *potestas iudicandi* del giudice dell'impugnazione.

3. – Con sentenza del 19 giugno 2012 il Tribunale di Venezia ha respinto l'appello della s.n.c. A. nei confronti della G. s.a.s.

Ha proposto ricorso per cassazione la società A. con atto del 25 ottobre 2012. Ha proposto controricorso la s.r.l. G. già G. Immobiliare s.a.s. per atto di scissione del 2 maggio 2011, già G. s.a.s. per atto di scissione dell'11 marzo 2010.

La ricorrente ha depositato memoria.

4. – La terza sezione civile di questa Corte, con ordinanza n. 18001 del 2015, ritenuta l'ammissibilità del ricorso notificato alla s.a.s. G. società scissa e perciò non estinta, e la facoltà della s.r.l. G. di intervenire nel giudizio a norma dell'art. 111 c.p.c., allegando i presupposti della sua legittimazione, rilevava il contrasto tra l'orientamento di legittimità, secondo il quale se il credito opposto in compensazione non è certo, e cioè se il titolo giudiziale non è definitivo, non opera la compensazione, e la sentenza n. 23573 del 2013, secondo cui tale circostanza non è di ostacolo alla possibilità di opporre il controcredito in compensazione, e rimetteva la relativa questione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Fissata l'udienza dinanzi alle Sezioni Unite, la ricorrente ha depositato altra memoria.

5. – Il P.M., ritenuta ammissibilità del ricorso, ha pregiudizialmente rilevato l'estraneità al *thema decidendum* della questione di contrasto perché si è formato il giudicato interno sulla premessa giuridica della sentenza impugnata secondo cui possono essere compensati esclusivamente i crediti certi, che, se contestati in giudizio, divengono tali solo a seguito del passaggio in cosa giudicata della sentenza che ne riconosca l'*an* e il *quantum*. Da questa premessa, costituente autonomia *ratio decidendi*, non impugnata, il Tribunale ha però addossato al creditore, che contesti il controcredito, l'onere probatorio del mancato passaggio in giudicato della sentenza che lo accerta, e questa statuizione è stata impugnata dalla società A. sul presupposto che alla data del 5 gennaio 2010 non era ancora infruttuosamente elaso il termine per impugnare la sentenza che l'aveva condannata a pagare le spese giudiziali alla società G.

Perciò, essendosi formato il giudicato interno sulla non deducibilità in compensazione di un credito litigioso, la questione in contrasto – ossia la opponibilità o meno in compensazione di un credito contestato – non può esser rimessa in discussione sollevandola *ex officio*.

In subordine, il P.M. ha concluso per la riaffermazione dei principi di diritto consolidati di questa Corte, argomentandone le ragioni.

Motivi della decisione

1. – Va pregiudizialmente disatteso il rilievo della società G. s.r.l. di inammissibilità del ricorso della società A. s.n.c. in quanto proposto nei confronti della società G. s.a.s. anziché della G. s.r.l., nuovo soggetto risultante dalla scissione del 2 maggio 2011 della società G. s.a.s., già G. s.a.s. per scissione dell'11 marzo 2010.

Ed invero, la scissione, disciplinata dagli artt. 2506 e segg. a decorrere dal 1° gennaio 2004 per effetto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, consistente nel trasferimento del patrimonio a una o più società, preesistenti

o di nuova costituzione, contro l'assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime ai soci della società scissa, si traduce in una fattispecie traslativa, che, sul piano processuale, non determina l'estinzione della società scissa ed il subingresso di quella risultante dalla scissione nella totalità dei rapporti giuridici della prima, ma si configura come una successione a titolo particolare nel diritto controverso, che, ove intervenga nel corso del giudizio, comporta l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 111 cod. proc. civ. (Cass. 30246 del 2011); con la conseguenza che il processo prosegue fra le parti originarie (Cass. 6471 del 2012), con facoltà per il successore di resistere con controricorso all'impugnazione "ex adverso" proposta davanti alla Corte di Cassazione nei confronti del suo dante causa, pur non avendo partecipato al processo nei precedenti gradi di giudizio (tra le altre, Cass. 11757 del 2006, 10902 del 2004, 2889 del 2002, 5822 del 1999, 4742 del 1998).

2. – Con il primo motivo dsi ricorso la società A. lamenta: "Art. 360 n. 3 c.p.c. – Violazione dell'art. 1243 c.c. per difetto di presupposto della compensazione legale".

3. – Con il secondo motivo lamenta: "Art. 360 n. 3 c.p.c. – Violazione dell'art. 2697 c.c. per errata attribuzione di un onere probatorio inesistente".

4. – Con il terzo motivo la medesima deduce: "Art. 360 n. 3 c.p.c. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 615 c.p.c." per avere il Giudice di Pace non soltanto pronunciato la compensazione legale tra contrapposti crediti non ancora certi, ma altresì accertato il residuo credito della società A. di euro 1.140, così incidendo sui titoli costitutivi giudiziali e modificandone il *decisum*.

5. – Con il quarto motivo censura: "Art. 360 n. 3 c.p.c. – Violazione della norma di diritto di cui all'art. 112 c.p.c." per avere il giudice dell'opposizione illegittimamente rilevato eccezioni di ufficio.

6. – Con il quinto motivo si duole: "Art. 360 n. 5 c.p.c. in relazione all'art. 494 c.p.c. – Motivazione insufficiente sulla mancata declaratoria di cessazione della materia del contendere conseguente all'avvenuto pagamento del debito della società G. eseguito a mani dell'ufficiale giudiziario senza riserva di ripetizione".

7. – I motivi, congiunti, sono inammissibili per carenza di interesse non essendovi più controversia tra le parti sulla certezza dei reciproci crediti.

Ed infatti la controricorrente rileva che la sentenza n. 16 del 2010 – titolo costitutivo del suo credito opposto in compensazione – era passata in giudicato il 21 giugno 2010 in quanto notificata ai sensi degli artt. 170 e 285 c.p.c. il 21 maggio 2010 e quindi prima della notifica del 26 ottobre 2010 dell'appello della società A. così come era divenuto incontrovertibile il credito di quest'ultima società, fondato sulla sentenza n. 1160 del 2009, notificata il 19 novembre 2009 e non impugnata dalla G. e la ricorrente – in specie nel-

la memoria del 27 gennaio 2015 – è d'accordo sulla circostanza che i rispettivi titoli costitutivi – sentenze di condanna al rimborso delle spese giudiziali – sono divenuti incontrovertibili prima della sentenza di primo grado del 16 luglio 2010 che ha definito il giudizio di opposizione all'esecuzione, dichiarando l'avvenuta estinzione per compensazione del credito della società A. dalla coesistenza, e fino alla concorrenza, del controcredito della G.

Perciò è ormai venuto meno interesse della ricorrente alla decisione delle censure proposte.

8. – Tuttavia le Sezioni Unite ritengono di comporre il contrasto originato dalla sentenza 23573/2013 della Terza Sezione Civile ai sensi dell'art. 363, terzo comma, c.p.c. ribadendo i consolidati principi di diritto.

8.1 – La compensazione è disciplinata dal libro quarto, capo IV – Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento – Sezione III del codice civile (dopo la novazione e la remissione).

L'art. 1241 – Estinzione per compensazione – dispone: "Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono". L'art. 1242, primo comma, prosegue: "La compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d'ufficio." L'art. 1243 – Compensazione legale e giudiziale – continua: "La compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono ugualmente liquidi ed esigibili". Il secondo comma stabilisce: "Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito fino all'accertamento del credito opposto in compensazione".

Per credito liquido – espressione letterale del primo comma dell'art. 1243 c.c., che si attaglia alle obbligazioni pecuniarie o omogenee e fungibili deve intendersi il credito determinato nell'ammontare in base al titolo, come si desume anche dall'identica espressione contenuta in altre norme: l'art. 1208 n. 3 c.c. sui requisiti di validità dell'offerta reale dell'obbligazione prevede una somma per le spese "liquide" e un'altra somma per quelle "non liquide"; l'art. 1282 c.c. stabilisce che i crediti liquidi (ed esigibili) producono interessi; l'art. 633 c.p.c. come condizione di ammissibilità del provvedimento monitorio un credito di una somma liquida di danaro.

L'ulteriore requisito della certezza sull'esistenza del credito non si desume dalla formulazione dell'art. 1243 c.c., primo comma, perché la liquidità attiene all'oggetto della prestazione, mentre la certezza attiene all'esistenza dell'obbligazione, e quindi al titolo costitutivo del credito. Perciò la contestazione del titolo

non è in sé contestazione sull'ammontare del credito, come determinato in base al titolo, ma se questo è controverso la liquidità e l'esigibilità sono temporanee e a rischio del creditore. E allora, attesa la finalità dell'istituto della compensazione – estinzione soddisfacente reciproca (il che peraltro postula che anche il credito principale sia certo, liquido ed esigibile), che non può verificarsi se la coesistenza del controcredito è provvisoria, la giurisprudenza, da tempo risalente (Cass. n. 620 del 1970) ha affermato che non ricorre il requisito della liquidità del credito non solo quando esso non sia certo nel suo ammontare, ma anche quando ne sia contestata l'esistenza. Da qui l'ormai consolidato principio che per l'operatività della compensazione legale il titolo del credito deve essere incontrovertibile, ossia non essere più soggetto a modificazioni a seguito di impugnazione (Cass. 6820 del 2002, 8338 del 2011) non solo nella sua esattezza, ma anche nella sua esistenza (credito *certus* nell'*an, quid, quale, quantum debeat*).

Perciò accanto ad una nozione di liquidità sostanziale del credito in base al titolo, si è aggiunta una nozione di "liquidità" processuale stabilizzata che non sussiste se il creditore principale contesta, non pretezosamente, nell'*an e/o nel quantum*, il titolo che accerta il controcredito o potrebbe contestarlo (credito litigioso).

La locuzione contenuta nel secondo comma dell'art. 1243 c.c. – "Se il debito opposto in compensazione ... è di facile e pronta liquidazione..." – è stata interpretata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità nel senso che soltanto l'"accertamento" – nel senso di determinabilità – pronto, ossia in tempo processuale breve, e facile, ossia metodicamente semplice (es. mediante calcolo degli interessi), del controcredito – e per questo riservato dalla norma al giudice dinanzi al quale il processo deve proseguire – può giustificare il ritardo della decisione sul credito principale – certo, liquido ed esigibile – onde dichiarare estinti entrambi i rispettivi crediti per compensazione, secondo la ratio dell'istituto: il vantaggio delle parti di risolvere celermente in unica soluzione le reciproche pretese salvaguardando una ragione di equità, perché non è giusto che sia condannato all'adempimento chi a sua volta ha un concorrente credito.

Questa Corte, con orientamento pressoché unanime, ha enunciato i seguenti principi:

1) la compensazione legale opera di diritto, su eccezione di parte, e per avere efficacia estintiva "satisfattoria" deve avere ad oggetto due contrapposti crediti certi, liquidi, ossia determinati nella consistenza ed ammontare, omogenei ed esigibili (requisiti desumibili dai rispettivi titoli costitutivi: Cass. 22 ottobre 2014, n. 22324; Cass. 11 gennaio 2006, n. 260);

2) se il requisito della liquidità del controcredito opposto in compensazione manca, ma il giudice dinanzi al quale è formulata l'eccezione ne ritiene la fa-

cile e pronta liquidabilità – giudizio di fatto, insindacabile in cassazione può dichiarare la compensazione fino a concorrenza per la parte del controcredito che riconosce esistente, e può anche sospendere cautelativamente la condanna per il credito principale fino all'accertamento – *id est* liquidazione – del controcredito;

3) la provvisorietà dell'accertamento del controcredito in separato giudizio non può provocare l'effetto dell'estinzione del credito principale, la quale investe – elidendola irrimediabilmente – la stessa sussistenza, ontologicamente considerata, della ragione di credito e non soltanto la sua tutela esecutiva;

4) l'eseguibilità del titolo giudiziale che accerta il credito non attiene alla certezza, ma solo alla tutela anticipata del medesimo, mediante la sua immediata azionabilità (Cass. 8338 del 2011);

5) la compensazione legale si distingue da quella giudiziale perché per la ricorrenza della prima i due crediti contrapposti devono essere certi, liquidi ed esigibili anteriormente al giudizio, mentre per la seconda il credito opposto in compensazione non è liquido, ma viene liquidato dal giudice nel processo, purché reputato di "pronta e facile liquidazione";

6) se l'accertamento del credito opposto in compensazione pende dinanzi ad altro giudice, è questi che deve liquidarlo (Cass. 1695 del 2015, 9608 del 19 aprile 2013);

7) in quest'ultimo caso il giudice dell'eccezione di compensazione non può sospendere il giudizio sul credito principale ai sensi dell'art. 295 c.p.c. o 337, secondo comma c.p.c., qualora nel giudizio avente ad oggetto il credito eccepito in compensazione sia stata emessa sentenza non passata in giudicato (Cass. n. 325 del 1992), ma, non potendo realizzarsi la condizione prevista dal secondo comma dell'art. 1243 c.c. – che costituisce disciplina processuale speciale ai fini della reciproca elisione dei crediti nel processo instaurato dal creditore principale – (il giudice) deve dichiarare l'insussistenza dei presupposti per elidere il credito agito e rigettare l'eccezione di compensazione;

8) se la certezza del controcredito – il cui onere della prova spetta all'eccepente (Cass. 5444/2001) – si matura nel corso del giudizio sul credito principale, anche in appello, gli effetti estintivi della compensazione legale decorrono dalla coesistenza dei crediti;

9) l'eccezione di compensazione non configura un presupposto di natura logico-giuridica sui requisiti del credito principale il cui accertamento giustifichi il sacrificio delle ragioni di tutela di questo oltre i limiti previsti dalla stessa norma – ossia la possibilità di procrastinare, cautelativamente (Cass. 5319 del 09/08/1983), la condanna ad adempiere del debitore fino alla pronta e facile liquidazione, nel medesimo processo, del credito opposto in compensazione – consentendo di sospendere la decisione sulla causa principale fino al passaggio in giudicato del giudizio

sul controcredito come se questo pregiudicasse, in tutto o in parte, l'esito della causa sul credito principale (Cass., 3 ottobre 2012, n. 16844, Cass., 4 dicembre 2010, n. 25272).

9. – La Terza Sezione civile, con sentenza n. 23573 del 2013, si è consapevolmente discostata da questi principi collegando la disciplina sostanziale dell'eccezione di compensazione con quella processuale ed in particolare:

art. 35 – “Eccezione di compensazione” –: “Quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su un titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l'esecuzione della sentenza alla prestazione di una cauzione; altrimenti prevede a norma dell'articolo precedente”;

art. 34 – Accertamenti incidentali –: “Il giudice se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o per valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a questi ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa dinanzi a lui”;

art. 40 cod. proc. civ. – Connessione –: “Se sono proposte dinanzi a giudici diversi più cause le quali, per ragioni di connessione, possono essere decise in un solo processo...; Nei casi previsti dagli artt. 34, 35 e 36 le cause cumulativamente proposte o successivamente riunite debbono essere trattate con il rito ordinario...”;

art. 295 c.p.c. – sospensione necessaria –: “Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa”;

art. 337 secondo comma c.p.c. – Sospensione dell'esecuzione e dei processi –: “Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo questo può esser sospeso se tale sentenza è impugnata”.

9.1 – L'applicabilità delle suddette norme processuali alle innanzi richiamate norme sostanziali non è condivisibile.

Muovendo dalla considerazione contenuta nella sentenza n. 23573 del 2013, secondo cui, se l'art. 35 c.p.c. disciplina la competenza a decidere il controcredito eccepito nel giudizio sul credito principale, la stessa norma deve applicarsi allorché il controcredito è già *sub iudice* poiché eccepito ai sensi dell'art. 1243 secondo comma c.c., emerge che i piani tra le norme sulla competenza, a cui appartiene il succitato art. 35, e la disciplina sostanziale sulla compensazione – art. 1241 e segg. c.c. – non si intersecano.

Ed invero, pacifico per giurisprudenza e dottrina che i requisiti prescritti dall'art. 1243, primo comma,

c.c., per la compensazione legale, e cioè l'omogeneità dei debiti, la liquidità, l'esigibilità e la certezza, devono sussistere necessariamente anche per la compensazione giudiziale, il secondo comma di detta norma si limita a consentire al giudice del credito principale di liquidare il controcredito opposto in compensazione soltanto se il suo ammontare è facilmente e prontamente liquidabile in base al titolo. Ma per esercitare questo potere discrezionale – esclusivo e specifico (Cass., 3 ottobre 2012, n. 16844, Cass., 4 dicembre 2010, n. 25272) – al fine di dichiarare la compensazione giudiziale, il controcredito deve essere certo nella sua esistenza e cioè non controverso.

Se il controcredito è contestato, come prevede l'art. 35 c.p.c., allora non è certo, e quindi non è idoneo ad operare come compensativo sul piano sostanziale, e l'eccezione di compensazione va respinta.

L'ambito di contestazione del controcredito opposto in compensazione secondo l'art. 1243 c.c., secondo comma, è infatti limitato alla liquidità del credito, mentre la contestazione sulla sua esistenza – a meno che essa sia prima facie pretestuosa e infondata (Cass. 6237 del 1991) – lo espunge dalla compensazione giudiziale (Cass. 10352 del 1993). Soltanto la contestazione sulla liquidità del credito opposto in compensazione consente al giudice del credito principale – con accertamento discrezionale di merito, che presuppone la sua competenza, ed incensurabile in Cassazione – di determinarne l'ammontare se è facile e pronto, superando alla mancanza di questo requisito mediante un'attività ricognitiva – attuativa del titolo, funzionale all'eccezione di compensazione.

La disciplina contenuta nell'art. 1243 secondo comma c.c. consiste nell'inoperatività dell'eccezione di compensazione, sia legale che giudiziale, se è controverso l'ari del controcredito, analogamente al caso in cui il credito opposto in compensazione non è di pronta e facile liquidazione (Cass. 10352/1993, cit.). Il giudice del credito principale ha o la possibilità di dichiarare la compensazione per la parte di controcredito già liquidata, o di sospendere, eccezionalmente, la condanna del credito principale fino alla liquidazione di tutto il credito opposto in compensazione, ma non di ritardare la decisione sul credito principale fino all'accertamento, da parte di egli stesso o di altro giudice, dell'esistenza certa di quello opposto in compensazione; altrimenti sarebbe pleonastico il sintagma “di pronta e facile liquidazione” richiesto dalla norma. Né d'altro canto a tal fine può applicarsi analogicamente la disciplina dell'art. 35 c.p.c. non potendosi ravvisare il canone interpretativo dell'*eadem ratio*.

9.2 – Peraltro, neanche le norme sulla modificazione della competenza per ragioni di connessione, contenute nel libro Primo, Sezione IV, del codice di rito legittimano il meccanismo processuale della condanna con riserva e della sospensione del giudizio sulla compensazione che la sentenza n. 23573/2013 ritiene

applicabile onde consentire di poter sempre opporre, davanti al giudice investito del credito principale, la compensazione con un credito la cui esistenza sia in corso di accertamento in separato giudizio, in modo da garantire comunque l'operatività della compensazione pur se al momento della relativa eccezione il credito opposto non era ancora accertato con provvedimento giudiziale definitivo, e così impedire che il passaggio in cosa giudicata del titolo giudiziale definitivo sull'esistenza del credito opposto in compensazione intervenga in un momento in cui non sia più possibile farlo valere, a quel titolo e a quei fini, per essere stato definitivamente esitato il giudizio promosso dal creditore-debitore contrapposto.

9.2.1 – Da un lato, è principio immanente, innucleato nell'art. 1243 secondo comma c.c., che la compensazione giudiziale è processualmente rilevante soltanto quando il giudice del credito principale sia competente anche per il credito opposto in compensazione, con conseguente esclusione dell'eccezione di compensazione fondata su un credito la cui certezza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso. Non solo la disciplina speciale contenuta nell'art. 1243 c.c. consente la sospensione cautelativa della decisione sul credito principale soltanto se il credito opposto in compensazione è di facile e pronta liquidazione, ma sia il conferimento di questo potere al giudice del credito principale, sia la finalità con esso perseguita, postulano che il giudizio prosegua dinanzi al giudice del credito principale per consentirgli di effettuare la valutazione e la liquidazione del controcredito prevista dalla norma. E quindi, come nel caso in cui l'accertamento del credito opposto in compensazione non sia facile e pronto il giudice del credito principale, per espressa previsione normativa, non ha il potere di sospendere la decisione su quest'ultimo, ma deve immediatamente decidere su di esso, così a maggior ragione non può sospendere la decisione a norma degli artt. 295 o 337 secondo comma c.p.c. che certamente gli precludono qualsiasi valutazione di pronta o facile liquidazione del controcredito in quanto spettante ai giudice competente.

9.2.2 – Dall'altro, l'interpretazione del secondo comma dell'art. 1243 c.c. non solo non collide con la disposizione contenuta nell'art. 35 c.p.c., ma ne costituisce conferma. Detta norma processuale prevede che se il giudice non è competente sull'eccepito controcredito contestato ed il credito principale è fondato su titolo non controverso o facilmente accettabile, decide prontamente su di esso – (conformemente all'esigenza desumibile anche dall'art. 1243 secondo comma c.c. di decidere il più rapidamente possibile sul credito, se del caso subordinando la condanna ad una cauzione, analogamente alla sospensione cautelativa dell'art. 1243 secondo comma c.c.) – e quindi non ne sospende la decisione, né ai sensi dell'art. 295, né ai sensi dell'art. 337 secondo comma c.p.c. e rimette la decisione sull'eccezione al giudice competente. Se

invece il credito principale non è fondato su titolo non controverso o facilmente accertabile, rimette la decisione su entrambi i crediti al giudice competente sul credito opposto in compensazione, a norma dell'art. 34 cod. proc. civ. a cui rinvia l'ultimo comma dell'art. 35 c.p.c. – che così assume la configurazione di eccezione riconvenzionale di compensazione.

Riassumendo, sia l'art. 1243 secondo comma c.c., sia l'art. 35 c.p.c., prevedono che a decidere i contrapposti crediti sia il giudice dinanzi al quale essi sono contemporaneamente dedotti, mentre il meccanismo previsto dall'art. 35 c.p.c. è attivabile nel solo caso in cui il giudice del credito principale non possa conoscere di quello opposto in compensazione.

Pertanto, alla luce dell'esaminata disciplina, cade anche l'argomento contenuto nella sentenza n. 23573 del 2013 della disparità di trattamento tra credito opposto contestato nel giudizio sul credito principale e credito opposto già contestato in giudizio pendente davanti ad altro giudice. La disparità di trattamento non attiene a fattispecie identiche sul piano processuale; sussisterebbe laddove vi fossero norme che, contraddittoriamente, prevedessero la possibilità di dedurre un credito in compensazione non contestato e altre norme che escludessero tale possibilità per un credito contestato giudizialmente davanti ad un giudice competente per vagliare entrambe le posizioni.

Né infine alcuna norma di quelle scrutinate dalla sentenza n. 23573/2013 prevede, in via analogica, che la causa in cui sia pronunciata condanna con riserva venga rimessa sul ruolo – il che presuppone sempre la competenza del giudice che ha deciso con riserva – per verificare l'esistenza delle condizioni della compensazione e poi sospendere la decisione ai sensi degli artt. 295 o 377 secondo comma cod. proc. civ. in attesa della decisione incontrovertibile di altro giudice sul controcredito. Senza sottacere che, poiché anche il credito accertato definitivamente potrebbe essere contestato dal creditore principale per fatti sopravvenuti, l'attività del giudice potrebbe nuovamente paralizzarsi se non competente a verificare la fondatezza del fatto sopravvenuto ed egli dovrebbe nuovamente sospendere il processo in attesa della decisione definitiva sul controcredito. E poiché nell'attuale regime processuale – art. 42 cod. proc. civ. – non vi è più spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale, che, ove ammessa, si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza e della tutela giurisdizionale sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo (sez. un. 14670 del 2003, 23906/2010 22324/2014), deve ritenersi preclusa la configurazione di una nuova ipotesi di sospensione del processo non prevista espressamente da una norma del rito civile, nemmeno in via di analogia, come invece ritiene la decisione n. 23573/2013.

10. – Si deve quindi concludere che le norme di cui agli artt. 34, 35, 36, 40, 295 e 337 c.p.c., sia che la controversia sull'esistenza del controcredito sorga nel giudizio sul credito principale, sia che già penda dinanzi ad un giudice di pari grado o superiore, non rilevano sulla speciale disciplina delineata dall'art. 1243 secondo comma c.c. perché le norme sulla competenza per accertare l'esistenza del controcredito sono estranee alla compensazione giudiziale, come da tempo risalente avvertito da questa Corte.

Con la decisione n. 4129 del 1956 si rilevò infatti che: "Se il convenuto chiede non soltanto il rigetto della domanda dell'attore per compensazione con un suo credito di ammontare superiore, ma anche la condanna dell'attore a pagargli la differenza, ricorre l'ipotesi dell'art. 36 c.p.c. di domanda riconvenzionale che dipende dal titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione. In tal caso, poiché la compensazione giudiziale prevista dal secondo comma dell'art. 1243 c.c. è ammessa solo se sussiste la facile e pronta liquidazione del credito opposto, egli, coordinando gli artt. 35, 36, 112 c.p.c. deve emettere condanna per il credito principale certo e liquido, rigettare l'eccezione di compensazione giudiziale, ed iniziare l'istruttoria per il controcredito, ove competente, ovvero rimettere la causa su di esso al giudice competente non potendo allo stato il controcredito operare come compensativo, avendo il convenuto chiesto per esso la condanna dell'attore. Quindi il giudice, operata la valutazione insindacabile e discrezionale di non liquidabilità facile e pronta del controcredito, e per tale ragione respinta l'eccezione di compensazione, deve provvedere sulla domanda riconvenzionale di condanna per il controcredito".

11. – Queste Sezioni Unite, confermano, in conformità alle conclusioni del P.M., il consolidato orientamento di legittimità e ai sensi dell'art. 363, terzo comma, c.p.c. affermano i seguenti principi di diritto:

A) "Le norme del codice civile sulla compensazione stabiliscono i presupposti sostanziali, oggettivi, del credito opposto in compensazione: liquidità – che include il requisito della certezza – ed esigibilità. Verificata la ricorrenza dei predetti requisiti, il giudice dichiara l'estinzione del credito principale per compensazione – legale – a decorrere dalla coesistenza con il controcredito e, accogliendo la relativa eccezione, rigetta la domanda.

B) Se il credito opposto in compensazione è certo, ma non liquido, nel senso di non determinato, in tutto o in parte, nel suo ammontare, il giudice può provvedere alla relativa liquidazione se è facile e pronta; quindi, o può dichiarare estinto il credito principale per compensazione giudiziale fino alla concorrenza con la parte di controcredito liquido, o può sospendere causalmente la condanna del debitore fino alla liquidazione del controcredito eccetto in compensazione.

C) Se è controversa, nel medesimo giudizio in-

staurato dal creditore principale, o in altro giudizio già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione (art. 35 c.p.c.) il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale né giudiziale.

D) La compensazione giudiziale, di cui all'art. 1243, secondo comma, c.c., presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale la medesima compensazione è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo. In tale ipotesi, pertanto, resta esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale, e va parimenti esclusa l'invocabilità della sospensione contemplata in via generale dall'art. 295 c.p.c. o dall'art. 337 secondo comma, c.p.c. in considerazione della prevalenza della disciplina speciale del citato art. 1243 c.c."

12. – Sussistono ragioni per compensare le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

(Omissis)

sommario

1. La compensazione in generale. – 2. Il fatto all'attenzione delle Sezioni Unite. – 3. La decisione delle Sezioni Unite. – 3.1. Il precedente di Cass. n. 23573 del 2013: il requisito della certezza del credito non è dirimente. – 3.2. La certezza è il presupposto di ogni credito. – 4. Conclusioni.

1. La compensazione in generale

La compensazione (c.d. propria¹), disciplinata dagli artt. 1241 e ss. c.c. è un modo di estinzione delle obbligazioni, diverso dall'adempimento, a carattere satisfattorio² in virtù del quale i reciproci debiti tra due soggetti³ si estinguono per le quantità corrispondenti fin dal momento in cui vengono a coesistere.

¹ È infatti da tenere distinta dalla compensazione c.d. impropria che si ha tutte quelle volte in cui manchino i connotati essenziali previsti dal codice civile e in particolare quello della reciprocità dei rapporti. Se il rapporto è unico dovrà più propriamente parlarsi di un mero accertamento contabile di dare e avere, rilevabile anche d'ufficio, che comporta l'elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla concorrenza reciproca (cfr. ad es. Cass, sez. lav., 12 maggio 2006, n. 11030).

² P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 268.

³ Invero l'art. 1241 c.c. contiene il riferimento a "due persone", ma sembra più ragionevole che tale inciso debba più correttamente intendersi come reciprocità di crediti appartenenti a due patrimoni distinti, ben potendo, infatti, una sola persona essere titolare di distinti patrimoni tra i quali possono incorrere rapporti reciproci. *L'intentio legis* soggettiva della norma risale ad un dato momento storico in cui non era diffuso il c.d. fenomeno di segregazione patrimoniale.

L'istituto risale al diritto romano⁴ nel cui ambito aveva una matrice più marcatamente processuale, visto che consentiva al giudice di liquidare solo una volta (*una tantum*) la somma di denaro, dovuta da una parte all'altra, evitando così la duplicazione dei processi e favorendo l'economia dei mezzi giuridici.

La compensazione ha in qualche modo ancor oggi una connotazione processuale, come dimostrato dall'art. 1242, comma 1 c.c. laddove esso prevede che il giudice non possa rilevarla d'ufficio; essa, infatti, opera solo su istanza di parte, in base all'esercizio del diritto potestativo riconosciuto dall'ordinamento, e segue il regime delle eccezioni in senso stretto, per cui non è proponibile oltre una soglia preclusiva fissata dal codice di rito.

Gli effetti della compensazione sono automatici e operano *ex tunc* comportando sia la realizzazione dei crediti, sia l'estinzione dei debiti dal momento in cui essi coesistono. Proprio perché gli effetti si dispiegano *ipso iure*, l'opinione⁵ più condivisibile in dottrina ha sostenuto che la sentenza abbia natura meramente dichiarativa di un effetto già consumatosi a monte. Tuttavia, a revocare in dubbio l'impostazione ermeneutica appena enunciata è l'idea di quanti⁶ ritengono che la coesistenza delle reciproche poste debitorie non produca l'estinzione, ma consenta solo la produzione di una situazione di mera compensabilità.

Questa seconda tesi muove dall'assunto secondo cui l'estinzione automatica mal si coniugherebbe con il divieto del rilievo officioso del giudice. La *ratio* dell'istituto prenderebbe allora le mosse, in quest'ottica, da un altro presupposto: sarebbe il fatto storico della coesistenza dei debiti a far sorgere in capo alle parti e a giustificare socialmente il potere, riconosciuto dalla norma, di paralizzare l'altrui domanda di adempimento con la proposizione dell'eccezione produttiva dell'effetto estintivo.

Sembra, tuttavia, più condivisibile la prima impostazione, anche alla luce del dato testuale dell'art. 1242, comma 2, c.c. laddove esso enuncia che l'intervenuta prescrizione del diritto non osta alla compensazione se la coesistenza dei debiti è precedente alla prescrizione stessa. Il tenore della norma pare avvalorare l'automaticità della compensazione il cui effetto estintivo opera, *ratione temporis*, nel momento della coesistenza e non in quello dell'eccezione in giudizio.

⁴ Nel periodo classico era considerata, più che un modo di estinzione dell'obbligazione, come mera operazione contabile esperita solo in determinati casi nell'ambito del processo formulare. La compensazione, quindi, veniva invocata solamente quando consentiva al giudice di tenere conto di un credito del convenuto e gli permetteva di condannarlo solo per la differenza. Per tali ragioni il processo di estinzione del debito non faceva capo alla coesistenza dei debiti in via automatica, ma trovava sua fonte diretta nella pronuncia giudiziale.

⁵ DI PRISCO, *Compensazione*, in *Trattato Rescigno*, IX, 1, Torino, 1999, 389; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, 509.

⁶ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 273 ss.

L'istituto della compensazione non persegue solo una funzione pubblicistica di economia processuale, ma esso è ispirato anche a una *ratio* privatistica di garanzia della posizione creditoria.

Solamente a seguito della recente evoluzione economico-giuridica del nostro ordinamento l'istituto in parola ha assunto un connotato indubbiamente sostanzialistico, al punto da assurgere, nella sua forma c.d. volontaria, a negozio estintivo⁷ rientrando nel quadro dell'art. 1321 c.c.

Se la compensazione è volontaria, essa trova la sua fonte nel negozio giuridico con cui le parti possono, alla luce dell'autonomia negoziale che loro spetta, derogare non solo al requisito dell'omogeneità o fungibilità, prevedendo, ad esempio, la compensazione tra crediti di fare che non è ammessa nel caso di compensazione legale e giudiziale, ma anche a quello della liquidità; caratteristiche del credito, queste, previste dall'art. 1243 c.c.

Il primo comma dell'art. 1243 c.c. concerne la compensazione legale che opera solo se il credito è omogeneo o fungibile, liquido ed esigibile.

Mentre l'esigibilità si riferisce al credito non sottoposto a termine o a condizione, la liquidità, invece, afferisce alla determinazione del credito nel suo ammontare.

La norma, però, non contiene alcun riferimento esplicito al requisito della certezza, nonostante che essa rappresenti una delle caratteristiche fondamentali del credito, *id est* il suo presupposto esistenziale.

Sembrirebbe allora che il legislatore abbia presunto la certezza del credito nella liquidità stessa. Del resto, come precisato, viene comunemente considerato liquido il credito esistente e determinato nel suo ammontare.

Tuttavia la giurisprudenza⁸ tradizionale è di diverso avviso, in quanto sostiene che l'estinzione per compensazione legale di due debiti postuli non solo la liquidità e l'esigibilità, ma, soprattutto, la certezza, intesa come caratteristica di un credito che non risulti seriamente contestato.

Si ritiene comunemente che non sia certo né il credito sottoposto a giudizio (se non proposto in modo pretestuoso), né quello che sia stato accertato con sentenza non definitiva. In altri termini, la certezza del credito afferisce sostanzialmente alla sua incontrovertibilità e, dunque, è sicuramente certo solo quel credito che si fondi su un titolo giudiziale caratterizzato da un grado di stabilità tale da non poter essere più messo in discussione con i mezzi ordinari di impugnazione.

Valgono tutt'oggi le conclusioni cui pervenne la Corte di cassazione nel 1974⁹ laddove, nel delineare il profilo implicito della certezza di cui all'art. 1243 c.c., stabilì che «quando vengono in questione due crediti (o

⁷ Così C.M. BIANCA, *op. cit.*, 509.

⁸ Cfr. *Cass., civ.* 6 dicembre 1974, n. 4074.

⁹ *Ibidem*.

debiti) sanzionati da un titolo giudiziario non definitivo, ancorché provvisoriamente eseguibile, l'eventualità che il titolo stesso cada o venga modificato per effetto dell'impugnazione esperita o esperibile, impedisce l'operatività della compensazione, la quale essendo un mezzo di estinzione dell'obbligazione, postula il definitivo accertamento delle obbligazioni da estinguere e non è applicabile a situazioni provvisorie».

Se questo ragionamento è valido per la compensazione c.d. legale, ci si chiede se sia valido anche per quella giudiziale disciplinata nello stesso art. 1243 c.c., ma al comma successivo.

È pacifico tanto nella comunità scientifica quanto nell'applicazione giurisprudenziale che i requisiti previsti per la compensazione legale valgono anche per quella giudiziale.

In primo luogo, si sostiene che entrambe sono disciplinate dalla stessa norma avente una rubrica comune.

In secondo luogo, la compensazione giudiziale altro non sarebbe che una compensazione legale sprovista del carattere ontologico della liquidità: la determinazione del credito. Più precisamente il credito non deve essere completamente illiquido, ma «di pronta e facile liquidazione»¹⁰, per cui mentre nella compensazione legale l'oggetto della prestazione è determinato, in quella giudiziale, pur essendo certo nell'an, l'oggetto è solo determinabile.

Infine, anche l'aspetto teleologico delle due forme di compensazione parrebbe deporre nel senso anzidetto, poiché le *rationes* ad esse sottese dal legislatore sono comuni ad entrambe le forme di compensazione, come dimostrato dal fatto che il giudice, una volta eccepita la compensazione andrebbe a valutare la sua liquidità, in un'ottica di celerità e speditezza processuale, sospendendo il processo solo in via eccezionale e cioè quando occorrono ulteriori accertamenti istruttori ai fini della determinabilità dell'oggetto posto a fondamento del controcredito.

Tale ultimo assunto non pare essere condiviso in via unanime dalla giurisprudenza di legittimità¹¹ la quale, sebbene da un lato esalti la pronta e facile liquidazione, dall'altro, invece, ritiene che non sia preclusivo della compensazione giudiziale una lunga istruttoria o che l'accertamento dipenda da un separato giudizio.

Pare, tuttavia, più condivisibile l'orientamento tradizionale che ritiene che non possa ritenersi in sé dispendiosa in termini temporali l'istruttoria per l'accertamento del controcredito, poiché, altrimenti ragionando, si tradirebbero le *rationes* ispiratrici dell'istituto compensativo.

¹⁰ Si pensi ad esempio al calcolo aritmetico derivante dall'applicazione dei criteri ISTAT in tema di rivalutazione di un credito pecuniario. Nonostante *prima facie* sembri un'operazione semplice e rapida, essa comporta in ogni caso una necessaria ponderazione sulla determinazione del credito.

¹¹ Cfr. Cass. civ., 20 giugno 2003, n. 9904.

Sembra allora che l'unico elemento distintivo della compensazione giudiziale rispetto a quella legale – oltre all'ontologica caratterizzazione del credito quale di facile e pronta liquidazione – sia la natura della sentenza.

Come prima evidenziato, in sintonia con l'orientamento più coerente con i principi generali, deve ritenersi che la sentenza con cui viene pronunciata compensazione legale è di mero accertamento di un effetto estintivo già prodottosi, per cui ha natura dichiarativa con effetti *ex tunc*.

Di converso, la sentenza con cui si accerta la compensazione giudiziale ha, nella medesima ottica, natura costitutiva, con effetti *ex nunc*, precludendo in questo modo anche l'applicazione dell'art. 1242, co. 2 c.c. L'avvenuta prescrizione, dunque, impedisce sempre la compensazione giudiziale in quanto essa non opera *ope legis* al momento della coesistenza dei debiti, ma solo *ope iudicis*.

Se questi rappresentano dei punti almeno in parte acquisiti e stabili, il problema si è posto con riferimento all'ambito di operatività della compensazione qualora uno dei crediti non sia certo, ma sia ancora «*sub iudice*», ossia sia stato accertato giudizialmente, ma con sentenza non ancora passata in giudicato.

Sulla base delle predette osservazioni di carattere generale, può dunque passarsi a passare in rassegna la fattispecie concreta e soprattutto gli orientamenti antitetici che si stagliano nel panorama giurisprudenziale in tema di compensazione di crediti *sub iudice* che hanno dato la stura alla pronuncia che qui si commenta.

2. Il fatto all'attenzione delle Sezioni Unite

La società G. ottenne decreto ingiuntivo di pagamento di una somma di denaro nei confronti della società A. ma quest'ultima, opponendosi all'ingiunzione, ottenne dal Tribunale di Venezia, con sentenza del 27 aprile 2009 n. 1160, il rigetto della domanda e la condanna della società G. al pagamento delle spese.

La società A. quindi, risultando vittoriosa nel merito, intimò alla società G. il pagamento della somma tramite precetto notificato il giorno 11 febbraio 2010. La società G. tuttavia, si oppose all'esecuzione davanti al Giudice di pace lagunare eccependo, tra l'altro, la compensazione legale del debito fino a concorrenza con un credito omogeneo che la stessa vantava nei confronti della società A. e accertato dal Tribunale di Venezia con sentenza n.16 del 5 gennaio 2010.

Proprio per tali ragioni la società G. chiese, da un lato, la condanna della società A. al rimborso delle spese giudiziali e, dall'altro, l'accertamento dell'inefficacia o della nullità del precetto per le somme non dovute quantificando il credito della società A.

Nelle more la società A. eccepì la cessazione della materia del contendere poiché in data 15 marzo 2010 la società G. aveva effettuato, senza riserve, pagamento

nelle mani dell'ufficiale giudiziario di tutto l'importo precedentemente intimato; inoltre si oppose alla compensazione perché il controcredito vantato dalla società G. (accertato con sentenza del Tribunale di Venezia n. 16 del 5 gennaio 2010 prima citata) non era certo, ma si fondava su un *decisum* privo di stabilità in quanto la sentenza non era passata in giudicato.

Il Giudice di Pace di Venezia, con sentenza del 16 luglio 2010, accolse l'opposizione della società A. ritenendo che era dal 5 gennaio 2010 che i crediti, entrambi liquidi ed esigibili, erano venuti a coesistere; dichiarò l'estinzione dei crediti fino a concorrenza; accertò il residuo credito della società A. dichiarando la nullità del precetto per l'eccezione e, visto che la società G. intanto aveva pagato le somme nelle mani dell'ufficiale giudiziario, condannò alla restituzione delle stesse maggiorate degli interessi.

La società A. propose appello innanzi al Tribunale contestando il credito opposto in compensazione dalla società G. e insistendo sulla sua non certezza per le ragioni prima indicate.

Il Tribunale di Venezia respinse l'istanza di appello e la società A. propose ricorso in cassazione deducendo, tra gli altri motivi, la violazione dell'art. 1243, comma 2 c.c. nella parte in cui esso richiede, ai fini della compensazione giudiziale, anche il requisito della certezza del controcredito.

La decisione impugnata era in linea con la lettura della giurisprudenza fino ad allora maggioritaria, anche di legittimità, anche se nel 2013 la Corte di cassazione, con sentenza n. 23573, aveva condiviso l'orientamento opposto secondo cui la compensazione dei crediti *sub iudice* opera quand'anche il controcredito vantato dall'altra parte risulti solo liquido ed esigibile, senza che sia certo.

La Terza Sezione Civile della Corte con ordinanza n. 18001 del 2015, ritenuta l'ammissibilità del ricorso proposto dalla società A. e valutato il contrasto ermeneutico sorto in seno alla giurisprudenza e il sussistere di una questione di particolare importanza, ha deciso di rimettere gli atti al presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite.

L'intervento delle Sezioni Unite non è stato dirimente rispetto al caso, poiché nella fattispecie concreta esaminata il credito e il controcredito erano entrambi incontrovertibili (*rectius*: certi nell'*an*) in quanto, se, da un lato, la sentenza del Tribunale di Venezia n. 1160 del 2009 non era stata impugnata, divenendo cosa giudicata, dall'altro, la sentenza n. 16 del 2010, emessa dalla stessa autorità giudiziaria, era divenuta incontrovertibile già prima della opposizione all'esecuzione.

Tuttavia le Sezioni Unite, essendo deputate alla nomofilachia, si sono fatte carico di procedere all'analisi della questione di diritto, componendo il contrasto interpretativo.

3. La decisione delle Sezioni Unite

La sentenza che si commenta si segnala principalmente per le nozioni che essa pone alla base del ragionamento giuridico sulla compensazione in generale, a partire da quella di liquidità¹².

Tale concetto è rinvenibile in via diffusa sia nel codice civile (artt. 1208 n. 3, 1282, 1243) che in quello di rito, come ad esempio negli artt. 35 o 633 c.p.c.

Nonostante la sua diffusione, il concetto di liquidità non è mai definito da una norma ben precisa per cui è stato compito degli interpreti colorare una clausola di per sé in bianco.

La Suprema Corte condivide l'orientamento tradizionale secondo cui per credito liquido si debba intendere un «credito determinato nell'ammontare in base al titolo¹³», aggiungendo, poi, che «la liquidità attiene all'oggetto¹⁴ della prestazione».

Il concetto di liquidità va poi tenuto distinto da quello di certezza che, invece, afferisce «all'esistenza dell'obbligazione», consentendo all'interprete di comprendere se un determinato titolo costitutivo del credito sia o meno controverso.

La Corte di cassazione soggiunge che esistono due tipologie di liquidità: quella sostanziale, riferita alla compensazione legale, e quella c.d. «processuale stabilizzata», giusta l'art. 1243 co. 2 c.c. Con tale dizione si indica la compensazione giudiziale poiché con essa si riesce a dare il senso della stabilità del credito che, per essere dedotto in compensazione, deve essere «*certus nell'an, quid, quale, quantum debeatur*».

Si sottolinea poi come la «pronta e facile liquidazione», di cui all'art. 1243 co. 2 c.c., debba essere letta nel senso che comporti una parentesi cognitoria risolta in termini rapidi tale da consentire il c.d. «*accertamento pronto del controcredito*».

¹² È d'uopo precisare che il concetto di liquidità è stato di recente oggetto di indagine da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2016, n. 17989) che, nel determinare il c.d. *forum destinatae solutionis* ex art. 1182 c.c., ha stabilito che sono obbligazioni pecuniarie, con applicazione del comma 3 in luogo del successivo comma 4 della medesima disposizione, «solo quelle liquide delle quali, cioè, il titolo determini l'ammontare, oppure indichi i criteri per determinarlo senza lasciare alcun margine di scelta discrezionale» alla parte. Inoltre, si aggiunge che la liquidità può anche derivare da un mero calcolo aritmetico da parte del giudice (come ad esempio quello attinente alla quantificazione dei soli interessi corrispettivi o moratori). Dalla lettura combinata delle due pronunce pare evincersi una linea di continuità di pensiero sul concetto di liquidità.

¹³ La dottrina distingue tradizionalmente il titolo (vendita, locazione, comodato ecc.) dalla fonte dell'obbligazione (negozio, atto, fatto lecito o illecito). Mentre quest'ultima si riferisce alla fattispecie in quanto a struttura, il titolo, invece, ha la sua autonomia rispetto alla fattispecie.

¹⁴ Anche l'oggetto rappresenta un concetto fondamentale del diritto civile delle obbligazioni, assieme al titolo e alla fonte. Si pensi ad esempio all'art. 1230 c.c. che prevede la novazione oggettiva dell'obbligazione originaria quando le parti sostituiscono una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso.

Solo questa celerità consente di non obliterare la *ratio essendi* dell'istituto: «il vantaggio di entrambe le parti di risolvere rapidamente in una sola soluzione le reciproche pretese, salvaguardando una ragione di equità», in quanto «non è giusto che sia condannato all'adempimento chi ha un credito concorrente a sua volta».

Il riferimento fatto all'equità sembra nuovo rispetto alle due tradizionali ragioni ispiratrici dell'istituto. Pare, infatti, che la ragione di equità rappresenti un terzo tassello – grazie alla lettura evolutiva della Corte di cassazione – che va ad aggiungersi a quelli prima richiamati: la celerità dei traffici giuridici e la garanzia del creditore.

L'equità, intesa come «correzione e supplemento del giusto legale» (il riferimento è alle due tipologie di equità correttiva o sostitutiva ed equità integrativa), e, quindi, come generale criterio di equilibrio del sistema, avrebbe una connotazione ambivalente, guardando tanto al profilo privatistico, inteso come eguaglianza sostanziale tra le reciproche richieste delle parti, quanto a quello pubblicistico. Più precisamente, essa andrebbe intesa quale canone di solidarietà processuale tale da abbattere i tempi giudiziari, perfettamente in linea con l'orientamento consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità¹⁵ ai sensi dell'art. 111 Cost.

Nella trama motivazionale della sentenza si scorge l'adesione ai principi tradizionali della compensazione prima indicati e, in particolare, l'esaltazione della celerità di cui al meccanismo d'indagine previsto dall'art. 1243 co. 2 c.c.

Il giudice, infatti, a detta della Suprema Corte, avrebbe davanti a sé una secca alternativa: o dichiara la compensazione per la parte di controcredito già liquida, oppure sospende eccezionalmente la condanna al pagamento del credito principale fino alla liquidazione di tutto il credito opposto in compensazione e senza mai ritardare la decisione sul credito oggetto del giudizio principale.

Sarebbe contrario a questi principi, e per questo vietato, il meccanismo della c.d. condanna con riserva e sospensione del giudizio sulla compensazione. Tale sistema porterebbe a un sicuro aggiramento del presupposto da cui parte l'istituto: non ritardare la decisione proprio perché il credito è di pronta e facile determinabilità.

Da altro punto di vista, nell'art. 1243 c.c. la Suprema Corte scopre essere insito un principio immanente del sistema, secondo il quale «la compensazione giudiziale è processualmente rilevante quando il giudice del credito principale sia competente anche per il credito

opposto in compensazione». A ben guardare la sentenza sembra operare anche in questo caso una lettura combinata degli artt. 1243 c.c. e 35 c.p.c. laddove ha recuperato da quest'ultima norma il requisito della certezza che mancherebbe nella prima.

L'art. 35 c.p.c., rubricato «eccezione di compensazione», nel prevedere che la domanda debba necessariamente essere fondata su un titolo non controverso o facilmente accertabile, fa riferimento all'esistenza dell'obbligazione, e quindi al titolo costitutivo del credito.

La Corte di legittimità, inoltre, ritiene che, se vale la regola della non esperibilità da parte del giudice della sospensione processuale per le ragioni innanzi viste, *a fortiori*, «il giudice non potrebbe sospendere la decisione ex artt. 295 o 337 c.p.c. in quanto gli precluderebbe certamente ogni valutazione di pronta e facile liquidazione del controcredito».

Il punto nodale della decisione che si commenta è quello concernente la necessaria sussistenza del requisito della certezza del credito cui si ricollega l'ipotesi dell'ammissibilità della compensazione *sub iudice*.

È proprio su tale punto, da sempre controverso, che la dottrina e la giurisprudenza oscillano, in un equilibrio instabile.

3.1. Il precedente di Cass. n. 23573 del 2013: il requisito della certezza del credito non è dirimente

Per una parte della dottrina¹⁶ il requisito della liquidità andrebbe associato a quello della certezza in senso soggettivo, ovvero alla mancanza di contestazione, facendo sì che possa definirsi liquido il credito che esiste, è certo ed è determinato nel suo ammontare.

Tale impostazione esegetica è come se presupponesse la certezza nella liquidità del credito per cui il giudice, nella sua indagine, dovrebbe valutare solo la sussistenza dei requisiti previsti *nominatim* dall'art. 1243 c.c.: la liquidità, l'omogeneità e l'inesigibilità.

Tale orientamento, per vero minoritario, aveva fatto recentemente breccia nella giurisprudenza di legittimità e, in particolare, con la sentenza n. 23573 del 2013 la Corte di cassazione sembrava aver messo in discussione i principi tradizionali prima visti.

Secondo quest'indirizzo «la circostanza che l'accertamento di un credito risulti *sub iudice* non è di ostacolo alla possibilità che il titolare lo opponga in compensazione al credito fatto valere in un diverso giudizio dal suo debitore. In tal caso, se i due giudizi pendono dinanzi al medesimo ufficio giudiziario, il coordinamento tra di essi deve avvenire attraverso la loro riunione, all'esito della quale il giudice potrà procedere nei modi indicati dall'art. 1243 comma 2 c.c. Se, invece, pendono dinanzi ad uffici diversi (e

¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in Dir. civ. cont. 15 marzo 2015 con nota di F. Russo, *La rilevanza d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)* e di N. RIZZO, *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*.

¹⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Edizioni scientifiche Italiane, 592.

non risulti possibile la rimessione della causa ai sensi dell'art. 40 c.p.c. in favore del giudice competente per la controversia avente ad oggetto il credito exceptio in compensazione), ovvero il giudizio sul credito exceptio in compensazione penda in grado di impugnazione, il coordinamento dovrà avvenire con la pronuncia, sul credito principale, di una condanna con riserva all'esito della decisione sul credito exceptio in compensazione e contestuale rimessione della causa nel ruolo per decidere in merito alla sussistenza delle condizioni per la compensazione, seguita da sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. o ex art. 337, comma 2 c.p.c., fino alla definizione del giudizio di accertamento del controcredito».

La giurisprudenza di legittimità in tale pronuncia ammetteva la compensazione dei crediti *sub iudice*, legando a doppio filo gli artt. 35, 295, 337 c.p.c. e 1243 comma 2 c.c. ed evidenziando che se l'art. 35 c.p.c. disciplina la competenza a decidere il controcredito exceptio nel giudizio sul credito principale, allora, allo stesso modo, deve applicarsi quand'anche il controcredito risulti essere *sub iudice* poiché exceptio ex art. 1243 comma 2 c.c.

Tali coordinate esegetiche sarebbero corroborate da quella sorta di scissione del piano sostanziale da quello processuale che la Corte di cassazione precisava, sostenendo che l'accertamento posto alla base della cosa giudicata, in punto di certezza (*rectius*: di incontestabilità del controcredito), non assume alcun rilievo ai fini dell'individuazione della coesistenza dei due crediti; questa coesistenza, infatti, «*si relaziona alla contemporanea operatività della fattispecie costitutiva dei due crediti a livello sostanziale, mentre l'accertamento giudiziale di ognuna di esse non aveva alcuna incidenza ai fini di detta operatività*».

Infine, la sentenza del Corte di cassazione del 2013 ravvisava una ipotetica disparità di trattamento, con conseguente irragionevolezza, se non si equipara il caso della compensazione dei crediti di pronta e facile liquidazione a quello in cui il controcredito è ancora pendente davanti ad altro giudice. Tale differenza in concreto non vi sarebbe; anzi, l'ordinamento, in base agli artt. 1243 c.c. e 35 c.p.c., permetterebbe proprio un accostamento in punto di effetti.

3.2. La certezza è il presupposto di ogni credito

L'impostazione ermeneutica appena analizzata è stata sottoposta a revisione critica dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite con la pronuncia che si commenta, la quale, discostandosi dall'isolato precedente del 2013, accoglie l'orientamento tradizionale secondo cui la certezza incarna un presupposto immanente di ogni credito al pari della liquidità e della esigibilità.

Ad avviso della Corte di cassazione è d'uopo richiamare un precedente giurisprudenziale¹⁷ che ha distinto

concretamente i piani attigui della certezza e dell'esigibilità del titolo. Il titolo esecutivo consente una tutela anticipata del credito tramite la sua esecuzione immediata; tuttavia, se è vero che accerta il credito, non lo fa in modo incontestato o incontrovertibile. Se il credito è contestato allora non è certo e quindi non sarebbe idoneo ad operare come credito compensativo sul piano sostanziale.

Per la Cassazione «l'ambito di contestazione del controcredito opposto in compensazione è limitato alla liquidità, mentre la contestazione sull'*an* (la certezza) del credito, a meno che non sia pretestuoso o infondato, lo espunge dalla compensazione giudiziale».

A essere stigmatizzato, inoltre, è il ragionamento della sentenza della Corte del 2013 che si fonda sul collegamento delle norme processuali a quelle sostanziali. Le norme sulla competenza, infatti, opererebbero su piani opposti tanto che, se l'accertamento del controcredito pende davanti ad altro giudice, è questi a doverlo liquidare. Tuttavia, si precisa che in queste circostanze il giudice dell'eccezione di compensazione non può sospendere il giudizio sul credito principale ex artt. 295 o 337 se nel giudizio avente ad oggetto il controcredito exceptio in compensazione sia stata emanata una sentenza priva dell'autorità di cosa giudicata. In tali casi, visto che non si sono realizzate le condizioni di cui all'art. 1243 comma 2 c.c. (che è norma speciale rispetto all'art. 295 c.p.c.) il giudice, allora, dovrà dichiarare la non sussistenza dei presupposti per elidere il credito, con conseguente pronuncia di rigetto dell'istanza di compensazione.

La Suprema Corte, nella tessitura dei motivi, ritiene peraltro che nemmeno le disposizioni concernenti la modificazione della competenza per ragioni di connessione, come prima preannunciato, sarebbero invocabili per dare la stura al meccanismo processuale della condanna con riserva e della sospensione del giudizio sulla compensazione che, di contro, la sentenza n. 23573 del 2013 riteneva applicabile.

Le ragioni pratiche che non consentirebbero l'invocazione di tali istituti giuridici partono dalla considerazione secondo cui consentire sempre di poter opporre la compensazione in giudizio con un credito la cui esistenza sia in corso di accertamento in un altro e separato giudizio porterebbe al paradosso «di impedire che il passaggio in cosa giudicata del titolo giudiziale definitivo sull'esistenza del credito opposto in compensazione intervenga in un momento in cui non sia più possibile farlo valere, a quel titolo e a quei fini, per essere stato definitivamente esitato il giudizio promosso dal creditore-debitore contrapposto».

Anche l'argomento della disparità di trattamento non sarebbe dirimente secondo la sentenza che qui si commenta, proprio perché «la disparità di trattamento non attiene a fattispecie identiche sul piano processuale; sussisterebbe laddove vi fossero norme che, contraddittoriamente, prevedessero la possibilità di

¹⁷ Cfr. Cass., civ., 12 aprile 2011, n. 8338.

dedurre un credito in compensazione non contestato e altre norme che escludessero tale possibilità per un credito contestato giudizialmente davanti ad un giudice competente per vagliare entrambe le posizioni».

Alla luce di queste considerazioni la Corte di cassazione a Sezioni Unite ribadisce l'orientamento tradizionale enunciando i seguenti principi di diritto:

«A) Le norme del codice civile sulla compensazione stabiliscono i presupposti sostanziali, oggettivi, del credito opposto in compensazione: liquidità – che include il requisito della certezza – ed esigibilità. Verificata la ricorrenza dei predetti requisiti, il giudice dichiara l'estinzione del credito principale per compensazione – legale – a decorrere dalla coesistenza con il controcredito e, accogliendo la relativa eccezione, rigetta la domanda.

B) Se il credito opposto in compensazione è certo, ma non liquido, nel senso di non determinato, in tutto o in parte, nel suo ammontare, il giudice può provvedere alla relativa liquidazione se è facile e pronta; quindi, o può dichiarare estinto il credito principale per compensazione giudiziale fino alla concorrenza con la parte di controcredito liquido, o può sospendere cautelativamente la condanna del debitore fino alla liquidazione del controcredito eccetto in compensazione.

C) Se è controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale, o in altro giudizio già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione (art. 35 c.p.c.) il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale né giudiziale.

D) La compensazione giudiziale, di cui all'art. 1243 secondo comma c.c., presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale la medesima compensazione è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo. In tale ipotesi, pertanto, resta esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale, e va parimenti esclusa l'invocabilità della sospensione contemplata in via generale dall'art. 295 c.p.c. o dall'art. 337 secondo comma c.p.c. in considerazione della prevalenza della disciplina speciale del citato art. 1243 c.c.».

4. Conclusioni

La pronuncia in commento è condivisibile sotto vari profili.

In *primis* essa si colloca nel solco tracciato dalla giurisprudenza maggioritaria della stessa Corte di Cassazione che, nel tempo, ha scolpito i vari aspetti di una figura che aleggia nelle aule giudiziarie con una frequenza elevatissima. Questo non vuol dire che le Sezioni Unite, passivamente, si siano fatte portavoce, sebbene in via autorevole, dei numerosi e ricchi spunti pretori che emergono dall'ermeneusi della fattispecie in esame, ma, al contrario, esse sono state attive pro-

tagoniste di un sistema normativo ed interpretativo in continuo movimento.

In tale panorama la Suprema Corte non ha infatti scelto la strada aperta dalla sentenza del 2013 che sembra essere, a detta di molti, la più scontata perché più innovativa e soprattutto maggiormente rispettosa del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* Anzi, la Suprema Corte, nonostante la cessazione della materia del contendere, risultante dagli atti del giudizio, ha cercato uno scontro diretto con tale indirizzo volto a demolire, in nome della nomofilachia, ogni argomentazione posta a fondamento della opposta tesi.

La produzione giurisprudenziale delle Sezioni Unite se, da un lato, arricchisce il dibattito sulla compensazione dei crediti *sub iudice*, dall'altro, sembra mettere un punto apparentemente fermo su alcune nozioni di base del diritto civile, sia sostanziale che processuale.

La decisione ha poi il merito di elaborare una tesi solida basata su principi inamovibili del sistema civilistico quali l'equità, la speditezza dei traffici giuridici, l'economia processuale e la certezza del diritto.

Proprio quest'ultimo principio, secondo la sentenza in commento, rappresenterebbe una bussola per l'interprete, che deve riuscire a recuperare la sua rotta evitando soluzioni incerte o basate su dati non incontrovertibili.

Su tali basi si perviene a una visione della compensazione che si connota per un effetto stabile tra le parti dacché nell'ambito interpretativo delle Sezioni Unite le stesse possono invocarla, estinguendo fino a concorrenza i propri debiti, entro un quadro chiaro di principi applicabili.

Del resto, le parti debbono poter confidare nel dato legislativo e nella prevedibilità della sua applicazione. Ragionando fuori dall'orbita dell'orientamento maggioritario la locuzione "pronta e facile liquidazione", contenuta nell'art. 1243 comma 2 c.c., non solo sarebbe pleonastica, come pure afferma la Suprema Corte, ma sarebbe del tutto svuotata di significato permettendo così, al singolo giudice, di operare scelte discrezionali di volta in volta basate sul senso comune e legate al significato delle singole locuzioni. Aderendo, invece, all'orientamento della Suprema Corte, le possibilità di scelte discrezionali si azzerano, in quanto ogni giudice diviene vincolato ad un significato generalizzato dei concetti giuridici di base dell'istituto, che – pur non fondato integralmente sul dato testuale della disciplina codicistica (in quanto manca letteralmente il riferimento alla nozione di certezza) – comunque si inserisce in una valutazione teleologica e sistematica dell'ordinamento giuridico.

Ylenia Zaira Alfano

Avvocato del Foro di Torre Annunziata (NA) e Dottore di ricerca in Istituzioni e Politiche tributarie, finanziarie, previdenziali e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Sugli effetti permanenti dell'istanza di ammissione al passivo: la prescrizione si interrompe anche con riferimento al condebitore solidale del fallito.

Nota a Cassazione civ., sez. lav., 30 agosto 2016, n. 17412

abstract

In the ruling, it is disputed whether – under the R.D. no. 267 of 1942, Art. 94 and 101 – the request for admission as a creditor has the effect of permanent interruption (during the procedure) of the maturation the limitation period due to the same question, or only following the subsequent admission of the claim liabilities. Well, the Court clarified that the R.D. n. 267 of 1942, Art. 94 – entitled “effects of demand” – has, according to the wording of the existing rule temporal, that the application for admission as a creditor has the effect of legal proceedings, without any influence those effects to the next admission decision.

keywords

Submission – insolvency – prescription – interruption.

abstract

Nella pronuncia in esame, si discute se – a norma della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942, artt. 94 e 101) – la domanda di ammissione al passivo produca l'effetto di interruzione permanente (nel corso della procedura) della maturazione del termine di prescrizione per effetto della domanda medesima, ovvero soltanto a seguito della successiva ammissione del credito al passivo. Ebbene, la Corte ha chiarito che il R.D. n. 267 del 1942, art. 94 – rubricato “effetti della domanda” – dispone, secondo la formulazione della norma vigente ratione temporis, che la domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale, senza affatto condizionare detti effetti al successivo provvedimento di ammissione.

parole chiave

Istanza di ammissione al passivo – prescrizione – interruzione.

Fallimento – Istanza ammissione al passivo – Effetti – Prescrizione del credito – Interruzione

La presentazione dell'istanza di insinuazione al passivo del fallimento determina, ai sensi dell'art. 2945 com-

ma 2 c.c., l'interruzione della prescrizione del credito, con effetti permanenti, fino alla chiusura della procedura concorsuale. Tale effetto si produce anche nei confronti del condebitore solidale del fallito, ex art. 1310 comma 1 c.c..

Cass. civ., sez. lav., 30 agosto 2016, n. 17412

Pres. D'Antonio - Rel. Spera

(Omissis)

Fatto

Con ricorso al Tribunale di Bergamo del 26.11.2007 G.A. proponeva opposizione avverso la cartella esattoriale nr. (omissis), relativa alla riscossione di contributi e sanzioni civili per i periodi febbraio-dicembre 1988; gennaio-febbraio 1989; aprile 1989.

Esponneva di essere fallita in estensione del fallimento della società GM di G. e Co. snc., dichiarato dal Tribunale di Bergamo nell'anno 1992, società debitrice dei contributi. Eccepiva la prescrizione del credito e la sua insussistenza.

Il Tribunale, con sentenza del 18.6.2009 (nr. 423/09), rigettava la opposizione.

La Corte di appello di Brescia, con sentenza del 4.3/22.5.2010 (nr. 124/2010), rigettava l'appello proposto dalla G..

La Corte territoriale rilevava che la mancata impugnazione della cartella da parte della società, cartella regolarmente notificata in data 23.12.2006, determinava la definitività del credito dell'INPS. In ogni caso, tale credito non era mai stato contestato dalla snc, derivava da DM 10 insoluti e da decreto ingiuntivo non opposto, era stato riconosciuto con due distinte richieste di rateizzazione.

Il ricorso era pertanto inammissibile per tardività in relazione a doglianze diverse da quelle riferite alla posizione di socio della snc ovvero ad eventi successivi al consolidamento della cartella notificata alla società e non opposta.

In ogni caso anche a volere ritenere irregolare la notifica della cartella alla società, la prescrizione, nel-

la specie decennale (in quanto erano stati compiuti atti interruttivi ed iniziati i procedimenti per il recupero anteriormente all'1 gennaio 1996), non si sarebbe comunque maturata, in ragione degli atti interruttivi specificati in sentenza.

Non era spirato neppure il termine quinquennale, in quanto gli atti di insinuazione del credito al passivo fallimentare della snc avevano determinato l'effetto di sospensione della prescrizione sino alla chiusura del fallimento.

Per la Cassazione della sentenza ricorre G.A., articolando quattro motivi.

Resistono con controricorso l'INPS e l'agente di riscossione EQUITALE ESATRI spa.

La società di cartolarizzazione SCCI spa è rimasta intimata.

La ricorrente ha depositato memoria.

Diritto

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 – violazione dell'art. 1306 c.c. ed omessa motivazione.

Esponde che il socio collettivista risponde solidalmente dei debiti della società sicchè a tenore dell'art. 1306 c.c. alcuna preclusione poteva derivare al socio dalla mancata proposizione della opposizione da parte della società avverso la cartella esattoriale.

Ne conseguiva il proprio autonomo diritto ad impugnare la cartella esattoriale notificata per far valere la prescrizione del credito, indipendentemente dalla posizione assunta dalla società.

Una interpretazione diversa si sarebbe posta in contrasto con i precetti degli artt. 3 e 24 Cost.

Inoltre nei confronti della società cancellata non poteva essere emesso alcun ruolo di riscossione; tale deduzione, proposta con l'atto di appello, non era stata esaminata nella sentenza impugnata.

2. Con il secondo motivo la ricorrente deduce - ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 - violazione dell'art. 2308 c.c..

Rileva che la sentenza erroneamente aveva affermato il ritorno in bonis della società per effetto della chiusura del fallimento; deduce che le società di persone a seguito della dichiarazione di fallimento si estinguono, come previsto dall'art. 2308 c.c., con la conseguenza che la società non sopravvive come soggetto giuridico alla chiusura del fallimento.

Richiama la pronuncia di questa Corte a Sezioni Unite nr. 4062/2010 in tema di estinzione delle società di persone, concludendo che alcun effetto poteva derivare dalla notifica della cartella esattoriale effettuata nei confronti di una società ormai estinta.

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 – violazione dell'art. 2943 c.c. e R.D. n. 267 del 1942, artt. 94 e 120.

Deduce che affinché si verifichi l'effetto sospensivo

del termine di prescrizione occorre provare la avvenuta ammissione del credito al passivo del fallimento. Nella fattispecie di causa l'INPS aveva prodotto la sola istanza di ammissione al passivo del 19.9.1992 (relativa al periodo marzo 1988-febbraio 1989), priva di certificazione del deposito in Cancelleria nonchè la copia di una domanda di insinuazione tardiva notificata al curatore, del 30.9.1993 (relativa all'aprile 1989).

Per ambedue le domande mancava la prova della successiva ammissione dei crediti al passivo sicchè poteva al più riconoscersi un effetto interruttivo istantaneo (e non la permanenza della interruzione nel corso della procedura), con conseguente maturazione del termine di prescrizione.

4. Con il quarto motivo la ricorrente lamenta – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 – violazione degli artt. 1219 e 2943 c.c. nonchè omessa motivazione.

Censura la sentenza nel punto in cui attribuiva alla diffida notificata dall'INPS in data 18.11.2002 una efficacia interruttiva che non poteva esserle riconosciuta in quanto il suo contenuto, trascritto in ricorso, era generico.

La diffida inoltre riportava il periodo contributivo agosto 1983 - settembre 1985, diverso ed anteriore rispetto a quello oggetto della cartella esattoriale ed un importo dei contributi dovuti (per oltre Euro 35mila) diverso e maggiore rispetto a quello indicato in cartella (Euro 19.897,01).

La diversità della pretesa oggetto della diffida era confermata dalla diversità della normativa sulle sanzioni, richiamandosi nella diffida la L. n. 48 del 1988 e nella cartella opposta la L. n. 662 del 1996.

In ogni caso, alcun ruolo poteva essere emesso nei confronti della società cancellata.

I motivi, in quanto connessi, devono essere congiuntamente esaminati.

Si premette che la sentenza impugnata è fondata su due autonome *rationes decidendi*:

- la inammissibilità della opposizione proposta dal socio per ragioni – (la prescrizione del credito) – che avrebbero dovuto essere dedotte dalla società con la impugnazione della cartella preventivamente notificata: la mancata impugnazione della cartella esattoriale da parte della snc aveva determinato il consolidamento del credito dell'INPS;
- in ogni caso, a voler ritenere ammissibile la contestazione del credito da parte del socio, la infondatezza della eccezione di prescrizione, in ragione degli atti interruttivi compiuti dall'INPS, analiticamente individuati in sentenza.

La Cassazione della sentenza potrebbe, dunque, derivare soltanto dall'accoglimento dei motivi proposti rispetto ad entrambe le ragioni della decisione; diversamente il consolidamento anche di una sola delle *rationes decidendi* determinerebbe la inammissibilità del ricorso per difetto sopravvenuto di interesse della

parte, non potendo comunque pronunziarsi all'esito dell'eventuale accoglimento dei restanti motivi la casazione della sentenza (Conf: Cassazione civile, sez. 3, 14/02/2012, n. 2108; sez. 3, 24/05/2006, n. 12372).

Nella fattispecie di causa risulta decisivo il rigetto delle ragioni del ricorso formulate con il terzo motivo in ordine alla statuizione resa in punto di prescrizione del credito.

Nella sentenza impugnata la interruzione della prescrizione è affermata per effetto della insinuazione dei crediti al passivo del fallimento in date 19.6.1992 (per i crediti dal marzo 1988 al febbraio 1989) e 30.9.1993 (per i contributi dell'aprile 1989).

Le censure articolate in ordine ad un preteso difetto di motivazione sono all'evidenza inammissibili, in quanto il ricorrente si limita a denunciare una mancanza di motivazione senza indicare (specificamente) i fatti storici di rilievo decisivo non esaminati.

Ne deriva la definitività della circostanza di fatto, accertata dalla sentenza, secondo cui entrambe le domande – (e dunque anche quella del 19.6.1992) – furono presentate dall'INPS nella sede fallimentare.

In punto di diritto la ricorrente sostiene poi che a norma della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942, artt. 94 e 101) la domanda di ammissione al passivo produrrebbe l'effetto di interruzione permanente (nel corso della procedura) della maturazioni del termine di prescrizione (non già per effetto della domanda ma) soltanto a seguito della successiva ammissione del credito al passivo (che l'INPS non aveva documentato). L'assunto è infondato.

Il R.D. n. 267 del 1942, art. 94 – rubricato “effetti della domanda” – dispone, secondo la formulazione della norma vigente *ratione temporis*, che la domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale, senza affatto condizionare detti effetti al successivo provvedimento di ammissione. Conf. Cassazione civile, sez. 3, 17/07/2014, n. 16408; sez. lav., 18 aprile 2001, n. 5658: “in applicazione poi degli artt. 2943 e 2945 c.c. e L. Fall., art. 94, la costante giurisprudenza ritiene che la domanda di ammissione al passivo fallimentare, come una qualsiasi altra domanda giudiziale, comporti la interruzione della prescrizione, anche nei confronti dei coobbligati in solido del fallito, con effetti permanenti fino alla data di chiusura della procedura concorsuale (Cass. 8 aprile 1992, n. 4304, Cass. 7 aprile 1993, n. 2449)”.

La disciplina degli artt. 2943 e 2945 c.c., richiamata dalla l. fall., collega del resto l'effetto interruttivo della prescrizione alla notifica della domanda e la sua permanenza alla pendenza della lite e non già all'accoglimento della stessa domanda.

Dal rigetto del terzo motivo deriva il difetto sopravvenuto di interesse della parte ricorrente in ordine ai restanti motivi.

Per quanto risulta in sentenza, il fallimento della snc si è chiuso in data 16 febbraio 2001.

Pertanto – anche a volere condividere le censure formulate nel quarto motivo quanto alla statuizione sulla efficacia interruttiva della diffida del 18 novembre 2002 – la sentenza conserverebbe le sue basi giacché tanto alla data del successivo atto interruttivo in essa individuato – (la notifica della cartella esattoriale alla società, del 23.12.2006) che alla data della notifica alla ricorrente della cartella oggetto di giudizio (in data 18.10.2007) – non sarebbe decorso il termine di prescrizione decennale individuato in sentenza (con statuizione sul punto non impugnata).

Resta parimenti irrilevante, per quanto sopra si è detto, l'esame del primo e del secondo motivo, relativi ad una ratio decidendi alternativa.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti delle controricorrenti EQUITALIA ESATRI spa ed INPS. P.Q.M.

(*Omissis*)

*** Nota a sentenza (*in breve*)

sommario

Premessa. – **1.** La fattispecie in sintesi e le statuizioni delle fasi di merito. – **2.** I motivi di ricorso in Cassazione. – **3.** Le conclusioni della Suprema Corte. – **4.** Considerazioni in diritto: sugli effetti della domanda di ammissione e sull'estensione dell'efficacia al socio collettivista.

Premessa

La pronuncia in esame chiarisce l'operatività dell'istituto della prescrizione con riferimento alla domanda di ammissione al passivo del fallimento, distinguendo finalmente se tali effetti derivino dalla mera proposizione della domanda medesima, ovvero dall'ammissione del credito al passivo del fallimento in parola, che andrebbe, pertanto, debitamente provata. La preferenza della Suprema Corte per la prima delle soluzioni appena illustrate, determina non solo – nel caso di specie – il rigetto del ricorso, ma finanche importanti ricadute in merito ai rapporti tra la società in nome collettivo ed il socio collettivista.

1. La fattispecie in sintesi e le statuizioni delle fasi di merito

Con ricorso al Tribunale di Bergamo del 26.11.2007, G.A. proponeva opposizione avverso la cartella esattoriale nr. (*omissis*), relativa alla riscossione di contributi e sanzioni civili per periodi relativi alle annualità 1988 e 1989. Esponeva, inoltre, di essere fallita in estensione del fallimento della società G.M. di G. e Co. snc., dichiarato dal Tribunale di Bergamo nell'anno 1992, società debitrice dei contributi, rispetto ai quali, tuttavia, ella eccepeva la prescrizione del credito e la sua insussistenza. Sia il Tribunale, con sentenza del

18.6.2009 (nr. 423/09), sia la Corte di appello di Brescia, con sentenza del 4.3/22.5.2010 (nr. 124/2010), rigettavano rispettivamente il ricorso e l'appello proposto dalla G. In particolare, la Corte territoriale rilevava che la mancata impugnazione della cartella da parte della società, cartella regolarmente notificata in data 23.12.2006, determinava la definitività del credito dell'INPS, il quale in ogni caso non era mai stato contestato dalla s.n.c. (che, anzi, aveva presentato due richieste di rateazione) e derivava, altresì, da decreto ingiuntivo non opposto. In ogni caso, anche a volere ritenere irregolare la notifica della cartella alla società, la prescrizione, nella specie decennale (in quanto erano stati compiuti atti interruttivi ed iniziati i procedimenti per il recupero anteriormente all'1 gennaio 1996), non si sarebbe comunque maturata, in ragione degli atti interruttivi specificati in sentenza. Neppure poteva dirsi spirato il termine quinquennale, in quanto gli atti di insinuazione del credito al passivo fallimentare della s.n.c. avevano determinato l'effetto di sospensione della prescrizione sino alla chiusura del fallimento.

2. I motivi di ricorso in Cassazione

Nel caso in esame, la G. ha formulato quattro motivi di ricorso, che possono essere sintetizzati nella maniera che segue.

In primo luogo, ha lamentato la violazione dell'art. 1306 c.c. e l'omessa motivazione, con riferimento alla posizione del socio collettivista: quest'ultimo, essendo condebitore solidale, non potrebbe subire preclusioni dalla mancata opposizione alla cartella da parte della società, ma, piuttosto, egli sarebbe titolare di un autonomo diritto all'impugnazione della cartella medesima.

Ancora, la G. asserisce la violazione dell'art. 2308 c.c., nella parte in cui, erroneamente, statuisce che la società sarebbe tornata *in bonis*. La dichiarazione di fallimento, al contrario, estingue la società (trattandosi, segnatamente, di società di persone), la quale, dunque, non è sopravvissuta alla chiusura del fallimento in parola.

In terzo luogo, la G. lamenta la violazione dell'art. 2943 c.c. e della legge fallimentare (artt. 94 e 120), in quanto l'INPS, nel caso in esame, ha provato esclusivamente la presentazione dell'istanza di ammissione al passivo del fallimento, ma non anche la circostanza che il credito vantato sia stato effettivamente ammesso.

Da ultimo, la G. censura la sentenza nel punto in cui attribuiva alla diffida notificata dall'INPS in data 18.11.2002 una efficacia interruttiva che non poteva esserle riconosciuta in quanto il suo contenuto, trascritto in ricorso, era generico, oltre ad essere riferito ad annualità diverse da quelle indicate nella cartella impugnata in questa sede.

I motivi, per quanto distintamente formulati, sono stati esaminati congiuntamente dalla Sezione Lavoro della Suprema Corte, con esito – come verificheremo a breve – sfavorevole per la parte ricorrente.

3. Le conclusioni della Suprema Corte

Come affermato espressamente nel testo della sentenza in esame, nella fattispecie di causa risulta decisivo il rigetto delle ragioni del ricorso formulate con il terzo motivo, in ordine alla statuizione resa in punto di prescrizione del credito. Nella sentenza impugnata, infatti, la interruzione della prescrizione è affermata per effetto della insinuazione dei crediti al passivo del fallimento in date 19.6.1992 (per i crediti dal marzo 1988 al febbraio 1989) e 30.9.1993 (per i contributi dell'aprile 1989). Le censure articolate in ordine ad un preteso difetto di motivazione sono state ritenute, dunque, inammissibili, in quanto il ricorrente si è limitato a denunciare la mancanza di motivazione, senza indicare (specificamente) i fatti storici di rilievo decisivo che, a suo dire, non sarebbero stati esaminati. In punto di fatto, dunque, diviene definitiva (ed accertata dalla sentenza) la circostanza secondo cui entrambe le domande furono presentate dall'INPS nella sede fallimentare. In punto di diritto, "la ricorrente sostiene poi che a norma della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942, artt. 94 e 101) la domanda di ammissione al passivo produrrebbe l'effetto di interruzione permanente (nel corso della procedura) della maturazione del termine di prescrizione (non già per effetto della domanda ma) soltanto a seguito della successiva ammissione del credito al passivo (che l'INPS non aveva documentato)". L'assunto, tuttavia, è stato ritenuto assolutamente infondato dalla Suprema Corte, alla luce del testo dell'art. 94 del R.D. 267/1992 il quale dispone, secondo la formulazione della norma vigente *ratione temporis*, che la domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale, senza affatto condizionare detti effetti al successivo provvedimento di ammissione. Il che assume connotati di assoluta certezza, se si volge lo sguardo alla disciplina degli artt. 2943 e 2945 c.c., la quale, infatti, collega l'effetto interruttivo della prescrizione alla notifica della domanda e la sua permanenza alla pendenza della lite e non già all'accoglimento della stessa domanda.

La Corte ha altresì precisato che dal rigetto del terzo motivo deriva il difetto sopravvenuto di interesse della parte ricorrente in ordine ai restanti motivi. Per quanto risulta in sentenza, infatti, il fallimento della snc si è chiuso in data 16 febbraio 2001. Pertanto – anche a volere condividere le censure formulate nel quarto motivo quanto alla statuizione sulla efficacia interruttiva della diffida del 18 novembre 2002 – la sentenza conserverebbe le sue basi. Sia che si faccia riferimento alla data del successivo atto interruttivo in essa individuato (ovvero la notifica della cartella esattoriale alla società, del 23.12.2006), sia che si guardi alla data della notifica alla ricorrente della cartella oggetto di giudizio (in data 18.10.2007), ebbene, in entrambi i casi non sarebbe decorso il termine di prescrizione decennale individuato in sentenza (con statuizione sul punto non impugnata). Quanto all'esame del primo e del secondo mo-

tivo, essendo relativi ad una *ratio decidendi* alternativa, esso è stato ritenuto irrilevante dalla Suprema Corte.

4 Considerazioni in diritto: sugli effetti della domanda di ammissione e sull'estensione dell'efficacia al socio collettivista

La Cassazione, con la sentenza in esame, si è dunque pronunciata sull'interruzione della prescrizione provocata dalla presentazione di una domanda d'insinuazione allo stato passivo nel fallimento: il decorso del termine di prescrizione – ha chiarito la Suprema Corte – resta sospeso per tutta la durata della procedura fallimentare, quale che sia l'esito della domanda d'insinuazione al passivo depositata. La posizione della Cassazione sul punto sembra coerente, essendo stata emessa nel rispetto delle rationes che hanno ispirato sia la legge fallimentare, sia i fondamentali principi ed istituti che regolano l'ordinamento civilistico. Lo stesso fatto di negare efficacia interruttiva ad un atto, come l'istanza di insinuazione, che è domanda ad ogni (altro) effetto, avrebbe avuto sicuramente effetti discorsivi sul sistema, poiché, in altre parole, si sarebbe “legato” l'effetto prescrizione non – come normalmente accade – all'atto interruttivo in sé, ma – piuttosto – ad un esito più o meno favorevole conseguito da quest'ultimo. Conseguenze meno “lineari”, invece, sembrano quelle concernenti il rapporto tra la società ed il socio collettivista, ovvero i pregiudizi subiti da quest'ultimo in virtù della condotta (più o meno diligente) tenuta dalla società. Sul punto, la Cassazione ha pure riferito di qualche suo precedente (Cassazione civile, sez. 3, 17/07/2014, n. 16408), finanche pronunciato dalla medesima sezione lavoro (sentenza 18/04/2001, n. 5658), secondo la quale “In applicazione poi degli artt. 2943 e 2945 c.c. e L. Fall., art. 94, la costante giurisprudenza ritiene che la domanda di ammissione al passivo fallimentare, come una qualsiasi altra domanda giudiziale, comporti la interruzione della prescrizione, anche nei confronti dei coobbligati in solido del fallito, con effetti permanenti fino alla data di chiusura della procedura concorsuale (Cass. 8 aprile 1992, n. 4304, Cass. 7 aprile 1993, n. 2449)”.

Sia consentita, a questo punto, qualche breve considerazione in materia di solidarietà. Come noto, nella solidarietà civilistica l'atto compiuto da uno dei condebitori, o contro uno di essi, spiega di norma efficacia anche nei riguardi degli altri, solo se a questi giova (cfr. artt. 1306 ss c.c.). Di contro, secondo la consolidata giurisprudenza anteriore al 1968, cui aveva fatto buon viso una parte minoritaria della dottrina, codeste norme, proprie della solidarietà di diritto comune, non sarebbero state applicabili alla solidarietà tributaria, la quale – si assumeva – era retta da principi suoi propri, riassumibili nel concetto della *mutua rappresentanza* tra tutti i coobbligati passivi. Ciò significava che, ricorrendo la solidarietà tributaria, l'atto di imposizione costitutivo dell'obbligazione d'imposta, divenuto definitivo verso

uno dei condebitori, spiegava, per ciò stesso, efficacia verso gli altri condebitori, che pure non avevano partecipato alla formazione dell'atto in questione. In altri termini, in questo tipo di solidarietà – denominata per differenziarla da quella di diritto civile, *supersolidarietà tributaria* – l'atto di imposizione produceva gli effetti suoi propri anche riguardo a quei coobbligati che dell'atto ignoravano a ragione l'esistenza: si trattava, in altre parole, della massima applicazione del principio dell'estensività degli effetti. Tale situazione assumeva connotati particolarmente vessatori con riferimento all'avviso di accertamento, la cui notifica ad uno solo dei soggetti che avevano realizzato il presupposto (plurisoggettivo) avrebbe fatto decorrere il termine per l'impugnativa anche a sfavore degli altri. Successivamente, sul finire degli anni sessanta, si è fatto un assai serio tentativo di impostare su nuove basi la questione, allorché si è dimostrato che la disciplina della solidarietà tributaria, così come concepita dalla giurisprudenza, sarebbe contraria ai principi costituzionali, enunciati negli artt. 24 e 113 Cost., «poiché i principi fondamentali della tutela dei diritti subiettivi verrebbero lesi da un sistema in cui la pretesa del fisco potesse realizzarsi senza che il soggetto passivo e cioè colui che è tenuto alla prestazione tributaria avesse la possibilità di difendersi facendo valere le proprie ragioni». Con le sentenze nn. 48 e 139 del 1968 la Corte Costituzionale ha riconosciuto che i principi riassunti con il termine di supersolidarietà tributaria urtavano contro la garanzia accordata dal 1° comma dell'art. 24 Cost. Ed ha accolto, così, la sollevata eccezione di incostituzionalità di alcune norme dalle quali l'istituto in parola appariva disciplinato. Si tratta di una vicenda ben nota, della quale si è data semplice menzione, senza alcuna pretesa di ricostruzione scientifica dell'argomento. Eppure, la vicenda – seppur sinteticamente rappresentata – della (super) solidarietà tributaria, sembra qui offrire lo spunto per una riflessione in merito all'estensione degli effetti al socio condebitore. La decisione della Corte oggi in esame, infatti, seppur ampiamente condivisibile nella parte in cui riconduce (chiaramente) gli effetti interruttivi della prescrizione alla semplice domanda di insinuazione, non sembra altrettanto convincente nella parte in cui estende tale effetto interruttivo al condebitore in solido del fallito. E lo fa, peraltro, menzionando una precedente sentenza sull'argomento, risalente agli anni '90, senza prendere posizione specifica sull'argomento e senza “scomodare” istituti consolidati di diritto civile ovvero, soprattutto, di diritto commerciale. Data la delicatezza e la complessità dell'argomento, sarebbe stata auspicabile una chiarificazione di maggiore peso scientifico, con riferimento all'estensione degli effetti al socio condebitore.

Sulla natura della responsabilità precontrattuale. *Nota a Cassazione civ., sez. I, 12 luglio 2016 n. 1418*

abstract

The judgement in question addresses the controversial subject of the legal nature of pre-contractual responsibility, in particular in reference to the relations between individuals and Public Administration. The Supreme Court takes a position on the issue, and considers applicable Art. 1218 of the Civil Code based on the thesis of the so-called "social contact", along with all the consequences entailed in the application of it.

keywords

Pre-contractual responsibility of Public Administration – legal nature – contractual from social contact.

abstract

La sentenza in oggetto affronta il discusso tema della natura giuridica della responsabilità precontrattuale, nel caso di specie riferita ai rapporti che intercorrono tra privati e Pubblica Amministrazione. La Suprema Corte prende posizione sulla questione, ritenendo applicabile la disciplina dell'art. 1218 c.c. sulla base della tesi del cd. "contatto sociale", con tutte le conseguenze che ne discendono in punto di applicazione concreta.

parole chiave

Responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione – natura giuridica – contrattuale da contatto sociale.

Responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione – Natura giuridica – Contrattuale da contatto sociale qualificato – Revirement – Conseguenze – Prescrizione decennale

La responsabilità precontrattuale (nella specie, della P.A.) non ha natura extracontrattuale, ma deve correttamente inquadrarsi nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., con conseguente applicazione del termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c.

Corte di Cassazione, sezione I, 12 luglio 2016, n. 14188
Presidente Salvago - Relatore Valitutti

(Omissis)

Svolgimento del processo

1. Con atto di citazione notificato il 13 dicembre 2000, la X. s.r.l. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, il Ministero della Difesa, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, e la Scuola Allievi Carabinieri di Roma, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della mancata approvazione, ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, del contratto stipulato *inter partes* in data 1 febbraio 1993. Il Tribunale adito, con sentenza n. 31661/2004, depositata il 24 novembre 2004, rigettava la domanda, essendosi il credito estinto per prescrizione, ai sensi dell'art. 2947 c.c.

Avverso la decisione di prime cure proponeva appello l'X. s.r.l. che veniva disatteso dalla Corte di Appello di Roma con sentenza n. 2683/2010, depositata il 21 giugno 2010, con la quale il giudice del gravame condivideva l'inquadramento, operato dal Tribunale, della fattispecie di responsabilità precontrattuale in esame derivante dalla mancanza di efficacia dei contratti di appalto in questione, per mancato avveramento della *condicio iuris* rappresentata dall'approvazione da parte dell'autorità tutoria – nel modello della responsabilità di tipo aquiliano, e dichiarava, di conseguenza, prescritto, per decorso del termine quinquennale *ex art. 2947 c.c.*, il diritto di credito azionato dall'appellante in giudizio. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto, quindi, ricorso la X. s.r.l. nei confronti del Ministero della Difesa, del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, e della Scuola Allievi Carabinieri di Roma, affidato a quattro motivi illustrati con memoria *ex art. 378 c.p.c.* Il resistente Ministero della Difesa ha replicato con controricorso.

Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso, la X. s.r.l. denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 1358, 1375, 2043, 2946 e 2947 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Avrebbe errato la Corte di Appello, a parere della ricorrente, nel ritenere che la mancata approvazione, da parte dell'amministrazione appaltante e per causa alla medesima imputabile, del contratto di appalto di servizi stipulato tra le parti l'1 febbraio 1993, abbia determinato un'ipotetica responsabilità precontrattuale della p.a. assimilabile alla responsabilità extracontrattuale, con conseguente prescrizione quinquennale del diritto, ai sensi dell'art. 2947 c.c. Sicché, essendo l'eventuale illecito della p.a. consumato, com'è assolutamente incontrovertito tra le parti, 11 gennaio 1994 data, peraltro, assunta come dies a quo anche dal giudice di primo grado e recepita da quello di appello –, ed essendo l'unico atto interruttivo del termine suindicato rappresentato dalla citazione di primo grado, notificata il 13 dicembre 2000, il diritto al risarcimento del danno azionato in giudizio dalla X. s.r.l. si sarebbe irrimediabilmente prescritto.

Osserva, per contro, la ricorrente che, costituendo l'approvazione del contratto ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 19 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, una condicio iuris sospensiva della mera efficacia di un contratto già concluso, la responsabilità dell'amministrazione appaltante, essendo ancorata alla violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, ai sensi degli artt. 1358 e 1375 c.c., avrebbe dovuto essere configurata dal giudice di appello come una responsabilità di tipo contrattuale, con conseguente applicazione della prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c. Tanto più che tra l'amministrazione ed il privato verrebbe ad instaurarsi, ad avviso dell'istante, un rapporto qualificabile, secondo un consistente indirizzo giurisprudenziale, come "contatto sociale qualificato", dal quale deriverebbero specifici obblighi di protezione della prima a favore del secondo. Di talché, l'inadempimento di tali obblighi – non traducendosi in una lesione dall'esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia in virtù della condotta di un soggetto non legato ad essa da una precedente relazione giuridica, come avviene nella responsabilità aquiliana – darebbe luogo ad una responsabilità del tutto assimilabile a quella contrattuale. Con la conseguenza che, dovendo applicarsi alla fattispecie concreta l'ordinario termine decennale di prescrizione, ai sensi dell'art. 2946 c.c., il diritto azionato in giudizio dalla X. s.r.l. non potrebbe considerarsi prescritto.

Il motivo è fondato

Va anzitutto osservato che, in relazione ai contratti conclusi con la p.a., il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n.

2440, art. 19, che richiede un provvedimento espresso – adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge la cui esistenza non può, pertanto, desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall'Amministrazione. Ne discende che, ai fini del perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale, è insufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.) (Cass. 10020/2015). L'eventuale responsabilità della p.a. – ipotetica laddove si verta, come nel caso di specie, in tema di prescrizione potrebbe, di conseguenza, essere configurata soltanto come responsabilità precontrattuale (cfr. Cass. 3383/1981; 23393/2008; 11135/2009; 9636/2015), derivandone – laddove si acceda alla tesi tradizionale, secondo la quale tale tipo di responsabilità è inquadrabile nella responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., l'applicabilità del termine quinquennale di prescrizione del diritto azionato ai sensi dell'art. 2947 c.c. (in tal senso, Cass. 2705/1983; 4051/1990).

Ne deriva che, dovendo ritenersi, nella fattispecie concreta, insussistente, fino alla concessione dell'autorizzazione da parte dell'autorità tutoria, un effettivo vincolo negoziale, ai fini di accertare l'eventuale fondatezza della censura in esame – proposta dalla X. s.r.l. sotto il profilo della riconducibilità della cd. culpa in contrahendo alla responsabilità di tipo contrattuale – è necessario affrontare il dibattuto problema concernente la ravvisabilità di una responsabilità contrattuale anche in assenza di un atto negoziale dal quale scaturiscano specifici obblighi di prestazione a carico delle parti, qualora tra le stesse venga comunque ad instaurarsi una relazione qualificabile come "contatto sociale qualificato". La risposta al quesito ha, in verità, costituito oggetto di una significativa evoluzione della giurisprudenza di questa Corte, in precedenza attestata sull'affermazione della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, ed ora, invece, significativamente, e pressoché uniformemente, orientata – in materie diverse e sia pure senza una consapevole visione di insieme – nella direzione del riconoscimento di una responsabilità di tipo contrattuale, anche in assenza di un formale vincolo negoziale tra le parti.

La tesi ha la sua genesi in concezioni ed elaborazioni risalenti al diritto romano, perpetuatesi nel corso dei secoli (si consideri che la figura del quasi – contratto, della quale si dirà, si è mantenuta, con qualche variante, nel diritto comune ed è stata recepita dal Codice Napoleone e dal nostro codice civile del 1865, per poi sparire solo nel codice del 1942), e – dipoi – riprese e perfezionate dai giuristi contemporanei europei, in special modo tedeschi ed anglosassoni, oltre che dalla stessa dottrina nazionale. Quest'ultima, nella specifica materia della responsabilità precontrattuale e, più in generale, nella costru-

zione di una responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato” anche in settori diversi da quello del contratto, ha, invero, fornito un apporto essenziale, agevolando il formarsi, nella giurisprudenza di legittimità, di una linea evolutiva della responsabilità civile, orientata verso un *favor* – laddove vi sia un contatto tra le parti che genera obblighi di informazione e di protezione, anche se non ancora di prestazione – per la più incisiva forma di tutela rappresentata dalla responsabilità contrattuale.

Tanto premesso, va osservato che l’orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato, come dianzi detto, per lungo tempo ancorato alla tradizionale concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità di tipo aquiliano, riconducibile al disposto dell’art. 2043 c.c., con la conseguenza che la prova dell’esistenza e dell’ammontare del danno, nonché del dolo o della colpa del danneggiante, è a carico del danneggiato e che il termine di prescrizione del diritto azionato è quinquennale, ai sensi dell’art. 2947 c.c. (cfr., *ex plurimis*, Cass. 9157/1995; 15172/2003;

15040/2004; 16735/2011). L’affermazione appare per lo più ancorata alla bipartizione fondamentale delle fonti delle obbligazioni: da un lato le obbligazioni da atto lecito, ossia da contratto; dall’altro, le obbligazioni da fatto illecito, ossia da delitto. Ne è risultata pretermessa la terza, importante, fonte delle obbligazioni, rappresentata – ai sensi dell’art. 1173 c.c. – da “ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico; il che non ha consentito di dare il giusto rilievo, sul piano giuridico”, alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili nè nel torto nè nel contratto, e – tuttavia – singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima.

L’ambiguità classificatoria ha radici lontane. Anche nella dottrina romana più antica la classificazione delle fonti delle obbligazioni si ridusse al dualismo tra *obligationes ex contractu* o *ex maleficio* ed *obligationes ex delicto*, laddove al *contractus* venne attribuito l’esclusivo significato di negozio giuridico bilaterale diretto a creare un vincolo obbligatorio finalizzato ad una prestazione, consistente della dazione di denaro o di una cosa. E ciò in conformità alla tradizionale (Gaio) definizione di obbligazione come “*iuris vinculum*”, tutelato dall’ordinamento e diretto a costringere il debitore (“*necessitate adstringimur*”) a dare alcunché al creditore (“*alicuius solvendae rei*”) a titolo di prestazione nascente, dapprima solo dal contratto, poi anche dal delitto. E tuttavia, la bipartizione non incontrò il favore della giurisprudenza, in special modo del *praetor peregrinus*, che si sforzò di configurare un’obbligazione da atto lecito, pure in assenza di un negozio bilaterale. Tale opzione ermeneutica trovò, infine, un coronamento nel *Digesto* giustiniano, nel quale alle obbligazioni *ex contractu* ed a quelle *ex delicto* o *ex maleficio*, si affiancarono le *obligationes* “*ex variis causarum fi-*

guris”, che divennero, poi, nelle successive Istituzioni, *obligationes* “quasi ex contractu”. Nella categoria del “quasi contractus” il diritto romano post-classico annoverò, dunque, quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio, ma nei quali vi era comunque un contatto tra le parti che generava un’obbligazione in qualche modo assimilabile a quella contrattuale donde il *nomen* di “quasi contractus” – come nel caso dell’indebito, nel quale l’obbligo della restituzione scaturiva dal mero fatto del pagamento erroneamente eseguito, o della *negotiorum gestio*, scaturente da un’attività intrapresa allo scopo di fare cosa utile ad altri.

L’istituto proveniente dal mondo antico è rimasto in vita – come si è detto – per secoli, fino ai codici europei dell’800. Nelle successive elaborazioni dogmatiche, la provocazione dei giuristi romani a guardare al di là del contratto formale si è tradotta, in special modo nella dottrina tedesca degli anni ’30 del secolo scorso nell’individuazione e concettualizzazione della relazione biunivoca che viene a porsi tra l’affidamento precontrattuale ed il rapporto obbligatorio, sebbene in assenza di un formale contratto e degli obblighi di prestazione che ne derivano. Fino al delinarsi, nella riflessione successiva, di un vero e proprio “rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione”, qualificato dall’affidamento reciproco delle parti e, perciò, connotato da “obblighi di informazione e di protezione”, costituenti un completamento ed un corollario dell’obbligo di “buona fede” che grava su ciascuna parte, laddove viene ad assumere una posizione di garanzia nei confronti dell’altra.

Gli obblighi di attenzione di ciascuna parte nei confronti dell’altra, in quanto tali qualificanti la relazione tra le stesse – che assume, pertanto, la natura di un contatto “qualificato”, poiché fondato sul reciproco affidamento –, vengono peraltro ad esistere, secondo la dottrina tedesca, prima ed a prescindere dall’obbligo di prestazione, che scaturisce dal contratto. Ne deriva la costituzione di una relazione tra i futuri contraenti che sta in mezzo al contratto ed al torto, denominata (*omissis*), categoria che qualifica le situazioni tra soggetti non aventi fonte in un contratto (*omissis*), ma allo stesso tempo, in quanto costituenti rapporti che creano obblighi, aliene dalla riduzione extracontrattuale. Con la conseguenza che l’insorgenza di un’eventuale responsabilità a carico di una delle parti non potrà che rivestire la natura di responsabilità di tipo contrattuale.

Ma all’evoluzione del concetto di responsabilità contrattuale non è estraneo neppure il mondo anglosassone, nel quale si è assistito al progressivo distacco – nelle elaborazioni del Common law – del contract dal tronco unitario ed originario dei torts, fino a divenire una figura di riferimento prevalente, nell’ambito della responsabilità civile, rispetto a quella dei torts. Non è, difatti, il primo a confluire in questi ultimi, assisten-

dosi – ben al contrario – alla configurazione in termini di responsabilità contrattuale di vicende (cd. special relationships) nelle quali la responsabilità medesima trae origine da un rapporto non costituito mediante contratto, ma che, nondimeno, genera un affidamento di ciascuna parte nell'altra ed un correlato, reciproco, obbligo di buona fede.

La dottrina italiana si è posta consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca “ai confini tra contratto e torto”, in quanto radicata in un “contatto sociale” tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è “qualificato” dall'obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione”, del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.

Si osserva, al riguardo, che la teoria degli obblighi di protezione – la cui violazione dà luogo ad una responsabilità di tipo contrattuale ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che costruiscono il rapporto obbligatorio come un “rapporto complesso”, le cui finalità di tutela non si riducono al solo interesse alla prestazione, definito dall'art. 1174 c.c., ma che ricomprendono anche l'interesse di protezione, preso in considerazione dalla norma successiva di cui all'art. 1175 c.c. Nella teoria del rapporto obbligatorio – come rielaborata dalla dottrina italiana prevalente – viene messo in luce, dunque, come il proprium della responsabilità contrattuale non sia più costituito dalla violazione di una pretesa di adempimento, bensì dalla lesione arrecata ad una relazione qualificata tra soggetti, in quanto tale sottoposta dall'ordinamento alla più pregnante ed efficace forma di responsabilità, rispetto a quella aquiliana, rappresentata dalla responsabilità di tipo contrattuale (prescrizione decennale, inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato, maggiore estensione del danno risarcibile, stante l'applicabilità solo a quest'ultima del disposto di cui all'art. 1225 c.c.).

Ebbene, deve ritenersi che l'impostazione dogmatica suesposta abbia costituito una sorta di vero e proprio percorso euristico che la giurisprudenza di legittimità ha seguito, nella quasi totalità delle decisioni in materia, dandosi in tal modo luogo – come dianzi detto – ad una vera e propria evoluzione giurisprudenziale, connotata dalla piena condivisione delle elaborazioni dottrinali in tema di responsabilità contrattuale

da “contatto sociale qualificato”, ormai pressoché assestata e stabile nella giurisprudenza di questa Corte

Il che è in special modo evidenziato dal recepimento della categoria – come si vedrà – anche da parte di talune importanti decisioni delle Sezioni Unite, emesse con riferimento a fattispecie diverse.

In tema di incidenti scolastici, invero, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante, per il danno cagionato dall'alunno a se stesso, è stata configurata come responsabilità, non extracontrattuale, bensì contrattuale, fondata, per il primo, sul vincolo negoziale che si determina per effetto dell'accoglimento, da parte della scuola, della domanda di iscrizione dell'aspirante alunno, per il secondo, sul “contatto sociale” che si instaura tra precettore ed allievo. Tra tali soggetti viene, difatti, in essere un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne discende l'applicabilità, in subiecta materia, delle norme sull'onere della prova e sulla prescrizione, dettate dagli artt. 1218 e 2946 c.c. (cfr. *ex plurimis*, Cass., sez.un., n. 9346/2002; Cass. 8397/2003; 24456/2005; 5067/2010; 2559/2011; 2413/2014; 3695/2016).

Del pari, in tema di responsabilità del sanitario, questa Corte ha affermato che il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo “latu sensu” alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze (Cass. 13953/2007, 18610/2015). Nei confronti del medico dipendente, invece, la responsabilità, ove non tragga origine da un contratto di prestazione d'opera professionale (qualora sia lo stesso paziente a rivolgersi ad un determinato professionista), viene a radicarsi in un “contatto sociale qualificato”, che si instaura per effetto della “presa in carico” del paziente da parte del sanitario operante presso la casa di cura o l'ente ospedaliero, e dal quale scaturiscono obblighi di protezione che comportano, in caso di loro violazione, una responsabilità di tipo contrattuale del sanitario, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. (cfr. Cass., sez. un., 577/2008; Cass. 1538/2010; 20904/2013; 27855/2013; 20547/2014; 21177/2015).

Nella specifica materia della responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione delle specifiche regole poste dall'art. 43 legge assegni

(R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736), l'incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, le Sezioni Unite di questa Corte hanno, poi, affermato che la responsabilità dell'istituto di credito – nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno – ha natura contrattuale e non aquiliana. La banca ha, difatti, un “obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto)”, operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. Ne deriva che l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, stabilito dall'art. 2946 cod. civ. (Cass., sez. un., 14712/2007; in senso conforme, cfr. Cass. 7618/2010; 10534/2015).

Importanti affermazioni in tema di responsabilità da contatto sociale qualificato si ritrovano, infine, nella giurisprudenza, sia dei giudici ordinari che di quelli amministrativi, concernente la violazioni degli obblighi procedurali assunti dall'amministrazione nei confronti dei privati, in conseguenza dell'instaurazione di un procedimento amministrativo.

Ed invero, questa Corte ha, in proposito, da tempo affermato che, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 241 del 1990, e della conseguente nuova concezione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, la responsabilità di quest'ultima per la lesione degli interessi procedurali del privato si radica – a differenza di quanto deve ritenersi per il periodo precedente – nella violazione dei canoni contrattuali di correttezza e di buona fede (Cass. 157/2003). Sicché, nella vigenza della legge succitata, deve distinguersi tra la lesione dell'interesse oppositivo o pretensivo, o anche della mera integrità patrimoniale del cittadino (quando l'interesse sia soddisfatto, seppure in modo illegittimo), dovuta all'esercizio illegittimo o al mancato esercizio (silenzio inadempimento o rifiuto) dell'attività amministrativa, talché risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della p.a., l'interesse al bene della vita al quale la suddetta posizione soggettiva del privato si correla, che dà luogo a responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* (cfr. la fondamentale Cass. S.U., 500/1999; conf., da ultimo, Cass. 23170/2014; 11794/2015; S.U. 17586/2015), dal danno derivante dalla violazione delle regole procedurali dell'attività amministrativa medesima. La lesione di tali regole, giacché riconducibile all'inadempimento del rapporto che si instaura in relazione all'obbligo imposto dalla normativa che regola il comportamento della p.a., assume, invero, un carattere del tutto autonomo rispetto al pregiudizio costituito dalla perdita sostanziale del bene della vita al quale il privato aspira, ed è, pertanto,

inquadabile – stante il contatto qualificato che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento – nella fattispecie della responsabilità di tipo contrattuale *ex art. 1218 c.c.* (Cass. 24382/2010).

Nella medesima prospettiva si è posta, peraltro, la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale il danno da illecito provvedimento, ossia da provvedimento o comportamento (silenzio) illegittimo della p.a., che abbia leso un interesse legittimo del privato con incidenza sul bene della vita finale, rientra nello schema della responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c., giacché, con la domanda di ristoro del danno subito, il cittadino non si duole dell'ottemperanza ad uno o più obblighi gravanti a carico della p.a., bensì dello scorretto esercizio del potere amministrativo (cfr., *ex plurimis*, C. St. n. 1833/2013; 6450/2014; 675/2015; 284/2016). Per converso, la relazione che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento amministrativo è ricostruibile in termini di “contatto sociale qualificato”, sicché i comportamenti positivi o negativi della p.a., parametrati sulle regole che governano il procedimento in questione, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mediante l'intermediazione del procedimento stesso. Ne deriva che il diritto al risarcimento dell'eventuale danno subito dal cittadino presenta, nella fattispecie in parola, una fisionomia sui generis, non riconducibile al mero modello aquiliano *ex art. 2043 c.c.*, essendo connotata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente applicabilità delle norme in materia di responsabilità contrattuale, concernenti la prescrizione del diritto, l'onere della prova e l'area del danno risarcibile (cfr., *ex plurimis*, C. St. 4461/2005; 1467/2010; 6421/2014).

Orbene, la disamina che precede evidenzia che le affermazioni giurisprudenziali in ordine ad una responsabilità contrattuale da “contatto sociale qualificato” muovono – nelle più diverse materie dalla considerazione di situazioni nelle quali, per effetto del rapporto che si è venuto a creare tra le parti e del conseguente affidamento che ciascuna di esse ripone nella buona fede, nella correttezza e nella professionalità dell'altra, si generano tra le stesse obblighi di protezione che precedono e si aggiungono agli obblighi di prestazione scaturenti dal contratto. Ma è proprio nella specifica materia contrattuale, della quale si controverte in questa sede, che alcune pronunce delle Sezioni Unite hanno disegnato, in modo particolarmente incisivo, i tratti essenziali di una responsabilità contrattuale non fondata su di un atto negoziale, bensì su una relazione di vita produttiva di obblighi la cui violazione è assimilabile a quella arrecata agli obblighi scaturenti dal contratto. Si è, invero, affermato – al riguardo – che rientrano nelle controversie di natura

contrattuale, non solo quelle riguardanti il mancato adempimento di un obbligo di prestazione di fonte negoziale, della cui natura contrattuale non è possibile dubitare, ma anche le controversie nelle quali l'attore alleggi l'esistenza di una regola di condotta legata ad una "relazione liberamente assunta tra lui e l'altra parte" e ne lamenti la violazione da parte di quest'ultima (Cass., sez. un., n. 24906/2011).

Ed inoltre – nell'affermare la validità del cd. preliminare di preliminare, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto – le Sezioni Unite hanno osservato che, in relazione alle "puntuazioni" che, pur non dando luogo ad un vero e proprio contratto preliminare sono, tuttavia, vincolanti in relazione ai profili sui quali si è raggiunto un accordo irrevocabile, "la violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" (Cass., sez. un., n. 4628/2015).

Nello stesso ordine di idee, si colloca, peraltro, anche una decisione della Corte di Giustizia, in materia di determinazione delle competenze giurisdizionali ex art. 5, punto 1, della Convenzione del 27 settembre 1968, nella quale si afferma, a chiare lettere, che costituisce materia contrattuale ogni relazione giuridicamente rilevante tra due parti, ossia un "obbligo liberamente assunto" da una parte nei confronti dell'altra, pure in assenza di un formale atto negoziale (C. Giust., 17/6/1992, C- 261/91, Handte).

Alla stregua delle riflessioni che precedono e della diffusività ormai assunta dalla teorica della responsabilità da "contatto sociale qualificato", non può revocarsi in dubbio che l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, in tema di responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c., debba essere rimeditato.

Le considerazioni svolte dalla dottrina e recepite dalla massima parte della giurisprudenza hanno, invero, evidenziato che l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi "culpa in contrahendo" solo di nome, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti. Ne discende che la responsabilità per il danno cagionato da una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non del generico dovere del *neminem laedere*, non può che essere qualificata come respon-

sabilità contrattuale. Certo, può obiettarsi – ed una parte minoritaria della dottrina lo ha fatto – che anche l'investimento di un pedone, uno scontro tra veicoli, un atto violento che produca una lesione, danno vita ad un contatto sociale, possibile fondamento di una responsabilità che va oltre quella extracontrattuale, meno gravosa per il danneggiante. Ma l'obiezione, incentrandosi sulla considerazione del contatto sociale semplice, non coglie il *proprium* della responsabilità in parola, nella quale il contatto sociale tra sfere giuridiche diverse deve essere "qualificato", ossia connotato da uno "scopo" che, per il suo tramite, le parti intendano perseguire.

In virtù di tale relazione qualificata, una persona – al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) – affida i propri beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona. Per il che non si verte – com'è del tutto evidente – in un'ipotesi di mero contatto sociale, bensì di un contatto sociale pregnante che diventa fonte di responsabilità – concretando un fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. – in virtù di un affidamento reciproco delle parti e della conseguente insorgenza di specifici, e reciproci, obblighi di buona fede, di protezione e di informazione. L'esserci una struttura obbligatoria, vicenda tipica dell'obbligazione senza prestazione, segna, dunque, la differenza con la responsabilità aquiliana, alla base della quale non vi è alcun obbligo specifico, costituendo anche il generico dovere di "alterum non laedere" niente altro che la proiezione – insita nel concetto stesso di responsabilità – sul danneggiante del diritto del danneggiato all'integrità della propria sfera giuridica, al di fuori di un preesistente rapporto con il primo, atteso che, senza il rispetto da parte di chiunque altro dal titolare, il diritto in questione non sarebbe tale. Il "non rapporto" caratterizza, pertanto, la responsabilità civile aquiliana, nella quale la rilevanza giuridica del contatto semplice tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione, generando l'obbligo del risarcimento, laddove nella relazione da "contatto sociale qualificato" sussiste un rapporto connotato da obblighi già a monte della lesione, ancorché non si tratti di obblighi di prestazione (art. 1174 c.c.), bensì di obblighi di protezione correlati all'obbligo di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.).

Certamente significative in tal senso si rivelano le decisioni nelle quali questa Corte ha affermato che il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere

dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. Ne discende che la violazione di tale principio "costituisce di per sè inadempimento" e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato a titolo di responsabilità contrattuale (cfr., tra le tante, Cass. 21250/2008; 1618/2009; 22819/2010). Nella medesima prospettiva – ad evidenziare ulteriormente come la responsabilità di tipo contrattuale possa essere, in concreto, ancorata, oltre che alla violazione di obblighi di prestazione, anche alla violazione di doveri di protezione, che vengono in rilievo prima ed a prescindere dagli altri – questa Corte ha, altresì, statuito che la violazione della clausola generale di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., può assumere rilevanza, ai fini della risoluzione del rapporto per inadempimento, qualora, incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni, pregiudichi gli effetti economici e giuridici del contratto (Cass. 11437/2002). Ebbene, il significativo ampliamento dell'area di applicazione della responsabilità contrattuale che ne è derivato è certamente frutto di un'evoluzione nel modo di intendere la responsabilità civile che dottrina e giurisprudenza hanno operato, nella prospettiva di assicurare a coloro che instaurano con altri soggetti relazioni significative e rilevanti, poiché involgenti i loro beni ed interessi – sempre più numerose e diffuse nell'evolversi della società, dei bisogni e delle esigenze dei cittadini –, una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c. Quest'ultima resta, pertanto, limitata al solo ambito nel quale si riscontrino lesioni ab extrinseco a beni o interessi altrui, al di fuori di qualsiasi rapporto preesistente che si ponga come fonte di obblighi di vario genere (di prestazione e/o di protezione), tali da radicare una responsabilità di tipo contrattuale.

Non mancano, tuttavia, specifiche statuizioni di questa Corte proprio nel senso della configurabilità – che qui più interessa – della responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato".

Con riferimento alla fattispecie concernente l'errore scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, questa Corte ha, difatti, affermato che siffatta evenienza espone la p.a. al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario. Tale responsabilità – si è osservato – non è, peraltro, qualificabile nè come aquiliana, nè come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto qualificato" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza, per ave-

re l'amministrazione indetto la gara e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima, in tal modo provocando la lesione dell'interesse del privato, assimilabile a un diritto soggettivo avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione. (Cass. 24438/2011).

Sempre con riferimento alla responsabilità precontrattuale, si è, dipoi, ancora più puntualmente osservato che la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito nella fase che precede la stipula del contratto, non è tenuta a provare l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito (dolo o colpa), versandosi – come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui la responsabilità precontrattuale costituisce "una figura normativamente qualificata" – in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c. (Cass. 27648/2011). La decisione si pone, pertanto, perfettamente in linea con la vista impostazione dottrinale che considera la struttura della "culpa in contrahendo" come fondata, non più sulla colpa, bensì sulla violazione della buona fede nelle trattative, ed il "contatto sociale qualificato" come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c. La medesima sentenza si fa, peraltro, carico di specificare che colui che agisca in giudizio a titolo di responsabilità precontrattuale deve, per contro, allegare, e occorrendo dimostrare, il danno e l'avvenuta lesione della sua buona fede, in una prospettiva di bilanciamento dei diritti delle parti coinvolte nella vicenda precontrattuale.

I principi affermati nelle due ultime decisioni susposte – del resto conformi alle citate statuizioni rese dalla giurisprudenza di legittimità in materie diverse dal contratto, ed alle persuasive elaborazioni teoriche della dottrina nazionale ed europea – a giudizio della Corte, sono pienamente convincenti e vanno, pertanto condivisi. Ne discende – con riferimento al caso concreto – che, vertendosi in ipotesi di responsabilità di tipo contrattuale, deve applicarsi alla fattispecie concreta il termine decennale di prescrizione, ai sensi dell'art. 2946 c.c., con la conseguenza che essendosi l'eventuale illecito della p.a. consumato, com'è assolutamente incontrovertito tra le parti, l'1 gennaio 1994, ed essendo il stato il termine suindicato interrotto per effetto della citazione di primo grado, notificata il 13 dicembre 2000, il diritto al risarcimento del danno azionato in giudizio dalla X. s.r.l. – contrariamente all'assunto del giudice di appello – non può ritenersi prescritto.

Il primo motivo di ricorso deve, pertanto, essere accolto.

Restano assorbiti gli altri tre motivi, con i quali la ricorrente censura statuizioni della decisione di appello (sulla ritenuta impossibilità per il giudice ordinario di disapplicare il provvedimento di diniego di approvazione del contratto, e sulla non censurabilità della scelta discrezionale dell'amministrazione di non consentire l'esecuzione immediata del contratto nelle

more dell'approvazione, R.D. n. 263 del 1928, ex art. 28), rese solo ad abundantiam dalla Corte di merito, come riconosciuto dalla stessa X. s.r.l. (p. 29 del ricorso), e che, comunque, ben possono essere riproposte al giudice di rinvio.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta, invero, la cassazione dell'impugnata sentenza, con rinvio alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame della controversia facendo applicazione dei seguenti principi di diritto: "nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione, il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, da effettuarsi con un provvedimento espresso adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge, la cui esistenza non può desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall'amministrazione, sicché, ai fini del perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale, pur se formalmente esistente, non è sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.); l'eventuale responsabilità dell'amministrazione, in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve essere, di conseguenza, configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.".

Il giudice di rinvio provvederà, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

(*Omissis*)

*** *Nota a sentenza (in breve)*

sommario

Premessa. – 1. Le trattative precontrattuali e i relativi obblighi. – 2. La responsabilità precontrattuale e la sua natura giuridica. – 3. Risvolti applicativi. – 4. La Corte di Cassazione prende netta posizione in favore della tesi del contatto sociale. – Conclusioni.

Premessa

La pronuncia in oggetto offre l'occasione per affrontare un tema sempre caldo per l'interprete, rispet-

to al quale dottrina e giurisprudenza si misurano sempre con rinnovata attenzione.

L'argomento è quello della responsabilità precontrattuale, che tradizionalmente pone un prioritario e determinante quesito, riguardante il corretto inquadramento della sua natura giuridica, stretta tra responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

La scelta è foriera di rilevanti ricadute applicative, che spostano di molto la concreta disciplina operante e consegnano al creditore prospettive completamente diverse, specie in punto di onere della prova e prescrizione, come nel caso di specie emerge.

Proprio il più favorevole regime prescrizione discendente dall'art. 1218 c.c. è invocato, nella fattispecie in oggetto, dal ricorrente, che prospetta la tesi, accolta, della responsabilità contrattuale da contatto sociale ascrivibile alla Pubblica Amministrazione nella fase che precede la stipula del contratto con il privato.

La presa di posizione sul punto, ad opera della Suprema Corte, è particolarmente degna di nota, poiché segna una svolta importante rispetto al tradizionale e prevalente orientamento giurisprudenziale, chino sulla responsabilità extracontrattuale, ed offre nuova linfa alla teorica del contatto sociale, sempre più in via di progressiva affermazione.

1. Le trattative precontrattuali e i relativi obblighi

La conclusione del contratto è spesso preceduta da una fase in cui le parti discutono del contenuto del futuro ed eventuale regolamento negoziale, nella ricerca di un punto di convergenza tra i rispettivi diversi interessi.

Il codice civile del 1942, introducendo un elemento di novità rispetto al precedente codice, disciplina la fase delle trattative, prevedendone, tuttavia, una regolamentazione piuttosto scarna, che si sintetizza in sole due disposizioni, ovvero gli artt. 1337-1338 c.c.

L'art. 1337 stabilisce il fondamentale obbligo, gravante sulle parti, di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

La buona fede che in tale contesto viene in rilievo è quella nella sua dimensione oggettiva, quale regola comportamentale, che, insieme all'art. 1366 c.c. (interpretazione del contratto secondo buona fede) e all'art. 1375 c.c. (esecuzione del contratto secondo buona fede), deve orientare l'agire dei soggetti in relazione alle diverse fasi del rapporto contrattuale.

Il generale dovere di buona fede così delineato, che a sua volta rinviene il suo fondamento nel principio costituzionale di solidarietà sociale di cui all'art. 2, consente di identificare divieti ed obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, assolvendo alla fondamentale funzione di colmare le ineliminabili lacune dell'ordinamento.

Tra gli obblighi che attraverso la buona fede sor-

gono in capo alle parti nel corso delle trattative precontrattuali, centrale importanza ricoprono quelli di trasparenza e di informazione.

In alcuni casi il legislatore ha espressamente previsto specifici obblighi informativi, come in materia di intermediazione mobiliare (artt. 21 ss. del d.lgs. 58/1998) e di contratti a distanza (art. 52 d.lgs. 206/2005), ma è in assenza di esplicite previsioni che la clausola generale della buona fede contrattuale mostra tutta la sua pregnanza, imponendo comunque alle parti, a seconda delle circostanze, doveri di informazione.

In astratto possono essere individuate diverse tipologie di comportamenti integranti violazioni di obblighi informativi. Le omissioni possono infatti riguardare informazioni dovute, oppure le stesse sono rese ma in modo inesatto, incompleto, o non conforme al vero.

È inoltre necessario distinguere le rispettive posizioni che intercorrono tra i soggetti, perché se questi si collocano sullo stesso piano l'obbligo di informazione è reciproco; laddove, invece, le trattative si svolgano tra parti che versano in posizioni asimmetriche, è sul contraente forte che gravano tutti gli obblighi di informazione necessari affinché l'altra parte possa determinarsi in maniera consapevole alla stipula del contratto.

2. La responsabilità precontrattuale e la sua natura giuridica

La violazione dei suddetti obblighi *ex bona fide* nel corso delle trattative determina, dunque l'insorgere della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, che da sempre impegna dottrina e giurisprudenza in particolare modo sotto due profili, quello dell'individuazione del relativo ambito di operatività, nonché quello concernente la natura giuridica da ascrivere alla stessa.

Quanto all'ambito di operatività, in una prima fase storica era predominante l'impostazione che offriva una lettura restrittiva dell'art. 1337 c.c., che era ritenuto applicabile solo nel caso in cui la violazione delle regole di correttezza e buona fede nel corso delle trattative conduceva ad un contratto invalido.

Ben presto la giurisprudenza ha poi predicato una più corretta interpretazione estensiva, legando la responsabilità precontrattuale per lo più all'ipotesi, più diffusa, del recesso ingiustificato dalle trattative. Per quanto, infatti, dalle trattative non sorgano vincoli a contrarre, è ritenuta pacificamente contraria a buona fede la condotta di colui che, avendo ingenerato nella controparte un ragionevole affidamento in ordine al buon esito delle trattative, e dunque alla conclusione dell'accordo, interrompa le stesse in modo del tutto ingiustificato.

Si registra, inoltre, più di recente, la tendenza di dottrina e giurisprudenza a dilatare l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c., considerando al tal fine anche

condotte scorrette tenute dalle parti durante le trattative che non abbiano impedito la stipulazione del contratto, limitandosi ad incidere negativamente sul contenuto dello stesso. Affermandosi, per tale via, l'autonomia della responsabilità precontrattuale rispetto al regime delle cause di invalidità del contratto, per cui non può considerarsi lecito un comportamento che violi gli obblighi di correttezza solo perché non riconducibile a nessuna delle cause di invalidità negoziali espressamente previste dalla legge.

Ma è quello della violazione dei già citati obblighi informativi che ha visto i più frequenti recenti interventi della giurisprudenza.

Quanto al versante della natura giuridica, è questa forse la principale questione problematica attorno alla quale si è concentrata l'attenzione degli interpreti in materia di responsabilità precontrattuale.

La normativa che la riguarda si limita, infatti, a descrivere la stessa, senza spiegarne la natura giuridica.

Scartata la tesi, pure da alcuni autori sostenuta, della responsabilità precontrattuale quale *tertium genus* di responsabilità, il dibattito segna sostanzialmente la divisione tra i sostenitori della tesi della natura aquiliana, e quelli della natura contrattuale.

La ricostruzione a lungo prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, riconduce la responsabilità precontrattuale entro il paradigma della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*

Argomento fondante, e che primo tra tutti emerge a sostegno della tesi, è rappresentato dalla mancanza di un contratto dal quale nascono obblighi puntuali, la cui violazione rende operante la responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*

Quest'ultima presuppone, infatti, la preesistenza di un rapporto, tra danneggiante e danneggiato, fondato su di un vincolo contrattuale, in forza del quale siano individuabili specifici obblighi per le parti.

Si evidenzia, inoltre, che il già menzionato obbligo di buona fede, governante la fase delle trattative, non è posto a carico dei soggetti per tutelare un preciso interesse individuale, ma è rivolto alla generalità dei soggetti, in quanto attraverso di esso l'ordinamento persegue l'interesse superiore alla corretta e leale esplicazione della libertà contrattuale.

Pertanto, non costituendo la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede un inadempimento di un'obbligazione in senso tecnico, non potrebbe che riconoscersi natura aquiliana alla responsabilità precontrattuale, laddove quest'ultima è caratterizzata dal generale precetto del rispetto della buona fede nelle trattative, così come il generale precetto del *neminem laedere* si pone alla base della responsabilità extracontrattuale.¹

Altra parte della dottrina, invece, dietro l'influen-

¹ La tesi è in particolare sostenuta, in dottrina, da C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Il Contratto*, Milano, p. 157 ss.

za della scuola tedesca, sostiene la natura contrattuale della responsabilità di cui agli artt. 1337-1338 c.c.

Secondo tale tesi l'assenza della stipulazione di un contratto non è determinante ai fini dell'individuazione di un rapporto obbligatorio, che ben può ricevere la sua qualificazione dalla legge, e, nella specie, dall'art. 1337 c.c. che impone l'imperativo della buona fede nelle trattative contrattuali.

È bene sottolineare che la tesi in discorso muove da un presupposto di partenza, per cui si precisa che l'art. 1218 c.c., che disegna il paradigma della responsabilità contrattuale, è inserito nel capo III intitolato "inadempimento delle obbligazioni", per cui tecnicamente ai fini dell'applicazione della relativa disciplina non è importante che l'obbligazione inadempita origini da un contratto; ciò che conta è che la responsabilità derivi dall'inadempimento di un'obbligazione nascente da un precedente rapporto obbligatorio, non necessariamente di derivazione contrattuale, e che tale obbligazione non corrisponda al generico dovere del *neminem laedere* operante *erga omnes*, ma abbia un oggetto specifico e riguardi soggetti determinati.

3. Risvolti applicativi

Sul piano della disciplina, dunque, due sono i regimi di responsabilità che possono trovare applicazione, nonostante il sistema delle fonti *ex art.* 1173 c.c. delinei una tripartizione (contratto, fatto illecito, ogni altro fatto od atto idoneo a produrre obbligazioni): per i fatti illeciti corrisponde il regime *ex art.* 2043 c.c., per i contratti e tutti gli altri fatti o atti la disciplina è unitaria, ed è quella della responsabilità contrattuale, o meglio, come già precisato, da inadempimento dell'obbligazione, *ex art.* 1218 c.c.

Quindi l'ordinamento conosce tre tipologie di fonti, ma due regimi di responsabilità per i danni provocati da comportamenti inadempitivi o di carattere illecito.

Ciò premesso, è necessario dare conto delle rilevanti differenze di disciplina che i due regimi comportano.

Siffatte differenze sono apprezzabili sotto molteplici aspetti. La prima a venire in rilievo è quella relativa all'onere probatorio, per cui in base all'art. 2043 c.c. il danneggiato è tenuto a fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi che compongono il fatto illecito (l'elemento soggettivo, il comportamento antiggiuridico, il danno, ed il nesso eziologico), laddove, in base alla responsabilità *ex art.* 1218 c.c., deve solo dimostrare il danno ed il fatto costitutivo del diritto, esclusi, dunque, la prova dell'inadempimento, del nesso di causalità, e dell'elemento soggettivo.

Evidente è il regime di maggior favore per il danneggiato sotteso al paradigma *ex art.* 1218 c.c., ancor più chiaro se si guarda ai tempi di prescrizione, decennale nel campo contrattuale (salvo norme eccezionali), quinquennale per l'illecito aquiliano.

Le differenze continuano sul versante del danno

risarcibile: in campo contrattuale questo richiede il dolo per ciò che concerne i pregiudizi imprevedibili, in campo aquiliano, in assenza di questo limite, sono risarcibili anche i danni prevedibili senza che sia necessaria la prova del dolo; ancora, l'ambito della responsabilità extracontrattuale conosce la sola azione del risarcimento del danno, mentre la materia contrattuale prevede anche altre azioni volte a contrastare l'inadempimento, ovvero l'azione di esatto adempimento, di risoluzione, l'eccezione di inadempimento e la sospensione della prestazione.

Infine, ma non esaurisce l'intera area delle differenze sussistenti, la difformità di disciplina si registra anche per quanto attiene al regime della solidarietà: mentre nel campo aquiliano i singoli coautori dell'illecito rispondono in proporzione alla rispettiva colpa, in campo contrattuale, la regola generale – salvo eccezioni – è la responsabilità in parti eguali dei condebitori, ai sensi dell'art. 1298 c.c.

Risultano dunque di assoluta rilevanza le ricadute applicative che discendono dai due regimi di responsabilità, e da qui tutta l'importanza nel ritenere operante l'uno piuttosto che l'altro.

E ciò spiega l'impegno di dottrina e giurisprudenza nel dibattito riguardante la corretta individuazione della natura giuridica della responsabilità in tutti i casi dubbi, tra cui rientra, in particolar modo, il tema in oggetto della responsabilità precontrattuale.

4. La Corte di Cassazione prende netta posizione in favore della tesi del contatto sociale

Sul dibattito in parola è intervenuta, con la recente pronuncia del 12 luglio 2016, n. 14188, la Suprema Corte di Cassazione, che si segnala per la presa di posizione, forse per la prima volta così netta, in favore della tesi che riconduce la responsabilità precontrattuale al paradigma di cui all'art. 1218 c.c.

Soluzione alla quale giunge seguendo il percorso tracciato dalla teoria, già conosciuta dalla giurisprudenza e ancor più dalla dottrina, del cd. "contatto sociale".

Tale teoria, elaborata per prima dalla dottrina tedesca, individua una peculiare forma di responsabilità, nata per soddisfare esigenze relative al risarcimento del danno in quei casi stretti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in quanto presentano aspetti di entrambe le categorie, ma non completamente assimilabili a nessuna delle due.

Il problema si è dunque posto, in particolare, per quei rapporti cd. "contrattuali di fatto" ma in sostanza privi di una effettiva base negoziale, e costituiti per effetto del solo contatto sociale, riscontrabile, tra gli altri, proprio con riguardo alla fase delle trattative che precedono la stipulazione di un contratto.

Corollario essenziale di tutte le ipotesi di responsabilità da contatto sociale è il principio di affidamento, alla base dell'osservanza delle prescrizioni cautelari in

tutti quei settori in cui maggiormente si può incorrere in fonti di pericolo e rischi che possono pregiudicare beni o interessi giuridicamente rilevanti.

La rilevanza del contatto che si insatura, caratterizzato dagli obblighi di protezione (previsti dalla legge) gravanti su di un soggetto nei confronti dell'altro considerato bisognoso di tutela e su cui sorge un legittimo affidamento, fa sì che tra le parti coinvolte sorga un rapporto determinato e preesistente rispetto ad eventuali comportamenti inadempitivi, non assimilabile, dunque, al rapporto *ex art. 2043 c.c.*, che invece sorge esclusivamente in seguito alla violazione del generale precetto del *neminem laedere*, per cui prima dell'illecito alcun rapporto giuridico può dirsi sussistente tra le parti.

Una siffatta situazione è stata dalla più recente giurisprudenza, sulla scia di parte della dottrina, riconosciuta proprio con riguardo al rapporto che il privato instaura con la Pubblica Amministrazione nel corso del procedimento che precede la stipulazione di un contratto con quest'ultima.

A tal proposito nella sentenza in commento si evidenzia come la stessa giurisprudenza della Suprema Corte già afferma che, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 241 del 1990, e della conseguente nuova concezione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, la responsabilità della P.A. per la lesione degli interessi procedurali del privato si radica nella violazione dei canoni contrattuali di correttezza e di buona fede.²

A tal proposito in sentenza si dà atto della necessaria distinzione che va operata tra la lesione dovuta all'esercizio illegittimo o al mancato esercizio dell'attività amministrativa, che va ad incidere direttamente sul bene della vita al quale la suddetta posizione soggettiva del privato si correla, e dà luogo a responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, dal danno derivante dalla violazione delle regole procedurali dell'attività amministrativa medesima. La lesione di tali regole, assume, invero, un carattere del tutto autonomo rispetto al pregiudizio costituito dalla perdita sostanziale del bene della vita al quale il privato aspira.

Il procedimento amministrativo segna il passaggio fondamentale dell'istruttoria, alla quale il privato è chiamato a partecipare attivamente, e nel corso della quale la P.A. procedente deve bilanciare tutti gli interessi in gioco.

Entro tale fase l'agire della P.A., come accennato, deve essere informato ai canoni di correttezza e buona fede, che affondano le loro radici nei più generali principi fondamentali dell'imparzialità e del buon andamento *ex art. 97* della Costituzione.

La relazione che così viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento amministrativo è ricostruibile in termini di "contatto sociale

qualificato", qualificato cioè dai pregnanti obblighi di buona fede e correttezza idonei a far sorgere un legittimo affidamento in capo al privato.

Ne deriva, sostengono i giudici di legittimità, che il diritto al risarcimento dell'eventuale danno subito dal cittadino presenta, nella fattispecie in parola in cui il rapporto che lega privato e p.a. ancora non si fonda su di un contratto, una fisionomia *sui generis*, connotata da alcuni tratti propri della responsabilità precontrattuale; una responsabilità, questa, che ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, e non del generico dovere del *neminem laedere*.

Stante allora l'impossibilità di assimilare un tale rapporto a quello insito nelle fattispecie di illecito aquiliano, si afferma in sentenza, con convinzione, che l'unico regime giuridico invocabile è quello di cui all'art. 1218 c.c., che fa riferimento, come già spiegato, a tutte quelle ipotesi di responsabilità discendenti dal mancato adempimento di obbligazioni dallo specifico contenuto, anche se non di carattere contrattuale.

E tali paiono essere gli obblighi di buona fede, protezione ed informazione che contraddistinguono il contatto sociale che nella specie si instaura, in grado di integrare un fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art. 1173 c.c.*

Conclusioni

Sulla scorta degli argomenti esposti, la Suprema Corte in commento giunge al seguente principio di diritto: "nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione, il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, da effettuarsi con un provvedimento espresso adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge, la cui esistenza non può desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall'amministrazione, sicché, ai fini del perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale, pur se formalmente esistente, non è sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.); l'eventuale responsabilità dell'amministrazione, in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve essere, di conseguenza, configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.,

² Corte di Cassazione 10 gennaio 2003, n. 153.

con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione *ex art. 2946 c.c.*”.

Con tale *decisum* la giurisprudenza di legittimità segna un'importante inversione di tendenza rispetto all'orientamento tradizionale e prevalente in tema di responsabilità precontrattuale.

La pronuncia si pone nel solco già tracciato dalla recente giurisprudenza, che negli ultimi anni ha iniziato a fare applicazione della tesi del contatto sociale anche nell'ambito della responsabilità precontrattuale, in particolare a partire da Cass. 21 luglio 2011 n. 15992.

Tesi che ha originariamente conosciuto la sua fortuna con riguardo a quei rapporti cd. “contrattuali di fatto” intercorrenti tra medico (dipendente della struttura ospedaliera) e paziente³, per poi ampliare il suo ambito applicativo, con riguardo alla responsabilità della banca per il pagamento di un assegno circolare a soggetto non legittimato, al rapporto tra l'insegnante e l'alunno di una scuola pubblica che si sia provocato una lesione, e da ultimo, appunto, alla responsabilità della P.A. per inesatte informazioni fornite al cittadino.

L'ingresso della tesi del contatto sociale, e dunque della responsabilità contrattuale, anche nell'ambito dei rapporti tra privati e P.A, riconducibile alla più generale area delle trattative precontrattuali (di cui potrebbe definirsi *species*), dimostra allora una tendenza di massima, nel sistema, alla progressiva espansione del contratto in campi tradizionalmente sconosciuti dallo stesso.

Si parla al riguardo di “invadenza del contratto”, che sotto le spoglie del contatto sociale conduce all'applicazione della diversa disciplina sottesa all'art. 1218 c.c. regolante il versante patologico dei rapporti, laddove, di regola, trovava invece applicazione il regime *ex art. 2043 c.c.*, come visto indubbiamente più sfavorevole per il creditore.

Tale “invadenza” del contratto in nuovi settori trova del resto anche una recente ed importante conferma nella nota decisione resa a Sezioni Unite del 6 marzo 2015 n. 4628, con la quale si è riconosciuta meritevolezza giuridica, ai sensi dell'art. 1322 c.c., al cd. preliminare di preliminare, per cui debbono considerarsi vincolanti quelle “puntuazioni” su alcuni aspetti della futura contrattazione che sfocerà nella stipulazione del contratto preliminare. E la cui violazione, anche in tal caso, darà vita a responsabilità contrattuale da contatto sociale, laddove le singole “puntuazioni”, pur non avendo forza di un vero e proprio contratto, possono considerarsi come “atti idonei a produrre obbligazioni giuridiche in conformità all'ordinamento”, in base all'art. 1173 c.c.

Alla luce del recente quadro giurisprudenziale anzidetto, completato dalla sentenza in esame, può dunque ritenersi non più così netto il confine tra re-

sponsabilità contrattuale ed extracontrattuale, facendo transitare nell'ambito contrattuale, sempre con maggior disinvoltura, fattispecie che in precedenza erano ricondotte alla disciplina dell'art. 2043 c.c.

Non può, infine, non registrarsi come tale nuovo corso abbia portato ad una reinterpretazione dell'art. 1173 c.c., ampliando il concetto di “atti” e “fatti” fino al punto da ricomprendere principi di rango costituzionale che giustificano la qualificazione di alcuni contatti, e che inevitabilmente consegnano al giudice una maggiore libertà di azione nell'identificarli ed applicarli, circostanza che difficilmente non desterà nuove preoccupazioni.

³ Cass., sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, ha in particolare inaugurato la teoria dei rapporti contrattuali di fatto nei rapporti medico-paziente.

Sul diritto all'indennità per la perdita di avviamento in ipotesi di locali siti all'interno di centri commerciali.

Nota a Cassazione civ., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18748

abstract

The Supreme Court, in the presence of the requirements of Article 34 Law no. 392 of 1978, recognized the right to compensation for the loss of business goodwill even where the contract includes internal properties or complementary to malls.

keywords

Interior spaces in shopping centers – lease – starter allowance.

abstract

La Corte di Cassazione, in presenza dei presupposti di cui all'art. 34 legge n. 392 del 1978, ha riconosciuto il diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale anche nell'ipotesi in cui il contratto comprenda immobili interni o complementari a centri commerciali.

parole chiave

Locali interni a centri commerciali – locazione – indennità di avviamento.

Locazione ad uso diverso da quello abitativo – Locali interni a centri commerciali – Diritto all'indennità per perdita di avviamento – Riconoscimento

Anche in relazione ai contratti di locazione relativi ad immobili interni o complementari a centri commerciali deve essere riconosciuta l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale non ricorrendo l'ipotesi di avviamento c.d. "parassitario".

Cass. civ., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18748

Pres. Armano, Rel. Sestini

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

La K. s.p.a. intimò alla L. s.r.l. sfratto per finita locazione in relazione ad un immobile ad uso diverso collocato all'interno di un centro commerciale sito in B.. Il Tribunale di Ivrea accolse la domanda di cessa-

zione del contratto di locazione e ordinò il rilascio dei locali, respingendo le domande riconvenzionali proposte dalla intimata, ivi compresa quella concernente il pagamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento. In parziale riforma della sentenza, la Corte di Appello di Torino ha accolto la domanda relativa all'indennità di avviamento, condannando la K. al versamento di una somma corrispondente a diciotto mensilità del canone. Ricorre per cassazione la K., affidandosi a due motivi illustrati da memoria; resiste l'intimata a mezzo di controricorso.

Motivi della decisione

1. La Corte di Appello ha affermato che non è applicabile nella specie la disposizione di cui all'art. 35 l. n. 992/78, rilevando che "l'attività esercitata dall'appellante, pur essendo situata in un centro commerciale, comporta diretti contatti con il pubblico di utenti consumatori, che, recandosi nel centro commerciale, hanno accesso a tutte le attività ivi esercitate, la Lavanderia"; ha ivi compresa rilevato, inoltre, che "la Lavanderia l'ora aveva iniziato l'attività prima ancora dell'apertura del Centro Commerciale ed aveva una propria clientela, anche distinta da quella del Centro Commerciale, e, quindi, un proprio avviamento, indipendente da quello del Centro"; ha – infine – ritenuto nulla ed improduttiva di effetti (*ex art. 79 l. n. 392/78*) la clausola n. 23 del contratto di locazione, concernente la "rinuncia della conduttrice ad indennizzo per la perdita di avviamento commerciale".

2. Col primo motivo, la ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art. 35 l. n. 392/78, richiamando il precedente di legittimità costituito da Cass. n. 810/1997 e assumendo – in conformità ad esso – la "applicabilità analogica dell'esclusione dell'indennità di avviamento prevista nei caso di locazione di immobili ad uso diverso dall'abitativo che siano complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici, anche in caso di locazione di immobili inseriti in Centri Commerciali, in relazione all'art.

12 delle preleggi”. Evidenza che l’art. 35 ha inteso negare l’indennità nelle ipotesi in cui ricorra un “avviamento parassitario”, ossia laddove “la clientela non è un prodotto dell’attività del conduttore, ma è un riflesso della peculiare collocazione dell’immobile in un complesso più ampio i cui utenti garantiscono un flusso stabile di domanda” ed esclude che l’elencazione contenuta in tale articolo abbia carattere tassativo, assumendo che sia la lettera che la ratio della norma ne consentono l’applicazione analogica (tanto più che il legislatore del 1978 non avrebbe potuto prevedere espressamente l’ipotesi di immobili interni o complementari ai centri commerciali, trattandosi di strutture all’epoca non presenti nella realtà socio-economica del Paese). Rileva, inoltre, la ricorrente che la natura complementare dell’immobile condotto dalla L. era risultata pienamente accertata e che la stessa clausola n. 23 del contratto – benché improduttiva degli effetti della rinuncia conteneva un ampio riconoscimento della complementarietà dell’attività della L. e del fatto che la conduttrice avrebbe goduto dell’avviamento proprio del centro commerciale. Conclude pertanto per l’applicazione analogica della disposizione dell’art. 35 l. n. 392/78 e per la consequenziale esclusione dell’indennità in favore della L.

2.1. Col secondo motivo – che deduce anch’esso la violazione e falsa applicazione dell’art. 35 l. n. 392/78 – la K. censura la sentenza per non aver considerato che nelle locazioni di immobili interni ad un centro commerciale difetta la stessa possibilità di contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, giacché “il negozio è soltanto un reparto di vendita, privo di sostanziale autonomia”; rilevato che “il singolo negoziante non ha la possibilità di aprire il negozio al pubblico e di entrare in contatto con la potenziale clientela” (in quanto l’apertura e l’afflusso dei clienti sono regolati direttamente dal Centro), la ricorrente evidenzia come “non si possa rinvenire un contatto diretto con il pubblico in tutti i casi in cui al negoziante sia integralmente preclusa la possibilità di avere un’autonoma interazione con esso”.

3. Il precedente di legittimità richiamato dalla ricorrente, costituito da Casa. n. 810/1997, ha affermato che “in caso di cessazione della locazione di un bene su un immobile complementare nella specie spazio scoperto, adibito a stazionamento di un camion per la vendita di panini e bevande, situato su un’area di parcheggio per i clienti di un esercizio commerciale – non spetta al conduttore l’indennità prevista dall’art. 34 della legge 27 luglio 1978 n. 392 perché da un lato egli ha sfruttato la clientela altrui (cosiddetto avviamento parassitario); dall’altro la fattispecie rientra nell’art. 35 ultima parte della stessa legge essendo le esemplificazioni ivi indicate (immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali) suscettivi di interpretazione analogica”. Tale sentenza si snoda attraverso

questi passaggi: – la ratio sottesa all’art. 34 l. n. 392/78 è quella di “ripristinare l’equilibrio economico e sociale turbato” per effetto della cessazione della locazione e “la prevista indennità si giustifica nei confronti del conduttore quale compenso per la perdita dell’avviamento che egli, con la sua operosità, ha creato nei locali”; – del tutto coerentemente – come evidenziato anche da Corte Cost. n. 264/1992 – l’art. 35 prevede un’esclusione “giustificata dal fatto che l’avviamento non è frutto della attività del conduttore, perché il locale, per la sua posizione, gode dell’avviamento di altri locali ai quali esso è complementare o partecipante”; – “non esiste tra l’art. 34 ed il successivo art. 35 ... un rapporto norma “generale” (la prima) norma “speciale”, che faccia eccezione alla precedente (la seconda), ai sensi dell’art. 14 preleggi” e deve pertanto “escludersi che l’elencazione contenuta nell’art. 35 sia tassativa”; – sia la lettera (formulata “in termini chiaramente descrittivi e senza alcuna pretesa di dettare una disciplina inderogabile”) che la ratio della norma (volta ad escludere l’indennità in caso di avviamento parassitario) consentono di ritenere possibile l’applicazione analogica, essendo “irrazionale ritenere che detto avviamento parassitario sussista – per volontà di legge unicamente ed esclusivamente “in caso di immobili interni a stazioni ferroviarie, porti aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici” e non anche in altre ipotesi in cui l’immobile sia “interno” ad altra struttura simile”.

4. Esaminando congiuntamente i due motivi, ritiene il Collegio che, a prescindere da ogni considerazione di natura generale sulla tassatività o derogabilità della elencazione contenuta nell’ultima parte dell’art. 35 l. n. 392/78, ricorrano nel caso di specie le condizioni per il riconoscimento dell’indennità.

4.1. Premesso che il bene tutelato dalle disposizioni degli artt. 34 e 35 l. cit. è costituito dall’avviamento creato dal conduttore a mezzo dello svolgimento della propria attività nell’immobile locatogli, l’indennità è volta a ripristinare l’equilibrio economico e sociale normalmente turbato per effetto della cessazione della locazione, così da compensare il conduttore della utilità perduta e da evitare che il locatore si avvantaggi dell’incremento di valore acquisito dall’immobile per effetto dell’attività svolta dal conduttore (cfr. Corte Cost. n. 264/1992); con tale strumento, che svolge un’evidente “funzione calmieratrice del mercato locatizio” (Cass. n. 14461/2005), il legislatore ha inteso tutelare la “conservazione, anche nel pubblico interesse, delle imprese il cui avviamento sia strettamente collegato all’ubicazione dell’immobile”, e ciò sia disincentivando le richieste di cessazione della locazione da parte del locatore, sia facilitando, grazie alla corresponsione dell’indennità, la ripresa in altra sede dell’attività, nel caso in cui si addivenga al rilascio (cfr. Corte Cost. n. 3007/1983).

4.2. Queste essendo le finalità dell’istituto, il legi-

slatore – pur senza richiedere, caso per caso, la dimostrazione che alla cessazione della locazione sia conseguito un concreto pregiudizio (cfr. *ex multis*, Cass. n. 14461/2005) – ha inteso collegare l'indennità alla sussistenza di un effettivo avviamento che possa, almeno astrattamente e secondo l'*id quod plerumque accidit*, subire pregiudizio a seguito della cessazione della locazione e del trasferimento del conduttore. Su questa premessa, ha pertanto escluso che l'indennità sia dovuta in caso di "attività che non comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori", nonché in relazione "all'esercizio di attività professionali" e di "attività di carattere transitorio" e, altresì, per i rapporti di locazione relativi "agli immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici". Tutte le ipotesi considerate si connotano per il fatto che non sia neppure astrattamente ipotizzabile un pregiudizio all'avviamento in conseguenza della cessazione della locazione. E infatti: – il pregiudizio non ricorre evidentemente nel caso in cui difetti, in radice, quel contatto diretto col pubblico degli utenti e dei consumatori che costituisce elemento indefettibile di ogni avviamento; – neppure è ipotizzabile alcun pregiudizio laddove l'avviamento esista o possa esistere (come nel caso delle attività professionali e delle attività di carattere transitorio), ma non sia configurabile un turbamento dell'attività a seguito della cessazione della locazione (nel caso del rapporto professionale che, essendo caratterizzato da uno spiccato *intuitus personae*, non risente, di norma, del trasferimento della sede del professionista) oppure non si ponga la necessità di tutelare la conservazione dell'impresa in un determinato immobile (nel caso di attività che nascono come transitorie); – quanto all'ultima categoria, il legislatore ha evidentemente escluso a priori che l'afflusso degli utenti e consumatori in una delle strutture elencate (stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, arze di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici) possa generare un avviamento "proprio" degli immobili ad esse "complementari o interni", ossia dipendente dalla capacità attrattiva dell'attività in essi svolta e dalla operosità del conduttore; e ciò in base della condivisibile considerazione che l'accesso ad uno dei locali complementari o interni avviene – di norma – per puro caso e per il fatto che l'utente si trovi a transitare o ad alloggiare nella struttura principale (si pensi al bar di un aeroporto o di un'area di servizio o al negozio interno ad un albergo o ad un villaggio turistico), alla quale è dunque riferibile, in modo esclusivo, la capacità di richiamo della clientela; in tali situazioni, qualunque avviamento relativo all'immobile complementare o interno sarebbe dunque meramente parassitario – in quanto costituente "un riflesso della peculiare collocazione dell'immobile in un complesso più ampio i cui utenti garantiscono di per sé un flusso stabile di domanda" (Corte Cost. n. 264/1992 – e non

idoneo a giustificare il riconoscimento dell'indennità.

4.3. Ciò premesso e considerato che l'art. 35 l. n. 392/78 non contempla l'ipotesi del negozio interno o complementare ad un centro commerciale, ritiene il Collegio che la valutazione circa la spettanza o meno dell'indennità debba compiersi non per effetto dell'applicazione analogica della norma (cui osta, *ex art.* 14 preleggi, la "natura di norma derogatoria della regola generale" ad essa riconosciuta da Corte Cost. cit.), quanto piuttosto sulla base di un accertamento che, alla luce della evidenziata ratio degli artt. 34 e 35, verifichi se il locale complementare o interno al Centro sia idoneo a produrre un avviamento "proprio", quale effetto diretto dell'attività in essa svolta dal conduttore. Va considerato, al riguardo, che: – tenuto conto delle dimensioni molto ampie e della proposta commerciale estremamente diversificata (anche maggiore di quella offerta da una qualunque strada deputata agli acquisti nei centri cittadini), i centri commerciali assumono una funzione attrattiva di clientela che costituisce – a ben vedere – il risultato del richiamo operato dalle singole attività che vi hanno sede, in una sorta di sinergia reciproca; – in una situazione siffatta, non è – di norma possibile distinguere un avviamento "proprio" del centro che non sia anche "proprio" di ciascuna attività in esso svolta (sempreché – ovviamente – la stessa comporti contatti col pubblico degli utenti e dei consumatori e non abbia natura professionale o carattere transitorio), dal che consegue che anche in relazione ai contratti di locazione relativi ad immobili interni o complementari a centri commerciali deve essere riconosciuta l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale laddove ricorrano le condizioni di cui all'art. 34 l. n. 392/78; – né può valere ad escludere l'avviamento dei singoli negozi interni o complementari la circostanza che le modalità di afflusso della clientela siano regolate dal Centro (quanto all'individuazione dei giorni e dell'orario di apertura o quanto alla gestione delle operazioni materiali di apertura dei cancelli e di controllo degli accessi) giacché ciò che rileva è la capacità di attrazione della clientela, che dipende – come per ogni "zona commerciale" – dal complesso delle attività che vi sono insediate; – con specifico riferimento all'attività di lavanderia (esercitata – nel Caso – dalla controricorrente), non pare possibile ipotizzare un contatto puramente casuale con la clientela del Centro, se solo si considera che il cliente vi si rivolge appositamente, portando con sé gli indumenti o quant'altro intenda far lavare; la lavanderia ha dunque una clientela propria, ancorché condivisa con altri esercizi del Centro, che la sceglie e che continua a sceglierla se, per effetto dell'attività prestata, si sia creato quel rapporto di fiducia e di gradimento commerciale che induce il cliente a continuare ad utilizzarla e che integra, per l'appunto, l'avviamento.

5. Il ricorso va pertanto rigettato.

6. In considerazione della novità della soluzione

adottata rispetto al precedente di legittimità Invocato dalla ricorrente, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

7. Trattandosi di ricorso proposto successivamente al 30.1.2013, ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'art. 13, comma 1 quater del d.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

(*Omissis*)

*** *Nota a sentenza (in breve)*

sommario

Premessa. – **1.** Indennità per perdita di avviamento: natura e funzione. – **2.** Presupposti ed onere probatorio. – **3.** art. 35 legge n. 392 del 1978 (esclusioni). – **4.** L'avviamento c.d. "parassitario" ed il precedente giurisprudenziale (Cass. civ. n. 810/1997). – **5.** La decisione della Corte di Cassazione.

Premessa

Con l'annotata sentenza la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di applicare per analogia la disciplina di cui all'art. 35 legge n. 392 del 1978 anche alle ipotesi di locali interni o complementari a centri commerciali. Parte ricorrente, a fondamento della propria pretesa, deduceva che nelle locazioni di immobili interni ad un centro commerciale, è proprio la possibilità di contatto diretto da parte di utenti e consumatori a venir meno, giacché "il negozio è soltanto un reparto di vendita, privo di sostanziale autonomia". Il ricorrente continuava rilevando che "il singolo negoziante non ha la possibilità di aprire il negozio al pubblico e di entrare in contatto con la potenziale clientela" poiché l'apertura e l'afflusso dei clienti sono regolati direttamente dal Centro. In definitiva, siccome la conduttrice avrebbe goduto dell'avviamento proprio del centro commerciale, concludeva per l'applicazione analogica della disposizione dell'art. 35 l. n. 392/78 e per la conseguenziale esclusione dell'indennità per perdita di avviamento.

1. Indennità per perdita di avviamento: natura e funzione

L'avviamento commerciale può essere definito come "la capacità dell'impresa di produrre utili" che può dipendere da diversi fattori tra i quali, in concreto, rileva anche la stabilità della clientela che l'impresa ha acquisito grazie ad una particolare ubicazione sul territorio. Se improvvisamente l'impresa non può più disporre dei locali in cui si svolge l'attività commerciale, il venir meno dell'identificazione tra l'attività stessa e il suo luogo fisico può comportare diversi svantaggi in termini di utili, quali, in primis, la perdita della clientela. Al fine di tutelare la posizione del conduttore in

tali casi, la legge n. 392/1978 (c.d. sull'equo canone) ha previsto un rimedio di natura indennitaria.

L'art. 34 della L. n. 392/1978 prevede difatti che, in caso di cessazione del rapporto di locazione commerciale che non sia causata da risoluzione per inadempimento oppure disdetta, recesso o fallimento del conduttore (o suo assoggettamento ad altre procedure concorsuali), quest'ultimo ha diritto ad una indennità pari a 18 mensilità dell'ultimo canone corrisposto, mentre per le attività alberghiere l'indennità è pari a 21 mensilità. Il conduttore, peraltro, ha diritto ad una ulteriore indennità pari all'importo di quelle sopra indicate qualora l'immobile venga adibito all'esercizio della stessa attività o di attività incluse nella medesima tabella merceologica che siano affini a quella già esercitata dal conduttore uscente ed ove il nuovo esercizio venga iniziato entro un anno dalla cessazione del precedente.

L'indennità di cui all'art. 34 sopra richiamato è tesa a compensare il conduttore della utilità perduta con la cessazione del rapporto di locazione dovuta alla volontà del locatore. In tal modo il Legislatore ha voluto tutelare la conservazione (anche nel pubblico interesse) delle imprese il cui avviamento sia strettamente collegato all'ubicazione dell'immobile locato. Le finalità dell'indennità, in definitiva, sono due: risarcire il conduttore ristabilendo l'equilibrio economico alterato a seguito della cessazione della locazione e riconoscendogli un compenso per la perdita dell'avviamento che egli ha creato con la propria opera; evitare che il locatore possa realizzare un arricchimento senza causa per effetto dell'incremento di valore dell'immobile dovuto proprio all'attività del conduttore¹.

2. Presupposti ed onere probatorio

Ai sensi degli artt. 34 e 35 della l. n. 394/1978, presupposti di base per far sorgere il diritto all'indennità per la perdita di avviamento sono: 1) la sussistenza di una locazione commerciale; 2) la destinazione dell'immobile locato ad attività (industriali, commerciali, artigianali di interesse turistico) che comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori.

In relazione a tale secondo presupposto la giurisprudenza è oramai concorde nel ritenere necessario che l'immobile locato sia effettivamente destinato ad attività che comportino il contatto con pubblico e che, quindi, sia aperto alla frequentazione diretta ed indifferenziata dei clienti, che abbiano necessità interesse ad entrare in contatto con l'impresa². A tal fine grava sul conduttore l'onere di fornire con qualsiasi mezzo la prova della relativa situazione di fatto, sempre che siffatta frequentazione non risulti implicitamente in virtù del notorio o dalla destinazione dell'immobile ad attività che necessariamente la implichi. In tale sec-

¹ Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 2009, n. 22810.

² Cass. civ., sez. III, 24 luglio 2012, n. 12884.

ondo caso, infatti, graverà sul locatore che eccepisce la diversa destinazione effettiva, l'onere di provare il fatto impeditivo della pretesa del conduttore ai sensi dell'art. 2697, comma 2 c.c.³.

Quanto poi all'onere probatorio in relazione all'esistenza di un "danno da compensare", è pacifico secondo la giurisprudenza che il diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale consegue automaticamente e in misura prestabilita alla cessazione del contratto di locazione di immobile adibito a uso diverso da quello di abitazione, senza che sia necessaria la sussistenza in concreto dell'avviamento e della sua perdita⁴ e senza che rilevi la circostanza che il conduttore, successivamente alla disdetta del contratto, abbia cessato di svolgere ogni attività nell'immobile locato prima della cessazione del rapporto⁵. Pertanto, è stato escluso che il locatore possa subordinarne il pagamento alla dimostrazione della prova del concreto avviamento⁶, ovvero possa eccepire la sussistenza dell'avviamento ma in misura inferiore a quella risultante dall'applicazione dei criteri di calcolo previsti dalla legge⁷.

3. art. 35 legge n. 392 del 1978 (esclusioni)

L'art. 35 della L. 392/1978 recita «Le disposizioni di cui all'articolo precedente non si applicano in caso di cessazione di rapporti di locazione relativi ad immobili utilizzati per lo svolgimento di attività che non comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori nonché destinati all'esercizio di attività professionali, ad attività di carattere transitorio, ed agli immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici». Il Legislatore del 1978 ha voluto espressamente escludere il riconoscimento dell'indennità di avviamento quando cessano rapporti di locazione relativi a immobili utilizzati per lo svolgimento di attività professionali, per quelle di carattere transitorio ed infine per quelle attività che non hanno una clientela propria, ma godono di un avviamento per così dire "parassitario", essendo frequentati esclusivamente dalla clientela dell'impresa o della struttura organizzativa nella quale sono ospitati o alla quale accedono.

Tale disposizione, tuttavia, ha creato diversi problemi interpretativi cui ha dovuto far fronte di volta in volta la giurisprudenza. In particolare non è stato sempre agevole individuare la linea di confine tra le attività commerciali (alle quali spetta l'indennità) e le attività professionali (alle quali non spetta l'indennità). Peraltro la stessa Corte di Cassazione, alimentando l'incer-

tezza sulla portata della norma, ha sostenuto che anche il professionista intellettuale assume la qualità di imprenditore commerciale quando esercita la professione nell'ambito di un'attività organizzata in forma d'impresa svolgendo una distinta e assorbente attività che si contraddistingue da quella professionale per il diverso ruolo che riveste il sostrato. Tale esercizio in forma di impresa è stato configurato ad esempio nel caso del laboratorio di analisi cliniche, che si connota solitamente come struttura organizzativa di dimensioni più o meno rilevanti e dove il professionista titolare si avvale stabilmente di una pluralità di collaboratori e di dotazioni tecniche, sicché l'attività professionale rappresenta una componente non predominante, per quanto indispensabile, del processo operativo⁸. Del pari la giurisprudenza ha ritenuto che anche l'attività di estetista, come disciplinata dalla legge 4 gennaio 1990 n. 1, non abbia carattere professionale e non preclude pertanto il sorgere del diritto alla suddetta indennità, ma ha natura di attività imprenditoriale artigiana senza che in contrario assuma rilievo la necessaria preparazione teorico pratica di chi eserciti tale attività⁹.

4. L'avviamento c.d. "parassitario" ed il precedente giurisprudenziale (Cass. civ. n. 810/1997)

Oltre a quanto sopra esposto, ulteriori problemi applicativi ha causato l'ultima parte dell'art. 35 secondo cui l'indennità non è dovuta, tra gli altri, nel caso che si tratti di immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi o villaggi turistici. Come già anticipato, detta esclusione è giustificata dal fatto che l'avviamento non è frutto della attività del conduttore in quanto il locale, per la sua posizione, gode dell'avviamento di altri locali ai quali esso è complementare o partecipante. Per tali ragioni si ritiene che tali locali non hanno una clientela propria, ma godono di un avviamento parassitario ovvero sono frequentati dalla clientela della struttura organizzativa nella quale sono ospitati o rispetto alla quale sono accessori. In particolare, come ha avuto modo di precisare la Corte Costituzionale, la clientela di dette attività «non è un prodotto dell'attività del conduttore ma è un riflesso della peculiare collocazione dell'immobile in un complesso più ampio i cui utenti garantiscono di per sé un flusso stabile di domanda»¹⁰.

Tuttavia l'elenco di cui all'art. 35 ha margini angusti restando escluse, ad esempio, i locali interni a cliniche e case di cura. Già in passato, pertanto, dottrina e giurisprudenza si è scontrata sulla possibilità o meno di applicare per analogia, i limiti di cui al suddetto articolo, anche in relazioni a locali interni o complementari a strutture non ricomprese nel

³ Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2010, n. 12278; Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2016, n. 13012.

⁴ Cass. civ., sez. III, 09 giugno 2014, n. 12895.

⁵ Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2000, n. 12279; Cass. civ., sez. III, 23 settembre 2015, n. 18812.

⁶ Cass. civ., sez. III, 14 aprile 1986, n. 2616.

⁷ Cass. civ., sez. III, 26 aprile 1985, n. 2734.

⁸ Cass. civ., sez. III, 22 dicembre 2011, n. 28312.

⁹ Cass. civ., sez. III, 19 marzo 1997, n. 2421.

¹⁰ Corte cost., 10 giugno 1992, n. 264.

suddetto elenco. La questione, in particolare, fu affrontata dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 27 gennaio 1997, n. 810, con la quale gli Ermellini, affrontando un caso di locali adiacenti ed accessori ad un centro commerciale, hanno concluso per l'applicabilità per analogia dell'art. 35 L. 392/78 anche a tali ipotesi, così motivando «In altri termini, deve escludersi che l'elencazione contenuta nell'art. 35 – circa le ipotesi in cui è inapplicabile, alla cessazione del rapporto di locazione, il precedente art. 34 – sia tassativa. *Ex art. 12 delle preleggi*, confermano una tale conclusione sia la lettera della legge, sia la sua ratio. Quanto al primo profilo non può tacersi che la norma in esame («le disposizioni di cui all'articolo precedente non si applicano in caso di..., nonché destinati all'esercizio di attività... ed agli immobili destinati...») è formulata in termini chiaramente descrittivi. Contemporaneamente – come osservato sopra – l'ultima parte della norma, ove esclude sussista il diritto all'indennità in questione per gli «immobili complementari o interni» ad altri, è dettata dal rilievo che in tali ipotesi i conduttori non hanno una clientela propria, ma godono di un avviamento parassitario, essendo frequentati dalla clientela della struttura organizzativa nella quale sono ospitati o rispetto alla quale sono accessori. Pacifico quanto sopra, è irrazionale ritenere che detto avviamento parassitario sussista – per volontà di legge – unicamente ed esclusivamente «in caso di immobili interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici» e non anche in altre ipotesi in cui l'immobile – come nella specie – sia «interno» ad altra struttura simile». La richiamata pronuncia, dunque, escludeva che in relazione a locali adiacenti o interni a centri commerciali spettasse al conduttore l'indennità di avviamento.

5. La decisione della Corte di Cassazione

La sentenza della Suprema Corte n. 810/1997 è indicata proprio dal ricorrente, locatore di un immobile sito in un centro commerciale, come precedente a sostegno della propria domanda tesa ad ottenere la cassazione della sentenza della Corte d'Appello la quale aveva riconosciuto il diritto del conduttore del predetto immobile, ad ottenere l'indennizzo di cui all'art. 34 l. n. 392/1978 a seguito della procedura per convalida di sfratto.

Tuttavia, con l'annotata sentenza n. 18748 del 23 settembre 2016, la terza sezione civile della Corte di Cassazione ha ribaltato il suo precedente orientamento modificandone le fondamenta del ragionamento. Difatti secondo i giudici di legittimità, al fine di riconoscere l'indennità per perdita di avviamento commerciale per la locazione di immobili interni ad un centro commerciale, la questione da risolvere non attiene alla possibilità di applicare per analogia l'art. 35 L. 392/78, ma piuttosto occorre verificare in concreto

se in tali ipotesi ci si trovi in presenza di un avviamento parassitario o meno.

Diversamente detto, fermo restando che i centri commerciali sono esclusi dall'elenco di cui all'art. 35, ciò che rileva in concreto è se un'attività all'interno di tali strutture possa avere una clientela propria, con la conseguente possibilità di produrre un avviamento proprio e meritevole di tutela; ovvero se si avvalga esclusivamente della clientela «propria» del centro, nel qual caso ci troveremmo di fronte ad un'ipotesi di avviamento parassitario.

Ebbene la Corte di Cassazione, premesso che in realtà la funzione attrattiva di un centro commerciale altro non è se non la somma del richiamo operato dalle singole attività che in esso hanno sede, ritenuto pertanto che non è di norma possibile distinguere un avviamento «proprio» del centro che non sia anche «proprio» di ciascuna attività in esso svolta, ha enunciato il principio di diritto per cui «anche in relazione ai contratti di locazione relativi ad immobili interni o complementari a centri commerciali deve essere riconosciuta l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale laddove ricorrano le condizioni di cui all'art. 34 l. n. 392/78».

Rassegna di legittimità

Arbitrato – Art. 827, comma 3, c.p.c. – Lodo non definitivo – Impugnabilità immediata, o meno – Rispettiva individuazione

Le Sezioni Unite, interpretando l'art. 827, comma 3, c.p.c., hanno ritenuto immediatamente impugnabile, perché parzialmente decisorio del merito della controversia, il lodo recante una condanna generica, ex art. 278 c.p.c., o che decida una o alcune domande proposte senza definire l'intero giudizio, ma non quello che decida questioni pregiudiziali (nella specie la validità della convenzione arbitrale) o preliminari.

Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23463, Pres. Rordorf, Est. Nappi

Concorrenza – Concorrenza sleale – Per denigrazione – Divulgazione di informazioni arrecanti discredito ad azienda concorrente – Legittimo esercizio del diritto di critica – Idoneità ad escludere l'illecito – Condizioni

La diffusione di informazioni che arrecano discredito e pregiudizio all'azienda dell'impresa concorrente rientra nel legittimo esercizio del diritto di critica e non costituisce atto di concorrenza sleale per denigrazione allorché tali informazioni siano veritiere e non costituiscano l'occasione per formulare vere e proprie offese ed invettive nei confronti del concorrente.

Cass. civ., sez. I, 31 ottobre 2016, n. 22042, Pres. Ragonesi, Est. Lamorgese

Donne legate da un rapporto di coppia – Procedura di maternità assistita – Gravidanza a seguito di donazione di ovocita dalla propria partner – Assimilabilità alla fecondazione eterologa – Ragioni e distinzioni

La procedura di maternità assistita tra due donne legate da un rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima e conduzione a termine della gravidanza da parte della seconda con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, integra un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne.

Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, Pres. Di Palma, Est. Lamorgese

Impiego pubblico – Personale scolastico – Reiterazione di contratti a termine su cd. organico di diritto o di fatto – Illegittimità – Presupposti

Nel settore scolastico è illegittima la reiterazione di contratti a termine su posti di organico di diritto ex art. 4, commi 1 e 11, della l. n. 124 del 1999, stipulati dal 10 luglio 2001 sino all'entrata in vigore della l. n. 107 del 2015, per una durata complessiva, anche non continuativa, superiore a trentasei mesi, senza che rilevino, a tal fine, le supplenze annuali su cd. organico di fatto o temporanee, per le quali, in sé, non è configurabile un abuso, salvo che non ne sia allegato e provato un uso improprio e distorto.

Cass. civile, sez. IV, 7 novembre 2016, n. 22552, Pres. Macioce, Est. Torrice

Locazione – Ad uso diverso da quello abitativo – Immobili interni o complementari a centri commerciali – Indennità da perdita di avviamento – Spettanza

In materia di locazione ad uso diverso da quello abitativo, anche quando il contratto abbia ad oggetto immobili interni o complementari a centri commerciali deve essere riconosciuta l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, allorché ricorrano i presupposti ex art. 34 della legge n. 392 del 1978.

Cass. civ., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18748, Pres. Armano, Est. Sestini

Minori – Tribunale dei minorenni – Provvedimenti in materia di figli minori – Affidamento etero familiare – Reclamo – Ricorso straordinario per Cassazione – Ammissibilità

La prima sezione civile – mutando consapevolmente orientamento – ha ritenuto ricorribile per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. il provvedimento emesso dalla corte d'appello in sede di reclamo, confermativo del decreto del

tribunale che ha disposto l'affidamento etero familiare dei figli minori di una coppia di genitori, già dichiarati decaduti dalla potestà genitoriale.

Cass. civ., sez. un., 21 novembre 2016, n. 23633, Pres. Di Palma, Est. Cristiano

Obbligazioni – Credito “sub judge” – Opposizione in compensazione legale o giudiziale – Possibilità – Esclusione

Le Sezioni Unite, pronunciando ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c., hanno affermato che se è controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale, o in altro già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione, il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale, né giudiziale.

Cass. civ. sez. un., 15 novembre 2016, n. 232256, Pres. Canzio, Est. Chiarini

Previdenza – Riscossione tramite ruolo o riscossione coattiva di crediti – Mancata opposizione o impugnazione del relativo atto – Conseguenze – Conversione di termine prescrizionale breve in ordinario decennale – Esclusione

Le Sezioni Unite hanno ritenuto di applicazione generale il principio secondo cui la scadenza del termine perentorio stabilito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo, o comunque di riscossione coattiva di un credito, produce l'irretrattabilità del credito stesso, ma non anche la conversione del suo termine prescrizionale breve, se previsto, in quello ordinario decennale, operante, invece, ex art. 2953 c.c., solo ove intervenga un titolo giudiziale definitivo.

Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2016, n. 23397, Pres. Rordorf, Est. Tria

Procedimenti cautelari – Testata giornalistica pubblicata “on line” – Tutela cautelare preventiva di natura sostanzialmente inibitoria – Inammissibilità – Ragioni

Le Sezioni Unite, pronunciando ex art. 363, comma 1, c.p.c., hanno escluso l'ammissibilità della cautela preventiva, sostanzialmente inibitoria, contro i contenuti asseritamente diffamatori di una testata giornalistica pubblicata “on line” ed avente le medesime caratteristiche della stampa cartacea, ritenendo ad essa applicabile la garanzia di cui all'art. 21, comma 3, Cost., e salva la concorrente tutela per la protezione dei dati personali.

Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469, Pres. Rordorf, Est. De Stefano

Procedimento civile – Azione proposta individualmente dal singolo consumatore – Associazioni dei consumatori – Intervento – Ammissibilità – Fattispecie regolata dalla l. n. 281 del 1998

Le Sezioni Unite, risolvendo la corrispondente questione di massima di particolare importanza, hanno ritenuto che se, giusta l'art. 3 della l. n. 281 del 1998, le associazioni iscritte possono agire per la tutela collettiva degli stessi diritti (dichiarati fondamentali) riconosciuti ai consumatori, a maggior ragione possono intervenire nel giudizio promosso dal singolo consumatore.

Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2016, n. 23304, Pres. Canzio, Est. Didone

Responsabilità del notaio – Richiesta d'iscrizione di delibera societaria invalida – Rilevanza disciplinare – Condizioni

Il notaio che chieda l'iscrizione nel registro delle imprese di una delibera societaria invalida incorre in responsabilità disciplinare ex art. 138-bis della legge notarile anche se il vizio della delibera non ne determini nullità, bensì annullabilità, purché manifesta.

Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2016, n. 14766, Pres. Bucciante, Est. Giusti

Rassegna di merito

Contratti quadro irs: validi anche se manca la sottoscrizione della banca

In materia di validità, efficacia ed utilizzabilità di un contratto-quadro del quale risulti allegato in atti un esemplare sottoscritto dal solo cliente, l'espressione testuale dell'art. 23 T.U.F., laddove prescrive che i contratti vanno redatti per iscritto e consegnati al cliente, mostra di valorizzare la necessità dell'atto scritto come dettata da esigenze di trasparenza e conoscibilità da parte del cliente stesso e, non, piuttosto, come volta ad assolvere alle funzioni codicistiche di certezza e pubblicità cui è riferita la prescritta forma ad substantiam di cui all'art. 1350 c.c.

La produzione in giudizio da parte della Banca del contratto sottoscritto dal solo cliente, rendendo manifesta l'intenzione dell'Istituto di credito di avvalersi del documento, assume, dunque, valore equipollente alla sua sottoscrizione.

Trib. Parma, 20 giugno 2016, Pres. Mari, Rel. Sinisi

Fallimento: il giudice territorialmente competente è quello del luogo ove è ubicato il centro decisionale ed amministrativo della società

Il Giudice territorialmente competente va individuato in riferimento al luogo ove è ubicato il centro decisionale ed amministrativo della società, non rilevando a tal fine il trasferimento della sede legale di questa nell'anno anteriore al deposito del ricorso ex art. 161, c. 6 l. fall.

Trib. Pisa, 20 luglio 2016, Pres. Laganà, Rel. Zucconi

Leasing: il piano di ammortamento "alla francese" non implica anatocismo

Gli interessi determinati dall'applicazione del tasso di mora sulla quota interessi costituiscono una percentuale degli interessi corrispettivi inclusi in ciascuna rata e, invero, sommando gli interessi corrispettivi a quelli di mora si ottiene un monte interessi diverso ed inferiore a quello determinabile in base alla somma dei tassi percentuali. E' dunque tecnicamente errato sostenere che dall'applicazione del tasso di mora alla quota di interessi deriverebbe un cumulo tra i due tassi.

L'adozione di un piano di ammortamento c.d. alla francese non implica automaticamente anatocismo, in quanto il calcolo degli interessi di regola è effettuato sul capitale residuo, ovvero sul capitale che rimane da restituire al finanziatore. A partire dalla quota di interessi riferita alla singola rata, si determina infatti per differenza la quota capitale, la cui restituzione viene portata a riduzione del debito. In tal modo l'interesse non è produttivo di altro interesse, ovvero non viene accumulato al capitale, ma viene anzi da questo separato.

Trib. Brescia, 14 settembre 2016, Giud. S. Franchioni

Licenziamento: inefficace per mancanza della forma scritta imposta "ad substantiam" dalla legge

Il licenziamento inefficace comporta la condanna del datore di lavoro alla reintegra del lavoratore ed al pagamento di una indennità, a titolo di risarcimento del danno, quantificata nelle mensilità maturate dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegra, commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Trib. Napoli, 06 ottobre 2016, Giud. U. Lauro

Mediazione: se la conciliazione riguarda solo alcune delle domande proposte, le altre sono improcedibili

Qualora dall'istanza di mediazione emerga che il procedimento conciliativo ha riguardato solo alcuni dei diversi titoli azionati in causa, va dichiarata l'improcedibilità delle altre domande, per mancato espletamento della procedura di mediazione demandata a nulla rilevando che la controparte nulla abbia eccepito al riguardo né in fase di mediazione né nel corso del presente giudizio.

L'art. 5, comma 2, d. lgs. n. 28/2010 non individua un termine ultimo per il rilievo officioso del difetto della condizione di procedibilità in caso di mediazione demandata.

Trib. Verona, 07 luglio 2016, Giud. M. Vaccari

Mediazione obbligatoria: la parte può delegare il proprio difensore a partecipare alla procedura

In materia di mediazione obbligatoria, nessuna norma del d. lgs. 28/2010 prescrive la presenza obbligatoria della parte personalmente alla procedura.

Al contempo nessuna disposizione vieta alla parte di delegare alla partecipazione alla procedura il proprio difensore, cosicché il fondamento normativo della possibilità di attribuire ad esso una procura a conciliare ben può essere rinvenuto nel disposto dell'art. 83 c.p.c.

Trib. Verona, 28 settembre 2016, Giud. M. Vaccari

Mutuo ipotecario: immobile sovrastimato, condannato al risarcimento danno il perito infedele della banca

Incorre in responsabilità ed è tenuto al risarcimento dei danni patiti dalla banca il professionista, incaricato per la stima di un bene immobile finalizzata all'erogazione di un contratto di mutuo, che non adempia diligentemente all'incarico dalla stessa conferito, ove emergano macroscopiche anomalie, quali la palese incongruenza nella misurazione del cespite, l'omesso riscontro delle evidenti divergenze tra stato di fatto e situazione catastale dell'immobile, ed ancora il mancato riferimento all'assenza, in concreto, dei requisiti minimi per un utilizzo a fini abitativi.

In caso di sovrastima di un bene immobile da parte del perito incaricato dalla banca, il professionista infedele va condannato al risarcimento, atteso che cagiona un danno alla banca consistente nell'aver erogato finanziamenti che non sarebbero mai stati accordati e rispetto ai quali ogni possibile recupero coattivo del credito appaia gravemente pregiudicato.

Trib. Napoli, 21 ottobre 2016, Giud. M. Sacchi

Ordine di esibizione: vige limite decennale nel rapporto contrattuale tra banca e cliente

Nei rapporti banca-cliente, il diritto del correntista di richiedere, ai sensi del d.lgs n. 385 del 1993, copia della documentazione relativa al rapporto contrattuale intrattenuto è sottoposto al limite della decennialità rispetto all'operazione conclusa e della quale è richiesta la documentazione.

Inoltre, esiste una norma specifica in materia, ossia l'art. 119 comma 4 T.u.b., la quale rappresenta una lex specialis rispetto alla lex generalis antecedente costituita dall'art. 1713 c.c. (sugli obblighi del mandatario) peraltro entrata in vigore molto successivamente ad essa, e quindi vi deroga.

Trib. Napoli, 04 luglio 2016, Giud. E. Pastore Alinante

Ppt – competenza territoriale: se il debitore risiede all'estero, rileva la residenza del creditore

L'art. 26-bis, comma 2, c.p.c. ("Fuori dei casi di cui al primo comma, per l'espropriazione forzata di crediti, è competente il giudice del luogo in cui il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede") è destinato a disciplinare non la giurisdizione, ma solo la competenza in materia di espropriazione forzata di crediti per cui ove non possa operare tale norma deve ritenersi – sussistendone i presupposti – applicabile la norma di chiusura dell'art. 18, comma 2, c.p.c.

La giurisdizione in materia di espropriazione presso terzi deve essere valutata alla stregua dei criteri che regolano la giurisdizione con riferimento al rapporto dal quale il credito deriva ed anche in relazione all'ubicazione del bene.

Ai fini della determinazione della competenza territoriale, ove il debitore sia residente all'estero (per cui non potrà operare il criterio dell'art. 26-bis c.p.c.) deve ritenersi rilevante la residenza del creditore, applicando la norma di chiusura dell'art. 18, comma 2, c.p.c.

Trib. Milano, 19 maggio 2016, Giud. G. Fiengo

Precetto: irrilevante il mancato avviso della procedura di sovraindebitamento

Il legislatore, pur prevedendo come obbligatorio l'avvertimento nell'atto di precetto di cui all'art. 480, comma 2, c.p.c. di poter ricorrere ad un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice in ipotesi di sovraindebitamento, non ha previsto alcuna sanzione in caso di mancata osservanza dello stesso per cui l'omissione rappresenta una mera irregolarità.

A norma dell'art. 156 c.p.c. un atto processuale può essere considerato nullo nel caso in cui la nullità, per inosservanza della forma, sia comminata dalla legge ovvero quando in mancanza di tale sanzione l'atto comunque manchi dei requisiti formali indispensabili per raggiungere il suo scopo.

Trib. Ravenna, 22 giugno 2016, Giud. A. Medi

Ripetizione indebito: il correntista deve provare l'inesistenza della "causa debendi"

Il correntista che agisce in giudizio per la ripetizione di somme indebitamente sottratte assolve al proprio onere probatorio, ex art. 2697 c.c., soltanto se riesce a dimostrare l'assenza di una specifica autorizzazione delle operazioni che intende contestare, precisando le ragioni per le quali ritiene non dovuti i pagamenti effettuati in favore di terzi.

In mancanza, non è provata l'inesistenza della "causa debendi", elemento costitutivo dell'azione di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c.

Il correntista che disconosce le operazioni riportate negli estratti conto sul presupposto di non averli mai ricevuti, al fine di ottenere la ripetizione di somme che ritiene versate indebitamente, deve dimostrare di aver contestato gli accrediti in favore di terzi di cui sia venuto a conoscenza.

App. Napoli, 10 maggio 2016, Pres. Giordano, Rel. D'Avino

Sanzioni disciplinari ex art. 7 d.l. 300/70: legittime solo in caso di comportamento non giustificabile e censurabile

Il fatto addebitato deve essere provato dal datore di lavoro, sul quale incombe l'onere in base ai principi generali.

Alla stregua delle previsioni della contrattazione collettiva, va annullata la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio e dalla retribuzione per giorni tre comminata al lavoratore, in caso di evidente sproporzione col fatto addebitato.

Trib. Napoli, 13 ottobre 2016, Giud. U. Lauro

Trattamento dati sensibili: non dovuto risarcimento dalla banca in assenza di danno grave e serio

In caso di trattamento illecito di dati personali, il risarcimento del danno non patrimoniale, previsto dall'art. 15 del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, non si sottrae ad un accertamento da parte del giudice – da compiersi con riferimento alla concretezza della vicenda sottoposta alla sua cognizione e non sindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato – destinato ad investire i profili della "gravità della lesione" inferta e della "serietà del danno" da essa derivante.

Pertanto, non può essere accordata tutela risarcitoria, anche di fronte ad un illecito trattamento di notizie riservate da parte della Banca, se non ne è conseguita una lesione seria e grave.

Trib. Bari, sez. Rutigliano, 3 novembre 2016, Giud. C. Mezzina

Usura: inammissibile il mero cumulo tra interessi moratori e corrispettivi ai fini della verifica di usurarietà

Nell'ambito dei contratti di finanziamento, gli interessi moratori rientrano tra quelle prestazioni "accidentali" (e perciò meramente eventuali) sinallagmaticamente riconducibili al futuro inadempimento e destinate ad assolvere, in chiave punitiva, alla funzione di pressione finalizzata alla realizzazione del corretto adempimento del contratto.

La diversità ontologica e funzionale delle due categorie di interessi corrispettivi ed interessi moratori non ne consente il mero cumulo ai fini della valutazione di usurarietà.

Trib. Cosenza, 10 ottobre 2016, Giud. A. Rombolà

Usura: l'eccezione relativa all'usurarietà del tasso di interesse non può essere rilevata d'ufficio dal giudice

Va rigettata l'eccezione di usura se non è stata oggetto di specifica contestazione, non potendo essere rilevata d'ufficio. Di conseguenza sono inammissibili la C.t.u. e l'ordine ex art. 210 cpc per supplire alla carenza probatoria di una delle parti.

Trib. Cosenza, 25 ottobre 2016, Giud. M. Morrone

Diritto e procedura penale

FURTO TENTATO E/O CONSUMATO: BREVE RASSEGNA DELLE DECISIONI NEI TRIBUNALI ITALIANI DOPO LA PRONUNZIA DELLA SEZ.UN. 52117/2014. <i>Nota a Corte di Appello di Napoli, sez. V, sentenza 23.01.2015 e sez. III, sentenza 13.01.2015</i>	1116
di Maria Cristina Amoroso	
LE MODIFICHE AL SISTEMA DELLE MISURE CAUTELARI TRA ASPETTATIVE E IMPATTO REALE. <i>Nota a Cassazione penale, sez. II, sentenza 20 settembre 2016, n. 43688</i>	1120
di Alessandro Jazzetti e Maria Laura Vitiello	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	1125
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	1130
RASSEGNA DI MERITO	1133



Furto tentato e/o consumato: breve rassegna delle decisioni nei Tribunali italiani dopo la pronunzia della sez.un. 52117/2014.

Nota a Corte di Appello di Napoli, sez. V, sentenza 23.01.2015 e sez. III, sentenza 13.01.2015

abstract

The commentary to the two judgments of the Court of Appeal of Naples, where you apply the principle established by the Supreme Court in Joint Sections in Decision n. 52117/2014 in different sectors from that in which it was developed, offering the opportunity for a discussion of the rulings of the courts about the antecedents of the Supreme Chiefs for judgment, which shows a full sharing in it as stated in relation to the difference between consummated and attempted theft.

keywords

Attempted theft or consumed: applications.

abstract

Il commento alle due sentenze della Corte d'appello di Napoli, in cui si fa applicazione del principio elaborato dalla Suprema Corte a Sezioni unite nella decisione n. 52117/2014 in ambiti differenti da quello in cui era stato elaborato, offre l'occasione per una disamina delle pronunce dei tribunali di merito antecedenti alla sentenza del Supremo Consesso, dalla quale emerge una piena condivisione di quanto in essa affermato in relazione alla differenza tra furto consumato e tentato.

parole chiave

Furto tentato o consumato: applicazioni.

Furto auto – Tentativo – Consumazione Furto – Costante osservazione del bene da parte della p.o. – Consumazione del reato – Esclusione del tentativo

La costante osservazione della p.o. ed il successivo sollecito di intervento indirizzato alle forze dell'ordine, non ha di certo impedito la sottrazione ed il conseguente impossessamento dell'autovettura, consentendo tutt'al più di porre rimedio all'azione delittuosa con il successivo recupero del bene.

Corte di Appello Napoli, sez. V

sentenza del 23 gennaio 2015

Pres. Est. Stanziola, consiglieri Gualtieri, Di Giuro

Furto auto – Tentativo – Consumazione Furto – Costante osservazione del bene da parte della p.o. – Consumazione del reato – Configurabilità del tentativo

Laddove l'azione di sottrazione è avvenuta sotto il costante controllo della vittima o di terzi che in tal modo, intervenendo tempestivamente a difesa della detenzione del bene già materialmente appreso dal soggetto agente, ma ancora non uscito dalla sfera del loro controllo, riescono ad impedire il definitivo impossessamento del bene, il delitto rimane tentato.

Corte di Appello di Napoli, sez. III

sentenza del 13 gennaio 2015

Pres. Grasso, consiglieri Est. Rizzi Ulmo, Tartaglione

***Nota a sentenza

Sommario

Premessa. – **1.** Le decisioni della Corte d'Appello di Napoli. – **2.** Le decisioni di merito dei Tribunali italiani.

Premessa

Le decisioni in epigrafe hanno affrontato la problematica della distinzione tra furto consumato e tentato nel caso di sottrazione di veicoli parcheggiati sulla pubblica via.

Esse si presentano di estremo interesse, soprattutto all'indomani della sentenza n. 52117/2014 delle Sezioni unite della Corte di cassazione chiamata a comporre un persistente contrasto giurisprudenziale sull'individuazione del momento consumativo del reato di furto commesso all'interno di supermercati.

Il dato che accomuna le due decisioni in commento è l'applicazione del principio elaborato dalla Suprema Corte in ambiti differenti da quello in cui era stato enucleato.

I risultati di tale applicazione appaiono talmente diversi da indurre, in prima battuta, a ritenere che nella prima pronuncia si sia condiviso il *dictum* delle Sezioni unite e nella seconda si sia ritenuto di discostarsene.

Ma ad una più attenta lettura delle decisioni e motivazioni, invece, si comprende che in entrambi i casi l'intento dei giudici è stato quello di seguire la strada interpretativa indicata dalla Suprema Corte che le differenti risposte date ai casi oggetto di esame sono, invece, frutto delle diverse situazioni di fatto che i giudici sono stati chiamati a valutare.

Le decisioni, quindi, appaiono coerenti con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite sul *discrimen* tra furto tentato e consumato.

Si può affermare che la citata distinzione è, da tempo, stata il nodo cruciale degli interpreti nei casi di furti commessi nei più disparati contesti, ed ha ottenuto risposte spesso non univoche proprio a causa della sua complessità.

Nel presente commento ci si soffermerà brevemente sul principio enunciato dalle Sezioni unite per dimostrare che lo stesso ha ispirato le decisioni in epigrafe e si analizzerà, esemplificativamente, la casistica delle decisioni di merito in relazione alla differenza tra furto tentato e consumato adottate prima e dopo la sentenza delle Sezioni unite con la sentenza citata hanno posto fine ad una persistente ambiguità giurisprudenziale relativa alla individuazione del momento consumativo del furto.

Dopo aver analizzato le varie posizioni dei giudici di legittimità, la Suprema Corte ha focalizzato la riflessione sul concetto di "spossessamento ed impossessamento" nel reato di furto, e sulle caratteristiche dell'una o dell'altra nozione.

L'approfondimento del valore da attribuire ai due frammenti della condotta tipica, ha consentito alla Suprema Corte di collocare il proprio *dictum* al di fuori degli angusti binari seguiti fin ora dalla giurisprudenza che si è occupata del tema.

La contrapposizione tra passaggio o non passaggio alla barriera delle casse, tra asportazione e non asportazione del congegno antitaccheggio è stata superata con l'elaborazione di un criterio di osservazione più ampio, che servirà i giudici ad orientarsi nel singolo caso sottoposto alla loro attenzione.

La Cassazione, infatti, rinuncia ad elaborare una volta per tutte il criterio spaziale e temporale che costituisce il limite del tentativo e fornisce agli interpreti un metodo di analisi idoneo ad essere utilizzato anche nei casi di furti diversi da quello commesso nel supermercato.

Il principio di diritto è il seguente: «il monitoraggio nella attualità della azione furtiva avviata, esercitato sia mediante la diretta osservazione della persona offesa (o dei dipendenti addetti alla sorveglianza o delle forze dell'ordine presenti in loco), sia mediante apposi-

ti apparati di rilevazione automatica del movimento della merce, e il conseguente intervento difensivo *in continenti*, a tutela della detenzione, impediscono la consumazione del delitto di furto, che resta allo stadio del tentativo, in quanto l'agente non ha conseguito, neppure momentaneamente, l'autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo diretto del soggetto passivo».

Astraendo il *dictum* dal settore specifico in cui è stato pronunciato è possibile enucleare il criterio generale della verifica dell'esistenza del continuo monitoraggio e dell'intervento difensivo "*in continenti*".

Laddove ricorrano tutti e due i fattori l'impossessamento da parte dell'autore del reato non potrà considerarsi avvenuto ed il reato di furto rimarrà allo stato del tentativo.

Se allora il limite tra furto tentato o consumato presuppone la valutazione dell'esistenza dei fattori che impediscono la perdita di signoria tale valutazione avviene "esportabile" in tutti i casi di furto, anche, cioè, in quelli non compiuti all'interno dei supermercati.

1. Le decisioni della Corte d'Appello di Napoli

Le due decisioni massimate in epigrafe hanno ad oggetto ipotesi di condotte criminose sottrattive poste in essere su veicoli parcheggiati sulla pubblica via.

Immediatamente si percepisce la diversa situazione di fatto che caratterizza tali ipotesi rispetto al furto commesso nell'ambito dei supermercati: in tali casi la persona offesa non gode dell'ausilio del sistema di videosorveglianza né della disponibilità di un sistema di guardie giurate o di commessi pronti ad intervenire nel caso di asportazione dei beni.

Nelle vicende in oggetto potremo dire, banalizzando, che a differenza di quanto accade all'interno dei supermercati in cui il malfattore viene contrastato da un sistema di mezzi ed uomini di gran lunga a lui superiore, la persona offesa ed il malfattore (forse) agiscono ad armi pari.

La vicenda sottoposta alla quinta sezione della Corte d'appello era la seguente:

la persona offesa, dopo aver lasciato la propria autovettura parcheggiata sul margine della via, lasciandola aperta e con le chiavi inserite nel cilindretto di accensione, dopo essersi allontanata di qualche metro, notava un giovane che intrufolatosi nella sua vettura, dopo averla messa in moto, si dava alla fuga. Il veicolo veniva recuperato poco dopo dalle forze dell'ordine, allertate immediatamente dalla persona offesa.

Applicando il criterio indicato dalle Sezioni unite è possibile affermare che nel caso di specie: la vittima ha percepito continuamente ciò che stava accadendo ai suoi danni e che tuttavia, a causa delle concrete circostanze di fatto in cui avveniva l'azione, non è riuscita ad effettuare un intervento *in continenti*.

Nel caso di specie dunque si sono verificate en-

trambi le componenti del reato di furto: allo spossessamento si è accompagnato l'impossessamento (il ladro ha messo in moto il veicolo ed è ripartito non dando alcuna possibilità al titolare di intervenire contestualmente per il recupero).

Correttamente quindi, a mio avviso, la Corte d'appello nel caso di specie ha ritenuto il reato consumato sottolineando, nella valutazione del fatto, che l'autore del reato allontanandosi con il veicolo, ha potuto, sia pur per un breve periodo di tempo, esercitare il potere di fatto sulla *res*.

Del pari condivisibile è stata l'analisi del valore da attribuire all'intervento delle forze dell'ordine che, ad avviso del collegio, non ha di certo impedito lo spossessamento ma ha semplicemente consentito di «porre rimedio all'azione delittuosa con il successivo recupero del bene».

La seconda delle decisioni massimate è allo stesso modo condivisibile nel risultato raggiunto in merito alla qualificazione giuridica da adottare nel caso concretamente analizzato.

Prima di illustrarne il contenuto va chiarito, in aggiunta a quanto già precedentemente detto, che la decisione solo apparentemente contrasta con quella adottata dalla quinta sezione, invero si assiste alla applicazione dello stesso principio enunciato dalla Corte pervenendo a risultati opposti per la diversità del caso esaminato.

Più specificamente la vicenda sottoposta al vaglio dei giudici era la seguente:

il proprietario di uno scooter parcheggiato sulla pubblica via notava un malfattore che, dopo aver forzato il bloccasterzo con attrezzi da scasso, metteva il moto il veicolo e si allontanava dal luogo ove era stato sottratto. L'azione suscitava una immediata reazione da parte della persona offesa che velocemente raggiungeva il veicolo e si aggrappava al bauletto per cercare di fermare il malvivente; contemporaneamente si trovava a passare una pattuglia dei carabinieri, che intimava l'alt all'imputato; quest'ultimo, allora, abbandonava il mezzo e cercava di proseguire la fuga a piedi, ma veniva fermato dalle forze dell'ordine.

Anche in tale caso, come quello precedentemente analizzato, la persona offesa ha continuamente monitorato il veicolo, ma contrariamente all'altra ipotesi riesce a porre in essere un contrasto immediato.

Nel caso in esame la persona offesa ha mantenuto efficacemente la signoria sulla *res* fino all'intervento dei carabinieri, grazie ai quali (hanno intimato l'alt) lo spossessamento non è stato seguito dal definitivo impossessamento.

In tale ipotesi l'intervento di terzi *in continenti* ha impedito che vi fosse perdita di signoria sul bene.

Appare immediatamente comprensibile, a questo punto del ragionamento, che il momento dell'intervento delle forze dell'ordine fa la differenza tra il primo ed il secondo dei casi sottoposto all'attenzione della

Corte d'appello: in un caso *ex post*, ad impossessamento già avvenuto, nell'altro prima che il reo acquisti la disponibilità del bene.

2. Le decisioni dei Tribunali di merito italiani

La valutazione e l'analisi di quando avvenga l'impossessamento nelle singole circostanze di fatto si rinviene in tutte le sentenze di merito dei Tribunali e delle Corti italiane chiamati a valutare se il reato di furto sia da qualificare tentato o consumato.

Così il Tribunale di Napoli¹ ritiene, in maniera condivisibile, che la presenza dei dispositivi antitaccheggio sulla merce sottratta – il cui allarme consente l'intervento della vigilanza nei confronti del malfattore all'uscita del negozio – fa sì che il bene sia mantenuto nella sfera di controllo diretto e di vigilanza del proprietario, con la conclusione che in tal caso il reato va considerato tentato.

Di portata simile è a decisione del Tribunale di Como² in cui si afferma che «in tema di furto, il prelevamento della merce dai banchi di vendita di un grande magazzino a sistema “self service” e l'allontanamento senza pagare realizzano il reato di furto consumato; tuttavia, allorché l'avente diritto o persona da questi incaricata sorvegli l'azione furtiva, così da poterla interrompere in qualsiasi momento, il delitto non può dirsi consumato neanche con l'occultamento della cosa sulla persona del colpevole, perché la cosa non è ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo diretto dell'offeso». Nel caso di specie l'addetto alla vigilanza aveva sorvegliato in modo costante l'imputato, osservandolo in tutti i suoi spostamenti.

Valorizza la funzione della continua vigilanza il Tribunale³ di Arezzo, affermando che il furto può dirsi consumato solo nel momento in cui il ladro, oltre ad impossessarsi della cosa, riesca anche a sfuggire all'altrui vigilanza e ad instaurare con la cosa una relazione autonoma ed indipendente: fino a quando l'agente operi – come è accaduto nel caso in esame – sotto il costante, continuo, ininterrotto potere di controllo e vigilanza del personale del supermercato il furto non potrà mai dirsi consumato poiché l'impossessamento non si sarà ancora verificato compiutamente. Ne deriva che anche nel caso di superamento delle barriere elettroniche potrà applicarsi la disciplina del tentativo a condizione che il personale di vigilanza abbia costantemente controllato l'agente, lo abbia seguito ed inseguito e poi bloccato o fatto fermare dalle forze di polizia.

¹ Tribunale di Napoli, sez. I, sentenza 23 ottobre 2014 (ud. 20 ottobre 2014), n. 14032.

Cfr. tra le altre Cass. pen., sez. V, 15 dicembre 1992, n. 377. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 23 maggio 1995, n. 5901.

² Tribunale di Como, sentenza 19 luglio 2013 (ud. 19 luglio 2013), n. 1006.

³ Tribunale di Arezzo, sentenza 22 marzo 2006.

I giudici della Corte d'appello di Campobasso⁴, chiamati a giudicare la vicenda dell'imputato sorpreso dai Carabinieri a sottrarre carburante – aspirandolo con un tubo di gomma – dal serbatoio di un autocarro parcheggiato su un piazzale di sosta lungo la SS 16 in agro di Campomarino, hanno ritenuto consumato il furto nell'ipotesi in cui il soggetto, abbia già raccolto in un secchio il carburante asportato da alcuni veicoli custoditi nell'autorimessa valorizzando il criterio della materiale apprensione del bene.

Anche il Tribunale di Torino⁵, in presenza dell'intervento immediatamente operato da parte delle forze dell'ordine ritiene il furto consumato laddove *la res* sia fuoriuscita, sia pur per breve tempo dalla signoria del titolare: il caso che ha originato la decisione era quello di tre giovani che erano stati visti da alcuni abitanti del condominio mentre erano intenti a sradicare i tubi pluviali in rame della grondaia della palazzina ed a occultarle all'interno di un cassonetto ed a caricarli in più riprese uno zaino rosso in cui venivano schiacciate e conservate; due dei tre giovani venivano fermati dalle forze dell'ordine all'interno del condominio ed il tezo veniva fermato da una pattuglia mentre si trovava a bordo di una bicicletta con il grosso zaino in spalla pieno della refurtiva.

Il tribunale ritiene, nel caso di specie, consumato il furto sia perché le grondaie erano state portate fuori dal recinto sia perché, l'occultamento del bene sottratto recide la signoria del titolare sul bene.

Anche il II Tribunale di Grosseto⁶ non condivide l'orientamento giurisprudenziale che esclude la configurabilità del furto consumato tutte le volte in cui il soggetto attivo abbia compiuto l'azione sotto la diretta sorveglianza del venditore o di un suo delegato.

La decisione citata, a differenza di altre, giustifica la posizione assunta facendo leva sulla particolarità del rapporto particolare che si istaura tra il bene posto in vendita: questi, prelevando la cosa dallo scaffale su cui è stata riposta proprio per consentirle il prelievo, ne acquisisce il possesso tanto che, afferma il giudice toscano, «il venditore non potrebbe più pretendere la restituzione».

Pertanto è ben possibile che vi sia consumazione anche all'interno del supermercato (ad es. con l'occultamento), e sicuramente dopo aver superato la cassa senza pagare la merce sottratta. In quest'ultimo caso, un intervento svolto all'esito di un continuo monitoraggio non ha alcun rilievo ai fini della distinzione tra furto tentato e consumato.

In un caso praticamente simile la Corte appello dell'Aquila⁷ ritiene ci si trovi in presenza di un furto

consumato nell'ipotesi in cui gli imputati, sottratta ed occultata la merce sui loro indumenti, vengano bloccati dal personale della sicurezza del Centro commerciale avendo ormai già passato la zona delle casse senza aver pagato la merce poco prima sottratta, poiché in tal caso si supererebbe ogni possibile sfera di controllo del legittimo titolare della merce.

Di interesse è anche la decisione della Corte d'appello sez. II Roma⁸ chiamata a qualificare la vicenda in cui due imputati, posizionati ad una fermata dell'autobus, spintonavano e mettevano la mano nella giacca di un turista che si apprestava a salire sull'autobus, prelevandogli la telecamera digitale ed occultandola nelle proprie tasche, il tutto sotto la costante osservazione di carabinieri in borghese che provvedevano a recuperare la telecamera ed a restituirla al proprietario, traendo in arresto gli imputati.

In tale circostanza i giudici osservavano che la *res* furtiva era entrata nell'autonoma disponibilità degli imputati, e la continua osservazione fatta dalle forze dell'ordine non impediva la consumazione del reato ma al più agevolava il recupero della refurtiva.

Da questa breve disamina è possibile comprendere che il principio della Suprema Corte era già condiviso dai Tribunali di merito prima della sua specifica elaborazione e dopo è stato correttamente applicato, infatti le poche voci discordanti⁹, non sono numericamente tali da ritenere che il merito non sia sempre stato attento ad adottare la soluzione per i singoli casi analizzando e verificando se vi fosse stato o meno impossessamento.

⁴ Corte appello di Campobasso, sentenza 11 aprile 2014 (ud. 03 aprile 2014), n. 173.

⁵ Tribunale di Como, sentenza 19 luglio 2013 n. 1006.

⁶ Tribunale di Grosseto, sentenza 07 febbraio 2013.

⁷ Corte appello L'Aquila, sentenza 09 febbraio 2011 (ud. 17 gennaio 2011), n. 262.

⁸ Corte appello Roma, sez. II, sentenza 21 giugno 2010 (ud. 11 giugno 2010), n.4608.

⁹ Tribunale di La Spezia, sentenza 15 luglio 2014 (ud. 03 luglio 2014), n. 759, valorizza il momento del "superamento delle casse" a prescindere dall'esistenza di una vigilanza continuativa e dell'intervento degli addetti al supermercato. Allo stesso modo il Tribunale di Roma, decidendo su un caso in cui il furto era avvenuto sotto la costante percezione delle forze dell'ordine che bloccano il ladro all'uscita dal negozio, ritiene il furto consumato enfatizzando, come aveva fatto il Tribunale ligure, "la vicenda del superamento delle casse" Tribunale di Roma, sez. IV, sentenza 09 luglio 2014 (ud. 09 giugno 2014), n. 11966.

Alessandro Jazzetti

Sostituto procuratore generale Corte di Appello Napoli

Maria Laura Vitiello

Stagista - Tirocinante presso la Procura generale Corte Appello Napoli

Le modifiche al sistema delle misure cautelari tra aspettative e impatto reale. *Nota a Cassazione penale, sez. II, sentenza 20 settembre 2016, n. 43688*

abstract

The judgment under review, the Supreme Court clarified in the light of the recent reform of the conditions for the application of the precautionary measure, and in particular, how it is to be understood, the requirement of actuality 'of the danger of re-offending as well' the feedback which 'kept the judge of caution as to the existence of serious indications of guilt.

keywords

Personal precautionary measures – Topicality 'of the danger of re-Offending – Strengthening the role of the court of review.

abstract

Con la sentenza in commento la Suprema Corte di Cassazione, chiarisce alla luce della recente riforma i presupposti per l'applicazione della misura cautelare, ed in particolare, come debba intendersi, il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, nonché le valutazioni cui è tenuto il giudice della cautela in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

parole chiave

Misure cautelari personali – Attualità del pericolo di reiterazione del reato – Rafforzamento del ruolo del tribunale del riesame.

Misure cautelari personali – Modifiche legislative e applicazione giurisprudenziali

Il requisito di attualità del pericolo di reiterazione del reato in tema di presupposti per l'applicazione delle misure cautelari personali, introdotto espressamente dalla legge 16 aprile 2015 n. 47 nel testo dell'art. 274 c.p.p. lett. c) e che costituiva, già prima della riforma, presupposto implicito per l'adozione della misura cautelare, deve essere inteso, non come imminenza del pericolo di commissione di ulteriori reati, ma come prognosi di commissione di delitti analoghi, fondato su elementi concreti e non

congetturali rilevatori di una continuità ed effettività del pericolo di reiterazione, attualizzato al momento della adozione della misura.

Cassazione penale, sez. 2,

sentenza 20 settembre 2016, n. 43688

Pres. Davigo Piercamillo, Rel. Ignazio Pardo

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1.1 Con ordinanza in data 9 maggio 2016 il Tribunale della libertà di Bari, in parziale accoglimento dell'appello proposto dal Pubblico Ministero avverso l'ordinanza emessa dal G.I.P. presso lo stesso Tribunale il 26 febbraio 2016, disponeva la misura cautelare degli arresti domiciliari nei confronti di L.A. in quanto ritenuto raggiunto da gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 12-*quinques* di. 306/92.

1.2 Riteneva il Tribunale che a carico dell'indagato sussistessero gravi indizi di colpevolezza. In relazione alla fittizia intestazione di quote sociali, finalizzate all'elusione della possibile applicazione di misure di prevenzione, con riguardo alla 'Sapori del Sole' s.r.l. società che gestiva un caseificio con sede in *(omissis)* di cui erano amministratore e socio i coniugi T. - L.

1.3 Avverso detta ordinanza proponeva ricorso per cassazione L., tramite il proprio difensore di fiducia, deducendo: – violazione dell'art. 606 lett. b) ed e) c.p.p. per difetto della motivazione in relazione ai gravi indizi posto che il Tribunale non ha indicato gli elementi specifici per ritenere che l'indagato avesse agito al fine di eludere misure di prevenzione patrimoniale anziché azioni esecutive di recupero dell'ingente debito nei confronti dell'amministrazione fiscale, non aveva valutato la circostanza che i coniugi T. - L. non erano meri prestanomi dell'indagato medesimo, aveva valorizzato un ruolo di amministrazione di L. non rilevante ai fini della titolarità occulta delle quote sociali; – violazione di legge e vizio di motivazione con riguardo alle esigenze cautelari e ciò sia con riferimento

alla attualità delle esigenze che con riguardo alla scelta della misura adottata.

Considerato in diritto

Il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.

2.1 Quanto al primo motivo va innanzi tutto premesso come secondo il costante insegnamento di questa Corte in tema di misure cautelari personali, allorché sia denunciato, con ricorso per cassazione, vizio di motivazione del provvedimento emesso dal tribunale del riesame in ordine alla consistenza dei gravi indizi di colpevolezza, alla Corte Suprema spetta il compito di verificare, in relazione alla peculiare natura del giudizio di legittimità e ai limiti che ad esso ineriscono, se il giudice di merito abbia dato adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotto ad affermare la gravità del quadro indiziario a carico dell'indagato, controllando la congruenza della motivazione riguardante la valutazione degli elementi indiziari rispetto ai canoni della logica e ai principi di diritto che governano l'apprezzamento delle risultanze probatorie (sez.un., 22 marzo 2000 – 2 maggio 2000, n. 11, Audino, Rv. 215828); inoltre, la pronuncia cautelare non è fondata su prove, ma su indizi e tendente all'accertamento non della responsabilità, bensì di una qualificata probabilità di colpevolezza, e il giudizio di legittimità deve limitarsi a verificare se il giudice di merito abbia dato adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotto ad affermare la gravità del quadro indiziario a carico dell'indagato, senza possibilità di "rilettura" degli elementi probatori (sez.un. 22 marzo 2000, n. 11, Audino, Rv. 215828). Orbene, l'applicazione dei sopra esposti principi, comporta la reiezione delle doglianze proposte con riguardo alla sussistenza dei gravi indizi, sotto il profilo della violazione di legge e del difetto di motivazione avendo il Tribunale di Bari, a pagina 13 della impugnata ordinanza, adeguatamente indicato gli elementi di fatto (l'intercettazione del 12 aprile 2014 e le dichiarazioni del Triolo) sulla base dei quali ritiene in concreto che la ragione della intestazione fittizia andava individuata proprio nella volontà di eludere le disposizioni in materia di prevenzione, con un ragionamento privo delle lamentate illogicità e che l'organo a quo ribadisce e concretizza alle successive pagine 9-10 della motivazione anche con riguardo ad altre conversazioni intercettate che vedono protagonista proprio l'indagato, oltre che con riferimento ai precedenti penali ed ai procedimenti in corso nei riguardi dello stesso. Ed al proposito, va segnalato come la circostanza, che possa avere concorso nella scelta di rimanere socio occulto della Saporì di Sole s.r.l. anche la presenza di un rilevante debito nei confronti dell'erario, non esclude la sussistenza della gravità indiziaria, dovendo ravvisarsi un concorso di causali tutte comunque illecite, la seconda delle quali non esclude l'altra, Quanto agli altri aspetti evidenziati

a sostegno del primo motivo, il ricorso appare reiterativo proponendo questioni già avanzate dinanzi al Tribunale del Riesame e sulle quali questi ha fornito adeguata motivazione; va innanzi tutto premesso, che secondo l'orientamento di questa Corte il delitto di trasferimento fraudolento di valori, quando è riferito ad una attività imprenditoriale, si può configurare, non solo con riferimento al momento iniziale dell'impresa, ma anche in una fase successiva, allorquando in un'impresa o società sorta in modo lecito si inserisca un terzo quale socio occulto, che avvalendosi dell'interposizione fittizia persegua le finalità illecite previste dall'art. 12-*quinquies*, comma primo, d.l. n. 306 del 1992, cono. in I. n. 356 del 1992 (Sez. 2, n. 5647 del 15 gennaio 2014, Rv. 258343). Ciò posto, il Tribunale, ha adeguatamente spiegato sulla base di quali precisi elementi di fatto ritiene, che l'indagato abbia non soltanto svolto l'attività di amministratore di fatto della predetta compagine sociale ma vi abbia anche partecipato quale socio occulto fornendo capitali propri (vedi pagina 12 ordinanza impugnata) benché la titolarità delle quote rimanevano intestate ad altri e cioè ai già citati coniugi T. - L.

2.2 Quanto al secondo motivo, con il quale si deduce violazione di legge e vizio di motivazione con riguardo alla sussistenza delle esigenze cautelari, va innanzi tutto premesso che in tema di presupposti per l'applicazione delle misure cautelari personali, il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, introdotto espressamente dalla legge 16 aprile 2015, n. 47 nel testo dell'art. 274 lett. c), costituiva già prima della entrata in vigore della legge in questione un presupposto implicito per l'adozione della misura cautelare, in quanto necessariamente insito in quello della concretezza del pericolo, posto che l'attualità deve essere intesa non come imminenza del pericolo di commissione di ulteriori reati, ma come prognosi di commissioni di delitti analoghi, fondata su elementi concreti – e non congetturali – rivelatori di una continuità ed effettività del pericolo di reiterazione, attualizzata al momento della adozione della misura. (Sez. 6, n. 9894 del 16 febbraio 2016, Rv. 266421). Orbene, nel caso in esame, il Tribunale di Bari facendo specifico riferimento a concreti elementi di fatto costituiti dalla pluralità di condotte di interposizione fittizia, oltre che dalla natura dei procedimenti a carico dell'indagato, ha esattamente indicato le ragioni per le quali ritenere l'attualità del pericolo di reiterazione (vedi pagina 14) nonché specificato (alla successiva pagina 15) i motivi per i quali, procedere ad applicazione di misura restrittiva della libertà personale. In conclusione, l'impugnazione deve ritenersi inammissibile a norma dell'art. 606 comma terzo c.p.p., per manifesta infondatezza; alla relativa declaratoria consegue, per il disposto dell'art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, nonché al versamento in favore del-

la Cassa delle ammende di una somma che, ritenuti e valutati i profili di colpa emergenti dal ricorso, si determina equitativamente in Euro 1.500,00.

P.Q.M.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

Con la sentenza in commento la S.C. è tornata, nuovamente, ad occuparsi delle misure cautelari e, più in particolare, degli elementi necessari per l'emissione di una misura.

Il sistema delle misure cautelari è stato oggetto di plurime modifiche negli ultimi anni che vanno dal 2013 al 2015, culminate con la l. 47/2015¹.

L'argomento, tutt'altro che lineare e di semplice trattazione, a seguito di riforma *ex l.* 16 aprile 2015 n. 47, è stato oggetto di molteplici pronunce della Suprema Corte con cui, la stessa, ha ribadito quello che era già orientamento consolidato nel pre-riforma, circa la definizione di sussistenza di esigenze cautelari specifiche per l'emissione della misura, aggiungendo, tuttavia, dei correttivi proprio alla luce della novella.

La sentenza in oggetto, nello specifico, ribadisce i presupposti per l'applicazione delle misure cautelari personali, ossia il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato (elemento questo introdotto all'art. 274 lett. c) c.p.p. con la modifica legislativa del 2015) da intendersi non come imminenza del pericolo di commissione di ulteriori reati, ma come prognosi di commissioni di delitti analoghi, fondata su elementi concreti, rivelatori di una continuità ed effettività del pericolo di reiterazione valutata in relazione al momento di emissione della misura.

¹ Vanno citati il d.l. n. 78/2013, convertito, con modificazioni, nella l. 94/13 che ha novellato, in primo luogo, l'art. 280 co. 2 codice di rito, prevedendo la possibilità di adottare la custodia carceraria solo per i delitti, consumati o tentati, per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (incrementando il limite precedente, pari a quattro anni) ovvero nel caso di delitto di finanziamento illecito dei partiti. Per evidenti esigenze di coordinamento, è stato novellato l'art. 274, co. 1, lett. c), c.p.p., introducendo la locuzione per cui la custodia cautelare in carcere è disposta solo se si tratta di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. L'art. 275-*bis* è stato modificato con d.l. 146/2013 che ha ridotto la discrezionalità del giudice precedente nella prescrizione di particolari modalità di controllo in sede di applicazione degli arresti domiciliari.

L'art. 275 co. 2-*bis*, c.p.p. è stato novellato dal d.l. n. 94/2014, convertito, con modificazioni, nella l. 117/14; il primo periodo del comma 2-*bis* ha imposto come necessaria la prognosi sulla futura sospensione condizionale della pena anche in vista dell'applicazione degli arresti domiciliari, oltre che per la custodia in carcere. Il secondo periodo ha subito importanti innovazioni: accanto alla previsione secondo cui non può applicarsi «la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni», vi sono diverse eccezioni.

L'elemento introdotto dalla riforma per ritenere sussistenti le esigenze cautelari, fondamento dell'emissione di una misura, è proprio, dunque, l'attualità del pericolo, sia esso di fuga (come previsto alla lett. b) del 274 c.p.p.) ovvero di commissione di ulteriori gravi delitti (art. 274 lett. c)) che si affianca al previgente elemento di concretezza del pericolo, non più sufficiente, ad oggi, per l'applicazione di misura cautelare.

La novella, quindi, ha reso omogenea la disciplina che già prevedeva, tra gli elementi fondanti l'emissione della misura, l'attualità del pericolo in materia di pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova (lett. a) art. 274 c.p.p.).

Non potranno, quindi, essere emanate ordinanze per l'applicazione della misura cautelare, fondandole su elementi astratti, e, soprattutto, non calati nella frazione temporale in cui si emette la misura stessa.

Non basterà la valutazione circa la personalità dell'imputato, le modalità di svolgimento dei fatti o dalla gravità del titolo di reato per cui si procede, così come non si potrà basare l'applicazione di misura su giudizi prognostici probabilistici/possibilistici, ma ci dovrà essere la certezza che, ricorrendone i presupposti e presentandosi l'occasione, l'imputato torni a delinquere.

Alla luce della riforma 2015, secondo quanto previsto dal novellato art. 275 c. 3-*bis*, poi, a tale requisiti bisognerà aggiungere, con riguardo alla tipologia di misura personale da applicare in concreto che ulteriore valutazione, e precisa motivazione, dovrà dare il Giudice dell'ordinanza genetica (ma anche il Giudice del Riesame, se investito di tale valutazione per effetto del principio devolutivo) circa la inadeguatezza, nel caso concreto, di tutte le altre misure cautelari restrittive della libertà, siano esse applicate anche cumulativamente tra loro, rispetto alla scelta della custodia cautelare in carcere.

Con riguardo alla loro gradazione, inoltre, si dovrà valutare l'arco temporale trascorso dalla commissione dei reati al momento di emanazione dell'ordinanza di applicazione della misura, giacché ad una maggiore distanza temporale corrisponde un proporzionale affievolimento delle esigenze cautelari².

L'intervento legislativo, spesso frammentario e dettato dall'emergenza, è stato determinato *in primis* dalla necessità di adeguare finalmente il sistema cautelare alle numerose pronunce della Corte Costituzionale che hanno scardinato il meccanismo delle presunzioni assolute e relative in tema di sussistenza delle esigenze cautelari e del tipo di cautela da adottare per la loro salvaguardia³: presunzioni che, quando non fondate sull'*id quod plerumque accidit*, ma su astratte categorizzazioni o rigidi automatismi, finivano per risolversi

² (cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. VI., sent. 13 giugno 2016, n. 24476 e Cass. pen., sez. III sez., sent. 12 gennaio 2016, n. 842).

³ *ex multis*, sentenze n. 232 e n. 213 del 2013, n. 182 e n. 164 del 2011, n. 265 e n. 139 del 2010.

in un irrazionale *vulnus* del principio di uguaglianza: nell'ottica della Corte, solo la particolare intensità del vincolo associativo, che caratterizza, ad esempio, il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., può giustificare la scelta del legislatore di ritenere presunte le esigenze cautelari e la loro tutelabilità solo con la più grave delle misure.

Occorreva, dunque, uscire dalla deriva securitaria e tornare a un sistema che privilegiasse la valutazione del fatto specificamente contestato.

In *secundis*, l'intervento del legislatore è stato determinato dalla necessità di rispettare il *dictum* della sentenza di condanna contro l'Italia della Corte di Giustizia europea nel caso Torreggiani dell'8 gennaio 2013 per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU).

Tale sentenza ha posto il problema del sovraffollamento nelle carceri, evidenziando che «quando lo stesso raggiunge un certo livello, la mancanza di spazio in un istituto penitenziario può costituire l'elemento centrale da prendere in considerazione nella valutazione della conformità di una data situazione all'articolo 3 della Convenzione.».

Il carattere strutturale di tale problema, come affermato successivamente dalla Corte Costituzionale, precludeva una soluzione a livello meramente individuale e "interno" al sistema penitenziario, e dunque – in tempi più stretti di quelli connessi alle pur necessarie politiche di deflazione penale e di riduzione dei casi di custodia cautelare – è necessaria la previsione di strumenti che permettano «una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario, eventualmente correlata all'applicazione nei suoi confronti di misure sanzionatorie e di controllo non carcerarie».

Entrambi i fattori sopradescritti spingevano dunque verso soluzioni legislative che contenessero sia il ricorso alle misure cautelari in assoluto nella fase del processo e sia il ricorso alla più grave misura cautelare, ossia quella inframuraria.

Per ciò che concerne il ricorso alla misura cautelare, le varie riforme succedutesi nel periodo di tempo sopra indicato non hanno inciso su quelli che potremmo definire come i limiti della cautela, costituiti dalla pena edittale, diversamente modulata per la custodia cautelare in carcere rispetto alle altre misure, e dall'assenza di cause di esclusione della punibilità o estintive del reato o della pena (artt. 274/2 e 280 c.p.p.) secondo la legislazione previgente.

Più apparentemente significative appaiono le modifiche che attengono alla valutazione delle esigenze cautelari (art. 274 c.p.p.), con l'inserimento dell'aggettivo "attuale" che deve caratterizzare, oltre al "concreto", il *periculum libertatis* e al divieto di desumere quest'ultimo dall'astratta gravità del reato.

Modifiche che peraltro, secondo quello che pare l'orientamento maggioritario della Suprema Corte, appaiono più di forma che di sostanza, essendo il requisito dell'attualità già espresso in tema di ordinanza

cautelare genetica (art. 292 lett. C) c.p.p.) dal legislatore ante riforme.

Infatti, secondo la suprema Corte «... l'espressa previsione del requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, in aggiunta a quello della concretezza, introdotta dalla legge 16 aprile 2015, n. 47 nel testo dell'art. 274 lett. c) c.p.p., si configura come una mera *endiadi* e rappresenta un richiamo simbolico all'osservanza di una nozione già presente nel sistema normativo preesistente alla novella, poichè insita in quella di concretezza.»⁴ ovvero «la legge 16 aprile 2015, n. 47, introducendo nell'art. 274, lett. c), c.p.p. il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, ha evidenziato la necessità che tale aspetto sia specificamente valutato dal giudice emittente la misura, avendo riguardo alla sopravvivenza del pericolo di recidiva al momento della adozione della misura in relazione al tempo trascorso dal fatto contestato ed alle peculiarità della vicenda cautelare, specificando, tra l'altro, che la sussistenza di un onere motivazionale sull'attualità delle esigenze cautelari era già desumibile, nell'assetto normativo previgente, dall'art. 292, comma secondo, lett. c), cod. proc. pen.»⁵.

Questo filone interpretativo richiama l'insegnamento delle sez.un. con la sentenza Lattanzi⁶, secondo cui «In tema di misure cautelari, il riferimento in ordine al "tempo trascorso dalla commissione del reato" di cui all'art. 292, comma secondo, lett. c) c.p.p., impone al giudice di motivare sotto il profilo della valutazione della pericolosità del soggetto in proporzione diretta al tempo intercorrente tra tale momento e la decisione sulla misura cautelare, giacché ad una maggiore distanza temporale dai fatti corrisponde un affievolimento delle esigenze cautelari»⁷⁻⁸.

⁴ (Cass., sez. 1, sentenza 21 ottobre 2015, n. 5787, (dep. 11 febbraio 2016) Rv. 265985, Calandrino.

⁵ (Cass., sez. 5, sentenza 24 settembre 2015, n. 43083, (dep. 26 ottobre 2015) Rv. 264902, Maio.

⁶ sez.un., sentenza 24 settembre 2009, n. 40538 (dep. 20 ottobre 2009), Rv. 244377.

⁷ L'orientamento contrario espresso, tra le altre, da sez. 3, sentenza 19 maggio 2015, n. 37087 (dep. 15 settembre 2015) Rv. 264688, Marino, afferma invece che «In tema di esigenze cautelari, l'art. 274, lett. c), c.p.p., nel testo introdotto dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, richiede che il pericolo che l'imputato commetta altri delitti deve essere non solo concreto, ma anche attuale; ne deriva che non è più sufficiente ritenere – in termini di certezza o di alta probabilità – che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione, ma è anche necessario, anzitutto, prevedere – negli stessi termini di certezza o di alta probabilità – che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione per compiere ulteriori delitti».

⁸ Su una posizione intermedia tra le due citate posizioni pare poi collocarsi sez. 6, sentenza 27 novembre 2015, n. 3043. (dep. 22 gennaio 2016) Rv. 265618, Esposito e altri, secondo cui «In tema di presupposti per l'applicazione delle misure cautelari personali, il requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, introdotto nell'art. 274, lett. c), c.p.p. dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, non va equiparato all'imminenza del pericolo di commissione

Il divieto di desumere la pericolosità del soggetto ed il conseguente rischio di ulteriori condotte di reato dalla astratta gravità del reato era già stato ampiamente chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, intervenuta in seguito alla sostituzione, ad opera dell'art. 4 della legge n. 251 del 2005, dell'art. 99 c.p., e sfociata nella declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 99/5 c.p. laddove prevedeva l'obbligatorietà della recidiva per un determinato catalogo di reati, prescindendo da una concreta valutazione di maggiore pericolosità del soggetto manifestatasi con l'ulteriore reato (Corte Costituzionale, sentenza 23 luglio 2015, n 185).

Quanto alle modifiche attinenti al *quomodo* della custodia cautelare, l'art. 275 c.p.p. conferma che la misura cautelare in carcere è misura residuale rispetto alle altre misure, ne vieta l'adozione quanto il giudice che la applica ritiene che la pena irroganda non sarà superiore ai tre anni e rimodula l'area delle presunzioni legali di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della misura secondo le direttrici segnate dalle surriferite pronunce della Corte Costituzionale.

L'intento del legislatore di contenere il ricorso alla misura cautelare estrema è palesato altresì dalla possibilità ora generalizzata di applicare congiuntamente misure coercitive e interdittive e dalla l'eliminazione degli automatismi di cui all'art. 276, comma 1-ter e 284 c.p.p., subordinati ora ad un giudizio di gravità del fatto.

A ben vedere, al di là dei limiti invalicabili alla cautela personale sopraenunciati, sia i criteri attinenti alla esistenza delle esigenze cautelari che quelli attinenti alla scelta della misura in termini di adeguatezza, si traducono in parametri di valutazione che devono guidare la scelta discrezionale del giudice della cautela e che devono trovare espressione nella motivazione del provvedimento cautelare in sede di prima applicazione (art. 292 c.p.p.) o successivamente (art. 299 c.p.p.).

Il nodo della questione appare dunque essere la conseguenza che la violazione di tali criteri determina sul piano della pratica giudiziaria.

La risposta a tale interrogativo non può che condurre all'intreccio che si determina tra le norme di cui agli artt. 292 e 309/9 c.p.p.

Pur dopo la riforma della l. 47/2015, il Tribunale del riesame dovrà disporre l'annullamento dell'ordinanza *ex art.* 292 c.p.p. solo nei casi in cui la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma della stessa norma, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa.

Al di fuori di tali casi, il Tribunale del riesame potrà integrare la motivazione fallace o incompleta del giudice della cautela, sostituendosi allo stesso, con le intuibili conseguenze.

Peraltro, nulla di nuovo anche qui ove si ricordi che, ancora prima della riforma, la cassazione aveva affermato che «Il potere dovere del tribunale del riesame di integrazione delle insufficienze motivazionali del provvedimento impugnato non opera, oltre che nel caso di carenza grafica, anche quando l'apparato argomentativo, nel recepire integralmente il contenuto di altro atto del procedimento, o nel rinviare a questo, si sia limitato all'impiego di mere clausole di stile o all'uso di frasi apodittiche, senza dare contezza alcuna delle ragioni per cui abbia fatto proprio il contenuto dell'atto recepito o richiamato o comunque lo abbia considerato coerente rispetto alle sue decisioni»⁹.

Il rafforzamento delle garanzie difensive in termini di conseguenze del mancato deposito della motivazione del provvedimento del tribunale del riesame nel termine di trenta giorni o di subordinazione del rinnovo dell'ordinanza dichiarata inefficace alla sussistenza di "eccezionali" esigenze cautelari, al netto di ogni altra considerazione in termini di legittimità costituzionale¹⁰, paiono non cogliere nel segno: il problema attiene alla struttura del procedimento di impugnazione dell'ordinanza genetica, concepito come mezzo di merito totalmente devolutivo ove, forse, sarebbe opportuno prevedere un sindacato di mera legittimità.

di un ulteriore reato, ma sta invece ad indicare la continuità del "*periculum libertatis*" nella sua dimensione temporale, che va apprezzata sulla base della vicinanza ai fatti in cui si è manifestata la potenzialità criminale dell'indagato, ovvero della presenza di elementi indicativi recenti, idonei a dar conto della effettività del pericolo di concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a realizzare».

⁹ Sez. 6, sentenza 24 maggio 2012, n. 25631 (dep. 02 luglio 2012) Rv. 254161, P.M. in proc. Piscopo e altro.

¹⁰ Il "nuovo" procedimento di riesame delle misure cautelari personali al vaglio della corte costituzionale, nota a G.I.P. Nola 28 maggio 2015, a cura di Giulia Angiolini, in *Diritto penale contemporaneo*.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

Il difensore che risulta impedito a causa di serie ragioni di salute non ha l'onere di designare un sostituto processuale né indicare le ragioni dell'omessa nomina

abstract

The United Sections, the sentence in question by changing their previous orientation, believe that the combined provisions of art. 127 Code of Criminal Procedure, paragraph 3, Article. 443 Code of Criminal Procedure, paragraph 4, and art. 599 c.p.p., imply, even in appeal proceedings in chambers (following expedited held at first instance), the relevance of such failure of the trust defender, who has decided to participate but was unable to appear due to force majeure event or unexpected and unpredictable disease.

The change of course appears more in line with the constitutional principles of art. 24 of the Constitution. Paragraph 2, which guarantees inviolability, in any stage of the proceedings, the right of defense and Article. 111, second paragraph of the Constitution., Which establishes the right to be heard.

The solution is also in conformity with the case law of the European Court that the perspective outlined by art. 6 ECHR, claiming at the same time both a fair trial that guarantee the right of defence at every stage and grade of the proceedings.

keywords

Such failure: Chamber hearing – Reasons health – Substitute procedural.

abstract

Le Sezioni unite, con la sentenza in esame modificando un loro precedente orientamento, ritengono che il combinato disposto dell'art. 127 c.p.p., comma 3, art. 443 c.p.p., comma 4, e art. 599 c.p.p., implichi, anche nei procedimenti di appello in camera di consiglio (a seguito di rito abbreviato svoltosi in primo grado), la rilevanza del legittimo impedimento del difensore di fiducia, che abbia deciso di parteciparvi ma sia stato impossibilitato a comparire per causa di forza maggiore, evento o malattia imprevisti e imprevedibili.

Il mutamento di rotta appare più conforme ai principi costituzionali di cui all'art. 24 Cost. comma 2, che sancisce l'invulnerabilità, in ogni stato e grado del procedimento, del diritto di difesa e con l'art. 111, secondo comma Cost., che sancisce il diritto al contraddittorio.

La soluzione appare altresì conforme alla Giurisprudenza della Corte Europea che nell'ottica delineata dall'art. 6 CEDU, pretende nel contempo sia un processo equo che di garantire il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento.

parole chiave

Legittimo impedimento: udienza camerale – Ragioni salute – Sostituto processuale.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, sentenza 21 luglio 2016, dep. 03 ottobre 2016, n. 41432
Legittimo Impedimento: L'udienza camerale va rinviata nel caso in cui il difensore risulta impedito a causa di serie ragioni di salute - Non ha l'onere di designare un sostituto processuale o indicare le ragioni dell'omessa nomina

Il difensore impedito a causa di serie ragioni di salute o da altro evento non prevedibile o evitabile non ha l'onere di designare un sostituto processuale o indicare le ragioni dell'omessa nomina.

E' rilevante nel giudizio camerale di appello (conseguente a processo di primo grado celebrato con rito abbreviato) l'impedimento del difensore determinato da non prevedibili ragioni di salute.

* * *

Le due questioni di diritto rimesse alle Sezioni unite possono essere così enunciate:

- a) In primo luogo si deve esaminare «se, ai fini del rinvio dell'udienza, il difensore abbia l'onere di nominare un sostituto quando l'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, prontamente comunicato al giudice e documentato, derivi da serie ragioni di salute o da altre cause di forza maggiore».
- b) In secondo luogo, si deve valutare «se il suddetto principio di diritto si applichi anche nel giudizio camerale di appello di cui all'art. 599 c.p.p., comma 1».

Per una migliore comprensione delle questioni affrontate dalle Sezioni unite è utile riassumere in pochi righe la fattispecie sulla quale si sono pronunziati i Giudici Ermellini.

La difesa aveva denunciato la violazione del diritto di difesa conseguente alla erronea applicazione dell'art. 484 c.p.p., in relazione all'art. 420-ter c.p.p., per avere la Corte di appello rigettato l'istanza di rinvio dell'udienza, avanzata dal difensore di fiducia, a causa dell'impedimento a parteciparvi, tempestivamente comunicato, dovuto a malattia, sull'assunto che non erano state indicate le ragioni determinanti l'impossibilità di nominare un sostituto processuale, considerato un obbligo per il difensore.

Ciò posto, per rispondere ai quesiti, segnalano i Supremi Giudici come pur avendo il Legislatore, ai sensi dell'art. 420-ter c.p.p. comma 5, qualificato come "legittimo" non ha concretamente individuato le cause idonee ad integrare il legittimo impedimento, necessitando l'intervento suppletivo della giurisprudenza di legittimità.

La Corte di Cassazione, al fine di riempire di contenuto il dettato normativo e dirimere le controversie ad essa sottoposte, ha ricercato nei parametri costituzionali le linee guida a cui ispirarsi.

Alcune tra le principali cause giustificatrici della legittima impossibilità di comparire sono costituite o da un precedente e concomitante impegno professionale ovvero da altra causa che impedisce la presenza del difensore dovuta ad ostacoli di carattere fisico o sanitario o eventi impreveduti.

Nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni unite l'impedimento a comparire del difensore in udienza era stato indicato nella "situazione di malattia" in cui quest'ultimo versava.

Sul tema si contrappongono due differenti filoni giurisprudenziali.

Un primo orientamento, ritenuto prevalente, secondo il quale «in tema di impedimento a comparire del difensore (art. 420-ter c.p.p., comma 5), afferma che, ai sensi dell'art. 102 c.p.p., l'onere di nominare un sostituto processuale o di indicare le ragioni dell'o-

messa nomina, ricade sul difensore solo nel caso in cui quest'ultimo deduca un impedimento dovuto a concomitanza con altro impegno professionale, non sussistendo invece, in quanto non previsto da alcuna disposizione di legge, quando l'impedimento, non prevedibile e non evitabile, sia costituito da serie ragioni di salute, comunicate all'organo giudicante e debitamente documentate».¹

Nell'alveo di questo indirizzo, solo recentemente si è affermato che l'obbligo di nominare un sostituto *ex art. 102 c.p.p.*, sussiste anche quando l'impedimento dedotto sia costituito da serie ragioni di salute dello stesso difensore² così assimilando l'impedimento per concomitante impegno professionale a quello per malattia ed estendendo correlativamente la disciplina del primo al secondo.

A fronte di questo primo orientamento, la Corte di appello di Campobasso, aderendo a questo secondo orientamento, ha rigettato l'istanza del difensore di fiducia non motivando circa la natura dell'impedimento, serio e tempestivamente dedotto, ma in ragione della mancata indicazione, da parte del difensore di fiducia affetto da grave malattia, dei motivi determinanti l'impossibilità di nominare un sostituto processuale.

Afferma il Supremo Consesso che nel vigente codice di rito è prevista la partecipazione dell'accusa e della difesa, su un piano di parità e in ogni stato e grado, al fine di garantire un "processo di parti".

L'intervento del difensore costituisce una attività di "partecipazione" e non di mera "assistenza", essendo egli impegnato, al pari del pubblico ministero, nella ricerca, individuazione, proposizione e valutazione di tutti gli elementi probatori e nell'analisi della fattispecie legale.

L'effettività della difesa non può essere pertanto ridotta ad una mera formale presenza di un tecnico del diritto che, per mancanza di significativi rapporti con le parti o per il ridotto tempo a disposizione, non sia in grado di padroneggiare adeguatamente il materiale di causa.

Su tale premessa di principio, la Corte di cassazione, stimando necessario garantire all'imputato il diritto alla difesa e all'effettivo contraddittorio, ha più volte precisato che, quanto al diniego dell'istanza di rinvio, solo in relazione ai casi di impedimento del difensore, *ex art. 420-ter c.p.p.*, determinati da concomitanti impegni professionali si rende necessaria l'indicazione della impossibilità, assoluta o relativa, della nomina di eventuali sostituti processuali.

¹ In tal senso cfr. sez. 6, sentenza 17 giugno 2014, n. 7997, dep. 2015, Seck, Rv. 262389; sez. 5, sentenza 01 luglio 2008, n. 29914, Trubia, Rv. 240453; sez. 6, sentenza 11 aprile 2014, n. 32699 R., Rv. 262074; sez. 1, 09 dicembre 2008, n. 47753 Fettah, Rv. 242489.

² Sul punto, sez. Feriale, 22 luglio 2014, n. 35263, Gaggiano, Rv. 260152; sez. 4, 13 novembre 2014, n. 49733, Pezzetta, Rv. 261182.

Le Sezioni unite condividono questo orientamento e ritengono che la disciplina del concomitante impegno professionale non possa essere trasposta nel diverso ambito di impedimento per malattia, salvo che lo stato patologico sia prevedibile.

D'altra parte, tale garanzia viene sottoposta a rigorosi criteri di controllo affinché la tutela del diritto alla salute del difensore non venga strumentalizzata per finalità dilatorie.

A sostegno dell'istanza di rinvio per legittimo impedimento, dovuto a malattia, o altro evento imprevedibile, il difensore deve provare con idonea documentazione la sussistenza dell'impedimento, indicandone la patologia ed i profili ostativi alla personale comparizione. L'impedimento deve essere giustificato da circostanze improvvise e assolutamente imprevedibili, tali da impedire anche la tempestiva nomina di un sostituto che possa essere sufficientemente edotto circa la vicenda in questione.

Resta fermo, ai fini del differimento dell'udienza, l'apprezzamento riservato al giudice di merito circa la serietà, l'imprevedibilità e l'attualità del dedotto impedimento, e la relativa valutazione deve essere sorretta da una motivazione adeguata, logica e corretta.

Va dunque affermato il seguente principio di diritto: «Il difensore impedito a causa di serie ragioni di salute o da altro evento non prevedibile o evitabile non ha l'onere di designare un sostituto processuale o indicare le ragioni dell'omessa nomina».

È quindi illegittimo il provvedimento di rigetto dell'istanza di differimento dell'udienza, presentata per l'impedimento del difensore di fiducia a partecparvi a causa di grave malattia o altro impedimento non prevedibile, dovuto a forza maggiore, se motivato con esclusivo riguardo alla mancata nomina da parte del difensore impedito di un sostituto processuale o dell'omessa indicazione delle ragioni dell'impossibilità di procedervi.

Chiarito questo primo aspetto di diritto, le Sezioni unite affrontano anche l'altra importante questione circa l'applicabilità o meno del legittimo impedimento di cui all'art. 420-ter c.p.p., nei procedimenti camerale disciplinati dall'art. 127 c.p.p., compresi quelli per i quali la presenza del difensore è prevista come necessaria.

Per rispondere alla seconda questione, i Supremi Giudici evidenziano che l'art. 420-ter c.p.p., introdotto dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, la quale ha abrogato l'art. 486 c.p.p., sull'impedimento a comparire dell'imputato o del difensore all'udienza dibattimentale, estende la regola del rinvio per assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento del difensore, purché prontamente comunicato, anche alla fase dell'udienza preliminare.

Aggiungono che l'art. 486 c.p.p., abrogato, era inserito nel Libro 7° "Giudizio", Titolo 2° "Dibattimento" mentre l'art. 420-ter c.p.p., è collocato invece nel

Libro 5° "Indagini Preliminari e udienza preliminare", Titolo 9° "Udienza preliminare".

Con tale modifica, il legislatore ha inteso assicurare, sia nel procedimento camerale che nella fase dibattimentale, l'effettività del contraddittorio e il diritto di difesa dell'imputato, in coerenza con il novellato art. 111 Cost.

La giurisprudenza maggioritaria di legittimità è orientata nell'escludere l'applicazione della disciplina del legittimo impedimento nei procedimenti camerale diversi dall'udienza preliminare, anche ove si tratti di procedimenti a contraddittorio necessario, risultando quest'ultimo regolato secondo le speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, appositamente predisposta dal legislatore.

Si è affermato, con riferimento ai riti alternativi, che il contraddittorio, che in sede di gravame si svolge in forma meramente cartolare, non vanifica l'esercizio del diritto di difesa o lede il principio di eguaglianza, allorché tale possibilità consegua all'opzione, liberamente privilegiata dallo stesso imputato, di consentire l'accelerazione del procedimento in cambio di consistenti benefici sostanziali.³

Sulla scorta di tale ragionamento, si è ritenuta l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 420-ter c.p.p., comma 5, ai procedimenti camerale – che si svolgono con le forme previste dall'art. 127 c.p.p. – ivi compresi quelli per i quali la presenza del difensore è prevista come necessaria.⁴

L'art. 443 c.p.p., comma 4, dispone che il giudizio di appello si svolge con le forme previste dall'art. 599 c.p.p., il quale a sua volta richiama l'art. 127 c.p.p., che disciplina il procedimento in camera di consiglio, per il quale il p.m., gli altri destinatari dell'avviso di udienza nonché il difensore sono sentiti solo se compaiono.

In linea con queste previsioni normative, si è creato un recentissimo orientamento secondo il quale⁵

³ In tal senso cfr. sez. 5, 15 ottobre 2014, n. 9249, dep. 2015, Motta, Rv. 263029; sez. 5, 06 aprile 2006, n. 16555 Verbi, Rv. 234451.

⁴ Sul punto, le sez. un., 08 aprile 1998, n. 7551, Cerroni, Rv. 210796 le quali avevano statuito il seguente principio di diritto «il disposto dell'art. 486 c.p.p., comma 5 (oggi art. 420-ter), a norma del quale il giudice provvede alla sospensione o al rinvio in caso di legittimo impedimento del difensore, non si applica ai procedimenti in camera di consiglio, che si svolgono con le forme previste dall'art. 127 c.p.p.» nonché sez. un., sentenza 30 ottobre 2014, n. 15232, dep. 14 aprile 2015, Tibo, Rv. 263022 le quali recentemente avevano statuito che «In relazione alle udienze camerale, in cui la partecipazione delle parti non è obbligatoria, il giudice è tenuto a disporre il rinvio della trattazione in presenza di una dichiarazione di astensione del difensore, legittimamente proclamata dagli organismi di categoria ed effettuata o comunicata nelle forme e nei termini previsti dall'art. 3, comma 1, del vigente codice di autoregolamentazione».

⁵ Si vedano sez. 5, sentenza 12 maggio 2015, n. 25501, Corona, Rv. 264066; sez. 4, sentenza 18 dicembre 2014, n. 25143 dep. 2015, Piperi, Rv. 263852; sez. 5, del 15 ottobre 2014, n. 9249, dep. 2015, Motta, Rv. 263029; sez. 1, sentenza 24 novembre

una volta espletate le rituali comunicazioni e notifiche, non è prevista, per ragioni di speditezza e concentrazione intrinseche alla natura del procedimento, la partecipazione necessaria del p.m. e del difensore; con la conseguenza che l'eventuale impedimento di quest'ultimo non costituisce motivo di rinvio, sempre che non si debba procedere a rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

In appello, seguito da giudizio di primo grado svoltosi nelle forme del rito abbreviato, ciò che rileva sarebbe esclusivamente il legittimo impedimento dell'imputato e non quello del difensore il quale viene ascoltato solo se compare.

In contrasto con la giurisprudenza largamente maggioritaria, riportata in nota 5, altra recentissima pronuncia della Sesta Sezione penale ⁶ afferma l'ope-

2011, n. 6907, dep. 2012, Ganceanu, Rv. 252401.

⁶ Sez. 6, sentenza 21 ottobre 2015, n. 10157, dep. 2016, Caramia, 266531. Quest'ultima pronuncia ripresa dalle Sezioni unite aveva posto in luce, tra l'altro, che «Occorre muovere dal rilievo che è giurisprudenza costante del giudice delle leggi che le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, purchè di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione» (Corte cost., n. 321 del 2004; n. 106 del 2015). Ed anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, più volte, sottolineato la necessità di assicurare all'imputato, nell'ottica delineata dall'art. 6 CEDU, un processo equo (Corte EDU, 8-12-2009, Previti c. Italia; 611-2007, Hany c. Italia). È dunque condizione indefettibile che la possibilità di un adeguato esercizio del diritto di difesa venga comunque assicurata, in qualunque modulo procedimentale e in qualunque fase processuale. Tale conclusione si impone a maggior ragione laddove la regiudicanda si trovi in fase decisoria e si discuta quindi della fondatezza dell'imputazione, come nel giudizio abbreviato, che, tanto in primo grado che in appello, attribuisce al giudice la piena cognizione del merito dell'accusa, con la conseguente necessità di esaminare approfonditamente e di sottoporre ad un adeguato vaglio dialettico, nel contraddittorio delle parti, ogni risultanza acquisita. Del resto, per quanto attiene specificamente al giudizio camerale di appello, la l. 16 febbraio 1987, n. 81, art. 2, n. 93), (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale) prevede che quest'ultimo debba svolgersi, allorchè l'imputazione abbia esclusivamente per oggetto la specie o la misura della pena, la concessione delle circostanze attenuanti generiche, l'applicabilità di sanzioni sostitutive o la concessione di benefici di legge, nel contraddittorio delle parti. A maggior ragione, la necessità del contraddittorio è da ritenersi ineludibile allorchè la decisione abbia per oggetto la responsabilità dell'imputato, la qualificazione giuridica del fatto ed ogni altra questione di merito. Ed appare difficile sostenere che, laddove si assuma che il legittimo impedimento a comparire del difensore sia irrilevante, il contraddittorio possa non ritenersi vulnerato.

In verità, un significativo ripensamento della questione è prospettato nella sentenza delle Sezioni unite che, da ultimo, hanno trattato del problema dell'adesione del difensore all'astensione deliberata dagli organi di categoria (sez. un., sent. 30 ottobre 2014, n. 15232, Tibo, cit.). Ed infatti le Sezioni unite hanno prospettato l'esistenza di dubbi di costituzionalità della tesi interpretativa maggioritaria, pur ritenendo la questione irrilevante ai fini della tematica nella specie esaminata, atteso che l'adesione del difensore all'astensione non è riconducibile alla nozione di legittimo impedimento. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 599 c.p.p., fu sollevata, con ordinanza n. 617 del 15 maggio 1997

ratività dell'istituto del legittimo impedimento del difensore, di cui all'art. 420-ter c.p.p., anche nei procedimenti in camera di consiglio e, in particolare, nel

(in G.U., n. 40, prima serie speciale, anno 1997), dalla Corte di appello di Roma, chiamata a decidere proprio su una richiesta di rinvio del procedimento in camera di consiglio, instaurato a seguito di gravame avverso una sentenza pronunciata in esito a giudizio abbreviato. Tale questione fu dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale ma soltanto perchè essa non risultava formulata in termini univoci, poichè il giudice a quo, oscillando tra la richiesta di estensione al procedimento di appello camerale ora dell'art. 486 c.p.p., comma 5, ora dell'art. 420 c.p.p., comma 3, aveva prospettato due possibili soluzioni, di portata tutt'altro che equivalente (Corte cost., n. 373 del 1998). La Corte costituzionale non è dunque entrata nel merito della questione. E, sotto questo profilo, non può non osservarsi come appaia effettivamente difficile negare che, nell'opzione ermeneutica fatta propria dalla giurisprudenza dominante, il combinato disposto dell'art. 127 c.p.p., comma 3, art. 443 c.p.p., comma 4, e art. 599 c.p.p., si presti a dubbi di costituzionalità, per contrasto con l'art. 24 Cost., comma 2, che sancisce l'invulnerabilità, in ogni stato e grado del procedimento, del diritto di difesa; e con l'art. 111, secondo comma, Cost., che sancisce il diritto al contraddittorio. Appare infatti arduo ritenere manifestamente infondata una questione di costituzionalità inerente a un'architettura normativa che consenta lo svolgimento di un'udienza, nella quale si discuta della fondatezza dell'accusa elevata nei confronti dell'imputato, in assenza del difensore legittimamente impedito, che abbia chiesto il rinvio, per impossibilità conclamata di comparire.

Tuttavia, prima di optare per un incidente di costituzionalità, occorre chiedersi se non sia percorribile la via di un'interpretazione costituzionalmente orientata. È infatti consolidato, al riguardo, nella giurisprudenza costituzionale, il principio secondo cui, ove una norma sia suscettibile di diverse interpretazioni, il giudice è tenuto ad adottare un'interpretazione adeguatrice, escludendo l'opzione ermeneutica suscettibile di dar luogo a dubbi di costituzionalità e privilegiando la soluzione interpretativa che ponga la norma sicuramente in linea con i parametri costituzionali. Tant'è che la mancata verifica preliminare, da parte del giudice a quo, della praticabilità di una scelta ermeneutica diversa da quella posta a base del dubbio di costituzionalità prospettato e tale da neutralizzarlo, comporta l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, eventualmente sollevata (Corte cost., n. 287 del 2011; sent. n. 192 del 2007). Orbene, le considerazioni appena formulate inducono a ritenere che l'orientamento ermeneutico secondo il quale il combinato disposto dell'art. 127 c.p.p., comma 3, art. 443 c.p.p., comma 4, e art. 599 c.p.p., anette rilievo al legittimo impedimento del difensore anche nei procedimenti in camera di consiglio, oltre ad elidere ogni dubbio di costituzionalità, risultando pienamente conforme al dettato degli artt. 24 e 111 Cost., sia imposto dalle ragioni di ordine logico-sistematico poc'anzi illustrate e non incontri, d'altronde, alcun ostacolo di ordine testuale. In particolare, la formulazione dell'art. 127 c.p.p., comma 3, secondo cui i difensori sono sentiti "se compaiono", non preclude certamente ma anzi favorisce l'interpretazione secondo la quale la partecipazione all'udienza del difensore è facoltativa ma il difensore ha comunque il diritto di comparire. Pertanto, ove il difensore non compaia, senza addurre alcun legittimo impedimento, il procedimento ha senz'altro corso, senza che la mancata comparizione del difensore determini l'obbligo di provvedere ex art. 97 c.p.p., comma 4, nè alcun'altra conseguenza processuale. Laddove invece il difensore rappresenti tempestivamente il proprio intendimento di comparire e documenti un legittimo impedimento, a sostegno della richiesta di rinvio, il giudice è tenuto, in presenza di tutte le condizioni di legge, a disporre in tal senso.

giudizio camerale di appello *ex art. 599 c.p.p.*, a seguito di rito abbreviato svoltosi in primo grado, pena la concreta ed effettiva lesione del diritto di difesa.

Trattandosi di fase decisoria in cui si discute del merito e della fondatezza dell'imputazione, appare necessaria "un'interpretazione costituzionalmente orientata" che estenda la disciplina del legittimo impedimento, già prevista per l'udienza preliminare, anche al procedimento camerale, *ex art. 599 c.p.p.*, a seguito di giudizio di primo grado svoltosi con il rito abbreviato.

Sul punto, la Corte Europea dei diritti umani ha, più volte, sottolineato la necessità di assicurare all'imputato, nell'ottica delineata dall'art. 6 CEDU, un processo equo e di garantire il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, indipendentemente dal modulo procedimentale prescelto e dalla fase processuale, e, in particolare, nella fase del giudizio, in cui si discute della fondatezza dell'imputazione; e, pertanto, anche nel giudizio abbreviato nel quale si attribuisce al giudice, sia in primo grado che in appello, la piena cognizione del merito dell'accusa, con conseguente necessità di esaminare approfonditamente, sottoponendole ad adeguato vaglio dialettico, nel contraddittorio tra le parti, le risultanze acquisite.

Una diversa interpretazione, risulterebbe in palese contrasto con la disciplina prevista per l'udienza preliminare, la quale, pur avendo natura camerale ed essendo preordinata ad una decisione in rito, è garantita con la partecipazione necessaria del difensore (*ex art. 420 c.p.p.*, comma 1).

Il richiamo effettuato dall'art. 599 c.p.p., comma 1, all'art. 127 c.p.p., comma 3, a norma del quale i difensori sono sentiti "se compaiono", riconosce il diritto del difensore di perseguire la propria strategia difensiva, favorendo l'interpretazione secondo la quale la partecipazione all'udienza del difensore, pur facoltativa, lascia comunque possibilità di scelta se comparire o non. Orbene, la scelta del difensore di comparire all'udienza camerale, aderendo ad una specifica linea difensiva, non può essere vanificata da un evento imprevisto e imprevedibile o da forza maggiore che gli impedisca concretamente di partecipare all'udienza.

In questo caso si avrebbe una limitazione del diritto di difesa e delle garanzie fondamentali dell'imputato, del tutto indipendenti dalla strategia processuale perseguita, non giustificabile con riferimento alle subvalenti esigenze di celerità e snellezza proprie del rito camerale.

Le Sezioni unite, mutando così il precedente orientamento, ritengono che il combinato disposto dell'art. 127 c.p.p., comma 3, art. 443 c.p.p., comma 4, e art. 599 c.p.p., implichi, anche nei procedimenti di appello in camera di consiglio (a seguito di rito abbreviato svoltosi in primo grado), la rilevanza del legittimo impedimento del difensore di fiducia, che abbia deciso di parteciparvi ma sia stato impossibilitato a comparire

per causa di forza maggiore, evento o malattia imprevisti e imprevedibili.

Sulla scorta della suindicata magistrale interpretazione ermeneutica dei Supremi Giudici, più conforme ai principi costituzionali, tesi a garantire un adeguato esercizio del diritto di difesa in qualunque modulo procedimentale e in qualunque fase processuale, gli Ermellini hanno enunciato l'ulteriore principio di diritto secondo il quale: «È rilevante nel giudizio camerale di appello (conseguente a processo di primo grado celebrato con rito abbreviato) l'impedimento del difensore determinato da non prevedibili ragioni di salute».

Rassegna di legittimità

Circolazione stradale (nuovo codice) – Illeciti penali – Sanzioni amministrative accessorie – In genere – Guida in stato di ebbrezza – Messa alla prova ex art. 168-ter c.p. – Estinzione del reato – Sospensione della patente di guida – Competenza – Giudice – Esclusione – Prefetto – Sussistenza

In tema di guida in stato di ebbrezza, il giudice che dichiara l'estinzione del reato per l'esito positivo della prova, ai sensi dell'art. 168-ter c.p., non può applicare la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, di competenza del Prefetto ai sensi dell'art. 224, comma terzo, C.d.s., in considerazione della sostanziale differenza tra l'istituto della messa alla prova, che prescinde dall'accertamento di penale responsabilità, e le ipotesi di applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, previste dagli artt. 186, comma nono bis e 187, comma ottavo bis, C.d.s., la cui disciplina lascia al giudice, in deroga al predetto art. 224, la competenza ad applicare la sanzione amministrativa accessoria.

Cass., sez. 4, sentenza 8 luglio 2016, n. 39107 (dep. 20 settembre 2016) Rv. 267608
Pres. D'Isa, Rel. Menichetti, Imp. Rossini, P.M. Spinaci (Conf.)
(Annulla in parte senza rinvio, Trib. Genova, 21 dicembre 2015)

Edilizia – Costruzione edilizia – Intervento su costruzione originariamente abusiva – Nuovo illecito – Sussistenza

Qualsiasi intervento effettuato su una costruzione realizzata abusivamente, ancorchè l'abuso non sia stato represso, costituisce ripresa dell'attività criminosa originaria, integrante un nuovo reato edilizio; ne consegue che, allorchè l'opera abusiva perisca in tutto o in parte o necessiti di attività manutentive, il proprietario non acquista il diritto di ricostruirla o di ristrutturarla o mantenerla senza titolo abilitativo, giacchè anche gli interventi di manutenzione ordinaria presuppongono che l'edificio sul quale si interviene sia stato costruito legittimamente.

Cass., sez. 3, sentenza 19 maggio 2016, n. 38495 (dep. 16 settembre 2016) Rv. 267582
Pres. Fiale, Rel. Aceto, Imputato Waly, P.M. Di Nardo (Conf.)
(Dichiara inammissibile, App. Roma, 03 novembre 2014)

Finanze e tributi – Oli – Minerali – Reato di cui all'art. 40 d.lgs. n. 504 del 1995 – Sottrazione al pagamento dell'accisa – Errore sulle norme relative alla natura e composizione del prodotto – Errore di diritto – Sussistenza – Fattispecie

In tema di reato di sottrazione del pagamento dell'accisa sugli oli minerali, costituisce errore di diritto, non scusabile, l'errore sulle disposizioni che regolano la natura e la composizione del prodotto energetico commercializzato, trattandosi di nozioni integranti il precetto della norma penale. (La Suprema Corte, in applicazione del principio, ha rigettato il ricorso dell'imputato che invocava la scusabilità dell'errore in cui era incorso, commercializzando un additivo, anticongelante, per gasolio, da lui realizzato tramite l'unione di prodotti chimici di libera vendita, ignorandone la natura di "prodotto energetico" o "carburante").

Cass., sez. 3, sentenza 22 giugno 2016, n. 38829 (dep. 20 settembre 2016) Rv. 267584
Pres. Amoresano, Rel. Di Nicola, Imp. Lotti, P.M. Policastro (Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Milano, 30 marzo 2015)

Impugnazioni – Appello – Dibattimento – Rinnovazione dell'istruzione – In genere – Giudizio abbreviato – "Reformatio in peius" di sentenza di assoluzione – Rinnovazione in appello dell'esame di un teste ritenuto in primo grado inattendibile – Necessità – Esclusione – Ragioni

Nel rito abbreviato non condizionato, il giudice di appello che, sulla base di un diverso apprezzamento degli apporti dichiarativi assunti in sede di indagine, intenda riformare l'assoluzione pronunciata in primo grado non è obbligato a rinnovare l'istruttoria mediante l'esame dei dichiaranti, fermo restando il dovere di fornire una motivazione "rafforzata" dotata di una forza persuasiva superiore a quella della sentenza di prime cure e fatta comunque salva la

scelta di incrementare il compendio probatorio con l'audizione dei dichiaranti, qualora lo reputi necessario per superare, nel caso concreto, ogni ragionevole dubbio. (In motivazione, la S.C. ha osservato che l'accertamento "cartolare", derivante dalla negoziazione del rito quale forma peculiare del diritto di difesa rimessa alla libera e incondizionabile scelta del suo titolare, non configge con la presunzione di non colpevolezza).

Cass., sez. 3, sentenza 12 luglio 2016, n. 43242 (dep. 13 ottobre 2016) Rv. 267626

Pres. Ramacci, Rel. Graziosi, Imp. C. P.M. Romano (Diff.)

(Rigetta, App. Roma, 09 gennaio 2015)

Impugnazioni – Cassazione – Ricorso – Ammissibilità e inammissibilità – Difensore di fiducia o di ufficio non cassazionista dell'imputato – Nomina di avvocato iscritto nell'albo speciale della Corte quale sostituto – Ricorso proposto dal sostituto – Ammissibilità

È ammissibile il ricorso in cassazione proposto da avvocato iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione, nominato quale sostituto dal difensore dell'imputato, di fiducia o di ufficio, non cassazionista. (V. sent. n. 40518/16, non massimata).

Cass., sez. un., sentenza 28 aprile 2016, n. 40517 (dep. 29 settembre 2016) Rv. 267627

Pres. Canzio, Rel. Rotundo, Imp. Taysir, P.M. Stabile (Diff.)

(Rigetta, Trib. Palermo, 10 settembre 2015)

Indagini preliminari – Arresto in flagranza – Stato di flagranza – Arresto operato a seguito di informazioni di terzi – "Quasi flagranza" – Sussistenza – Esclusione – Illegittimità dell'arresto – Sussistenza – Ragioni – Fattispecie

È illegittimo l'arresto in flagranza operato dalla polizia giudiziaria sulla base delle informazioni fornite dalla vittima o da terzi nell'immediatezza del fatto, poichè, in tale ipotesi, non sussiste la condizione di «quasi flagranza», la quale presuppone la immediata ed autonoma percezione, da parte di chi proceda all'arresto, delle tracce del reato e del loro collegamento inequivocabile con l'indiziato. (Nella specie l'arresto era stato eseguito sulla base delle sole indicazioni della persona offesa, riguardanti le generalità dell'aggressore).

Cass., sez. un., sentenza 24 novembre 2015, n. 39131 (dep. 21 settembre 2016) Rv. 267591

Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Imp. P.M. in proc. Ventrice, P.M. Viola (Conf.)

(Rigetta, G.I.P. Trib. Locri, 24 giugno 2014)

Prove – Mezzi di ricerca della prova – Sequestri – Oggetto – Dati informatici – Restituzione delle strutture "hardware" previa estrazione di copia dei dati – Ricorso per cassazione – Ammissibilità – Condizioni

In tema di sequestro probatorio, il ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza del tribunale del riesame che abbia disposto, previo trattenimento di copia dei dati informatici estratti, la restituzione al ricorrente degli apparecchi e delle strutture "hardware" coercitivamente acquisiti, è ammissibile esclusivamente nel caso in cui il ricorrente dimostri il proprio concreto interesse all'esclusiva disponibilità delle informazioni contenute nei documenti informatici, facendo così ritenere l'estrazione di copia un vero e proprio sequestro di "informazione" autonomamente apprezzabile.

Cass., sez. 2, sentenza 9 settembre 2016, n. 40831 (dep. 29 settembre 2016) Rv. 267610

Pres. Fumu, Rel. Pardo, Imp. Iona, P.M. (Conf.)

(Dichiara inammissibile, Trib. lib. Trieste, 17 marzo 2016)

Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – Violenza sessuale – In genere – Maltrattamenti in famiglia – Concorso di reati – Configurabilità – Condizioni

Il delitto di violenza sessuale concorre con quello di maltrattamenti in famiglia qualora, attesa la diversità dei beni giuridici offesi, le reiterate condotte di abuso sessuale, oltre a cagionare sofferenze psichiche alla vittima, ledano anche la sua libertà di autodeterminazione in materia sessuale, potendosi configurare l'assorbimento esclusivamente nel caso in cui vi sia piena coincidenza tra le due condotte, ovvero quando il delitto di maltrattamenti sia consistito nella mera reiterazione degli atti di violenza sessuale.

Cass., sez. 3, sentenza 23 settembre 2016, n. 40663 (dep. 29 settembre 2016) Rv. 267595

Pres. Fiale, Rel. Grillo, Imp. P.G. in proc Z., P.M. Filippi (Conf.)

(Annulla senza rinvio, G.I.P. Trib. Padova, 01 luglio 2014)

Reato – Causalità (rapporto di) – Obbligo giuridico di impedire l'evento – Delitti contro la libertà sessuale – Atti compiuti da terzi verso i figli – Responsabilità del genitore ex art. 40 cpv. c.p. – Configurabilità – Presupposti – Fattispecie

In tema di reati contro la libertà sessuale, la posizione di garanzia verso i propri figli, costituita dall'art. 147 c.c. in capo al genitore, comporta l'obbligo per costui di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro

altrui aggressioni; ne consegue che risponde del reato di violenza sessuale in danno del figlio minore, commesso da terzi, il genitore che, consapevole del fatto, non si attivi per impedirlo ed anzi consenta il protrarsi degli abusi. (Fattispecie in cui il genitore aveva tollerato che la figlia quindicenne subisse abusi da parte del futuro sposo, con loro convivente, nonostante il rifiuto e le proteste della minore).

Cass., sez. 3, sentenza 23 settembre 2016, n. 40663 (dep. 29 settembre 2016) Rv. 267594

Pres. Fiale, Rel. Grillo, Imp. P.G. in proc Z., P.M. Filippi (Conf.)

(Annulla senza rinvio, G.I.P. Trib. Padova, 01 luglio 2014)

Reato – Circostanze – Aggravanti comuni – Sevizie e crudeltà – Condotta connotata da "sevizie" o da "crudeltà" – Criteri distintivi – Indicazione

Nella circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 4, c.p., per "sevizie" deve intendersi una condotta studiata e specificamente finalizzata a cagionare sofferenze ulteriori e gratuite, rispetto alla "normalità causale" del delitto perpetrato; si ha invece "crudeltà" quando l'infrazione di un male aggiuntivo, che denota la spietatezza della volontà illecita manifestata dall'agente, non è frutto di una sua scelta operativa preordinata.

Cass., sez. un., sentenza 23 giugno 2016, n. 40516 (dep. 29 settembre 2016) Rv. 267630

Pres. Canzio, Rel. Blaiotta, Imp. Del Vecchio, P.M. Stabile (Diff.)

(Rigetta, G.I.P. Trib. Vasto, 27 maggio 2014)

Reato – Elemento soggettivo – Dolo – In genere – Dolo d'impeto – Incompatibilità con la circostanza aggravante dell'aver agito con crudeltà – Esclusione – Ragioni

Il dolo d'impeto, designando un dato meramente cronologico consistente nella repentina esecuzione di un proposito criminoso improvvisamente insorto, non è incompatibile con la circostanza aggravante della crudeltà di cui all'art. 61, primo comma, n. 4, c.p.

Cass., sez. un., sentenza 23 giugno 2016, n. 40516 (dep. 29 settembre 2016) Rv. 267628

Pres. Canzio, Rel. Blaiotta, Imp. Del Vecchio, P.M. Stabile (Diff.)

(Rigetta, G.I.P. Trib. Vasto, 27 maggio 2014)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Associazione per delinquere: caratteristiche – Indici indicativi della sussistenza del vincolo associativo

(art. 416 c.p.)

E' sicuramente noto che tra gli indici indicativi della sussistenza del delitto di cui all'art. 416 c.p. rientrano la formazione e la permanenza di un vincolo associativo continuativo a fine criminoso, tra tre o più persone, allo scopo di commettere una serie indeterminata di delitti, con la predisposizione dei mezzi occorrenti per la realizzazione del programma delinquenziale e con la permanente consapevolezza di ciascun associato di far parte del sodalizio e di essere disponibile ad operare per l'attuazione del comune programma delinquenziale. Per l'integrazione del reato non è necessaria una specifica e complessa organizzazione essendo sufficiente anche una semplice e rudimentale predisposizione di mezzi, con apprestamento degli stessi anche occasionale nel corso della permanenza del vincolo associativo, purchè ciò sia sufficiente, in concreto, per la realizzazione di quel programma di delinquenza per cui il vincolo associativo si è instaurato e perdura in relazione alle esigenze richieste dalla esecuzione dei delitti programmati. Il delitto di associazione per delinquere può configurarsi anche quando l'accordo si riferisca ad una serie di delitti già ideati e preordinati, dovendosi il delitto stesso escludere solo quando risulti che i reati furono commessi a seguito di accordi presi di volta in volta.

Tribunale Nola, coll. C, sentenza 7 luglio 2016, n. 2430, Pres. Di Iorio, Est. Cervo

Circostanze aggravanti: futili motivi – Presupposti

(art. 61 n. c.p.)

La circostanza aggravante dei futili motivi, sussiste ove la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale lievità, banalità e sproporzione rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa e da potersi considerare, più che una causa determinate dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento.

Tribunale Nola, coll. C, sentenza 26 ottobre 2016, n. 3112, Pres. Est. Di Iorio

Estorsione: elementi costitutivi

(art. 629 c.p.)

Il delitto di estorsione aggravata è configurabile nel caso in cui l'agente al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, faccia uso della violenza o della minaccia per costringere il soggetto passivo a fare o ad omettere qualcosa che gli procuri un danno economico. La finalità di trarre un ingiusto profitto patrimoniale dalla propria condotta con correlativo danno altrui, rappresenta uno degli elementi costitutivi del delitto di estorsione, il quale come costantemente affermato dalla giurisprudenza, costituisce un'ipotesi speciale rispetto al delitto di violenza privata, fingendo da elementi specializzanti proprio il conseguimento di un ingiusto profitto ed il correlativo danno per la persona offesa.

Tribunale Nola, coll. B, sentenza 6 luglio 2016, n. 2399, Pres. Imparato, Est. Di Petti

Lesioni gravissime: sfregio permanente – Caratteristiche

(art. 582 - 585 c.p.)

Integra il reato di lesioni gravissime nella forma di sfregio permanente qualsiasi nocumento che, senza determinare le più gravi conseguenze della deformazione importi un turbamento sensibile dell'armonia e dell'euritmia del viso con effetto sgradevole, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di spirito normale e di media sensibilità.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 27 settembre 2016, n. 2738, Pres. Est. Gentile

Istigazione alla corruzione: offerta – Idoneità – Giudizio

(art. 322 c.p.)

Ai fini della configurazione del delitto in esame rileva l'esiguità della somma offerta, essendo necessario che la somma sia in astratto potenzialmente idonea a corrompere un P.U. al fine di fargli omettere o ritardare un atto dovuto. In tal senso infatti la S.C. ha statuito che ai fini della configurabilità del delitto di istigazione alla corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio l'idoneità dell'offerta deve essere valutata con giudizio ex ante, sicchè il reato può essere escluso solo se manchi l'idoneità potenziale dell'offerta o della promessa a conseguire lo scopo perseguito dall'autore, non rilevando la tenuità della somma offerta, che, in ogni caso non si connota dei caratteri della assoluta risibilità. Ne consegue che la reiterata offerta della somma di 20 euro e la promessa di corrispondere altri 70-80 euro, nonostante l'esiguità della somma, deve ritenersi idonea a convincere i p.u. ad omettere atti del proprio ufficio ed in particolare, a non procedere al sequestro del tagliando assicurativo e del veicolo ed alla revoca della patente.

Tribunale di Nola, coll. A, sentenza 13 settembre 2016, n. 2569, Pres. Est. Gentile

Istigazione alla corruzione: serietà dell'offerta – Criteri di valutazione

(art. 322 c.p.)

La serietà dell'offerta, quale requisito richiesto per l'integrazione del reato in questione, va valutata alla stregua delle condizioni dell'offerente nonché delle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si colloca, e sia in grado di turbare psicologicamente il p.u..

Tribunale di Nola, coll. A, sentenza 13 settembre 2016, n. 2569, Pres. Est. Gentile

Riciclaggio: elementi costitutivi – Differenza con il reato di ricettazione

(art. 648-bis c.p. – 648 c.p.)

Il delitto di riciclaggio si distingue da quello di ricettazione in relazione all'elemento materiale, che si connota per l'idoneità ad ostacolare l'identificazione della provenienza del bene, e all'elemento soggettivo, costituito dal dolo generico di trasformazione della cosa per impedirne l'identificazione. È altresì noto che integra l'elemento oggettivo del reato di riciclaggio anche il mero smontaggio di singoli pezzi, pur privi di codice identificativo, di un bene mobile registrato, come un ciclomotore, di provenienza delittuosa, rientrando tale condotta nella nozione normativa di operazione adatta ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene.

Tribunale Nola, coll. D, sentenza 12 settembre 2016, n. 2556, Pres. Minauro, Est. Carbone

CODICE PROCEDURA PENALE**Dibattimento: acquisizione sentenze irrevocabili – Valutazione – Limiti e criteri**

(art. 238 c.p.p.)

In ragione della ratio della non dispersione di elementi conoscitivi acquisiti, in provvedimenti che hanno assunto autorità di cosa giudicata – la giurisprudenza della S.C. ha avuto modo di affermare il principio secondo cui le sentenze irrevocabili acquisite ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p., sono pienamente utilizzabili ai fini della prova del fatto in esse accertato, non solo di quello direttamente riferibile alla statuizione contenuta nel dispositivo, ma anche di ogni altra acquisizione fattuale evidenziata nel corpo della motivazione, purchè siano oggetto di valutazione alla stregua dei criteri fissati nello stesso art. 238-bis c.p.p., attraverso il richiamo all'art. 192 c. 3 c.p.p., dunque purchè siano valutate unitamente agli altri elementi che ne confermino l'attendibilità.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 27 settembre 2016, n. 2738, Pres. Est. Gentile

Lecture: decesso querelante – Acquisizione denuncia – Previsione

(art. 512 c.p.p.)

In tema di lecture dibattimentali, il decesso del querelante integra un'ipotesi di impossibilità di natura oggettiva che consente l'acquisizione della querela ai sensi dell'art. 512 c.p.p. e l'utilizzabilità ai fini probatori, senza che ciò determini una violazione dell'art. 6 CEDU qualora la sentenza di condanna si fondi in modo esclusivo o significativo sulla querela, in quanto la sopravvenuta morte del dichiarante non può essere collegata all'intento di sottrarsi al contraddittorio dibattimentale.

Peraltro, in caso di decesso sono acquisibili ex art. 512 c.p.p., non solo le sit rese dal deceduto alla p.g. ma anche una sua denuncia-querela, dal momento che non è possibile sentire come testimone il deceduto e perché nel concetto di "atti assunti dalla p.g." utilizzato dalla predetta disposizione rientrano anche quelli semplicemente ricevuti.

Tribunale Nola, coll. B, sentenza 28 giugno 2016, n. 2273, Pres. Imparato, Est. Tirone

LEGGI PENALI SPECIALI

Dichiarazioni mendaci: autodichiarazione – Natura – Elementi costitutivi

(d.P.R. 445/2000)

Le norme in materia di documentazione amministrativa inglobate nel T.U. approvato con d.P.R. 445/2000, prevedono all'art. 46 che sono comprovate con dichiarazioni anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti:... r) stato di disoccupazione ed al successivo art. 47 che l'atto di notorietà concernenti stati, qualità personali po fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza della modalità di cui all'art. 38.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 8 novembre 2016, n. 3245

Dichiarazioni mendaci: casistica

(art. 76 d.P.R. 445/2000)

La falsa dichiarazione di essere imprenditore agricolo professionale, status a cui la legge subordina benefici fiscali e, presupposto per il rilascio del richiesto permesso di costruire, integra a pieno titolo il reato di falso previsto e punito dall'art. 483 c.p., stante l'efficacia probatoria affidata dalla legge all'atto medesimo, dovendosi considerare come fatta a p.u., in virtù della equiparazione espressa dal citato art. 76 c 3 d.P.R. 445/2000.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 8 novembre 2016, n. 3245

Diritto amministrativo

IL COMMISSARIO AD ACTA NEI GIUDIZI DI ESECUZIONI NEI CONFRONTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI	1138
di Flavia Margherita D'Amico	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2006, n. 50</i>)	1144
a cura di Almerina Bove	



Il Commissario ad Acta nei giudizi di esecuzioni nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni

abstract

Since the judgment of administrative enforcement has taken on the dual role of executive instrument of the ordinary court rulings, both those of the administrative court, it has always highlighted the diversity and breadth of the powers granted to the courts of compliance. In particular, the debate has increasingly focused on the institution's nature, ranging from that of the running tool in cognitive character and judgment. Everything depends on the discretionary space that the sentence leaves it to comply: the broader, the greater the power of cognition of the judge. The appointment of the acting Commissioner – its legal status and the regime of its acts still have margins of uncertainty – can solve, even with the instrument of clarification, these problems without undue interference by the judicial body in the sphere of powers reserved to the public administration.

keywords

Administrative enforcement – Acting Commissioner – Clarification.

abstract

Da quando il giudizio di ottemperanza ha assunto la doppia veste di strumento esecutivo sia delle sentenze del giudice ordinario, sia di quelle del giudice amministrativo, si è sempre evidenziata la diversità e l'ampiezza dei poteri concessi al giudice dell'ottemperanza. In particolare, il dibattito si è sempre focalizzato sulla natura dell'istituto, oscillante tra quella di strumento di esecuzione e giudizio a carattere cognitivo. Tutto dipende dallo spazio di discrezionalità che la sentenza da ottemperare lascia all'amministrazione: più è ampio, maggiore sarà il potere di cognizione del giudice. La nomina del commissario ad acta – la sua natura giuridica e il regime dei suoi atti presentano tuttora margini di incertezza – può risolvere, anche lo strumento dei chiarimenti, tali difficoltà evitando indebite ingerenze dell'organo giudiziario nella sfera di attribuzioni riservate alla pubblica amministrazione.

parole chiave

Giudizio di ottemperanza – Commissario ad acta – Chiarimenti.

sommario

1. I poteri del giudice dell'ottemperanza. – **2.** Il commissario ad acta: natura giuridica. – **3.** Il commissario ad acta: regime degli atti. – **4.** La richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a.

1. I poteri del giudice dell'ottemperanza

I poteri in capo al giudice dell'ottemperanza hanno sempre rappresentato un punto di difficile focalizzazione per gli studiosi del diritto. Fino agli anni '70, dominava l'opinione più restrittiva sulla loro ampiezza, anche perché lo spazio riservato al giudizio di ottemperanza era limitato ai casi in cui l'adozione dei provvedimenti sostitutivi si presentasse come priva di margini di discrezionalità. Solo col tempo la forbice si è allargata, ampliando le prospettive dei poteri concessi al giudice, anche per merito della valorizzazione *ope legis* della giurisdizione di merito estesa al giudizio in questione¹. È ormai assodato, infatti, come l'ottemperanza rappresenti la principale ipotesi di giurisdizione estesa al merito, regalando all'organo giudicante l'ampiezza dei poteri necessari a sostituirsi all'amministrazione inadempiente, con la possibilità di realizzare gli effetti da conseguire, anche tramite l'adozione di provvedimenti a carattere discrezionale. A tal proposito è chiaro il riferimento contenuto nell'art. 134 c.p.a. che indica, tra le materie per cui il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito, "l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV". A farci da bussola sulla tipologia di poteri forniti al giudice dell'ottemperanza è il quarto comma dell'art. 114 c.p.a.

In particolare il giudice, con valutazioni discrezionali da effettuare caso per caso², può:

¹ V. P. VIRGA, *Diritto amministrativo - Atti e ricorsi*, Milano, 2001, p. 249, «La giurisdizione di merito rappresenta un plus rispetto a quella di legittimità, nel senso che, il tribunale amministrativo, oltre ai normali poteri della giurisdizione di legittimità, gode di poteri più ampi, potendo accertare, in maniera più ampia e penetrante, i fatti e potendo sostituirsi alla autorità amministrativa mediante la riforma del provvedimento impugnato».

² Anche la Corte di Cassazione ha ritenuto compresa nella discrezionalità del giudice in sede di ottemperanza l'individuazione dei mezzi più consoni per assicurare l'esecuzione del giudicato, provvedendo direttamente o tramite commissario: cfr. Corte Cass., sez. un., 28 giugno 1991, n. 7226, «Queste Sezioni Unite hanno

- a) ordinare l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;
- b) dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;
- c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determinare le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvedere di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;
- d) nominare, ove occorra, un commissario ad acta;
- e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissare su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo.

Per quanto riguarda il punto a), come evidenziato anche dal Consiglio di Stato³, in sede di giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo ha la facoltà di esercitare cumulativamente sia poteri sostitutivi che poteri cassatori e ordinatori, potendo, di conseguenza, integrare l'originario disposto della sentenza ottemperanda, spostandosi dalla mera esecuzione alla più ampia attuazione, e dando luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva. In poche parole, al giudice dell'ottemperanza è concesso agire statuendo analogamente a quanto accade nel giudizio di esecuzione, avendo a disposizione la possibilità di risolvere eventuali problemi interpretativi incidentali. Interessante è anche quanto disposto dalla lettera c) dell'articolo esaminato, che riguarda i provvedimenti non ancora passati in giudicato, ormai equiparati, a livello di disciplina, con quelli su cui si è formato il giudicato. La precarietà di un provvedimento ancora impugnabile ri-

avuto a loro volta occasione di precisare che rientra nella discrezionalità del giudice amministrativo in sede di ottemperanza la individuazione dei mezzi idonei ad assicurare la esecuzione del giudicato e che l'intervento sostitutivo di detto giudice si può esplicitare sia attraverso l'adozione diretta di statuizioni amministrative, sia attraverso la nomina di commissario ad acta avente il compito di adottare gli atti occorrenti alla effettiva attuazione del giudicato in sostituzione dell'Amministrazione inerte».

³ V. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796, «Il giudice amministrativo, cioè, in sede di giudizio di ottemperanza, può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera «esecuzione», ma «attuazione» in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva. Nel giudizio di ottemperanza, in definitiva, il giudice amministrativo può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che comunemente sarebbero devoluti alla sua giurisdizione».

chiede un'attenta esegesi dei poteri concessi al giudice. È, infatti, compito di quest'ultimo prendere i provvedimenti che da una parte seguano le indicazioni poste dalla pronuncia, ma che dall'altra non compromettano, nel caso di impugnazione della sentenza e sempre tenendo conto del dovuto equo contemperamento degli interessi in gioco, l'assetto a vantaggio della parte che poi dovesse risultare soccombente per effetto del giudicato. Inoltre spetterà al giudice il controllo su eventuali violazioni o elusioni successive, considerando i relativi atti come inefficaci. Quindi, a differenza di quanto accade per le sentenze passate in giudicato, per le quali gli eventuali atti elusivi o violativi sono da considerare nulli (lettera b), per le sentenze esecutive il legislatore ha disegnato non un giudizio principale sulla nullità, ma un giudizio incidentale in cui si valuta il profilo effettuale della nullità stessa. L'ultima parte della norma contenuta nella lettera c) sottolinea come il giudice debba provvedere di conseguenza tenendo conto degli effetti che ne derivano.

Il testo appare tutto fuorché chiaro.

La prima stesura, analizzabile attraverso i lavori preparatori, si limitava ad un "provvede di conseguenza", mentre nella versione successiva era previsto che il giudice determina le modalità esecutive «considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza tenendo conto degli eventuali effetti prodotti». Il testo sembrava far riferimento al fatto che il giudice dovesse considerare gli eventuali effetti che gli atti in questione avevano prodotto medio tempore, fino al momento in cui egli valutava incidentalmente la loro inefficacia. Vi era anche la possibilità di leggerlo ritenendo che il giudice dovesse tener conto degli effetti prodotti dalla sua valutazione di inefficacia. La versione definitiva si discosta, ma si mantiene altrettanto oscura. Il riferimento agli "effetti che ne derivano" sembra collegabile alle conseguenze successive alla dichiarazione di inefficacia e, di conseguenza, alla necessità di adottare statuizioni sostitutive. Ma potrebbe comunque prospettarsi una soluzione che riconduce gli effetti agli atti violativi o elusivi e non alla decisione sull'inefficacia. Mancano, inoltre, dei riferimenti ai criteri ai quali deve ispirarsi il giudice nell'effettuare tali valutazioni e prendere i dovuti provvedimenti. Tra i poteri del giudice vi rientrano anche la nomina del commissario ad acta e la possibilità di fornire chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario.

2. Il commissario ad acta: natura giuridica

Nello spettro dei poteri concessi al giudice dell'ottemperanza vi rientra, come succitato, la nomina di un commissario ad acta che si sostituisca all'amministrazione inadempiente. Esso rappresenta, probabilmente, l'istituto maggiormente caratteristico e delicato del profilo esecutivo amministrativo. Infatti, con la sua attività, svolge una sorta di punto di fusione tra l'at-

tività giurisdizionale e quella amministrativa. Questa figura è stata creata dalla giurisprudenza *praeter legem* per esigenze di natura pratica; è sempre stata sconosciuta al legislatore, sino al recente codice del processo amministrativo. Il perché è stato creato risulta abbastanza semplice. La riluttanza, constatata nella prassi, della pubblica amministrazione di adeguarsi alle decisioni giudiziali, creando a volte un vero e proprio muro ostruzionistico, ha costretto la giurisprudenza a trovare i meccanismi adeguati per non far rimanere le sentenze pura lettera morta. Attesa la normale inefficacia dei mezzi di coazione indiretta e constatata la fisiologica difficoltà per l'organo giudicante di sostituirsi in toto all'amministrazione inadempiente, era necessario costruire una figura che consentisse di rendere concrete le statuizioni giudiziali pronunciate dal giudice amministrativo, cercando, ovviamente, di mantenere la maggiore coerenza possibile con l'ordinamento, evitando di incontrare la scure degli organi giurisdizionali di controllo.

Risale al 1928 la prima pronuncia del Consiglio di Stato che ha riconosciuto al giudice amministrativo la possibilità di avvalersi dello strumento commissariale nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Il suo compito diviene quello di garantire sul piano amministrativo l'esecuzione degli atti giurisdizionali, affermandosi come strumento idoneo a fronteggiare le inerzie dell'attività amministrativa. La nomina di un soggetto qualificato con il compito di sostituirsi all'amministrazione inadempiente è parsa la scelta migliore per risolvere le problematiche citate, garantendo effettività della tutela e lo sgravamento dei compiti del giudice dell'ottemperanza, non esautorando, comunque, i poteri di controllo e vigilanza di quest'ultimo⁴.

La figura del commissario è stata a lungo al centro della discussione tra gli operatori del diritto sulla sua natura giuridica. Analizzando l'evoluzione normativa e dottrinale, nonché seguendo le linee interpretative fornite dalla giurisprudenza, è possibile raggiungere delle risposte a questo interrogativo.

La prima posizione ideologica sulla natura del commissario vede quest'ultimo come organo straordinario dell'amministrazione⁵.

⁴ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2012, p. 376, «Il commissario si sostituisce agli organi amministrativi inadempienti. D'altra parte, una volta nominato, il giudice dell'ottemperanza non è esautorato: esercita poteri di vigilanza anche d'ufficio sull'operato del commissario e al giudice vanno rivolte eventuali contestazioni circa tale operato (art. 113, 6° comma, cod. proc. amm.). Molto opportunamente alcuni giudici amministrativi, quando il commissario comunica di aver completato la sua attività, fissano comunque un'udienza per verificare, con l'intervento del ricorrente, che la sentenza sia stata correttamente eseguita».

⁵ Cfr. F. FAVARA, *Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali*, Milano, 1977, I, p. 492; V. VACIRCA, *L'imputazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*, in *Foro amm.*, 1982, p. 285.

Agendo in vece di quest'ultima, il commissario si inserirebbe, in via provvisoria, nell'organizzazione amministrativa, instaurando una sorta di rapporto di servizio, pur sempre limitato allo svolgimento delle attività delegate. Ciò è confermato dal fatto che il commissario si sostituisce all'ente inadempiente nel compiere valutazioni e attività di competenza di quest'ultimo, soggetto d'imputazione degli atti stessi.

La tesi sembra, però, difficilmente sostenibile.

Il commissario ad acta, infatti, non è sottoposto ad alcun tipo di controllo o di direzione da parte dell'ente sostituito, che non può intervenire neppure in via di autotutela avverso i provvedimenti commissariali. Eventuali conseguenze negative causate da un'azione scorretta del commissario, pertanto, non possono essere attribuite alla responsabilità dell'amministrazione, la quale potrà rivolgersi al giudice amministrativo per la verifica degli atti commissariali.

Ulteriore punto contrario alla tesi esaminata è da ricercare nel fatto che la nomina del commissario determina l'esautoramento dell'amministrazione che perde la potestà di provvedere all'esecuzione del giudicato.

Sotto questo punto di vista, sembrerebbe paradossale affermare questa carenza di potere dovuta ad un organo facente parte della stessa organizzazione amministrativa. La contraddittorietà di queste affermazioni spinge l'osservatore a non considerare plausibile la natura del commissario ad acta come ramificazione dell'amministrazione tenuta ad adempiere.

La tesi dominante in giurisprudenza e in dottrina è quella che vede l'organo commissariale come una *longa manus* del giudice dell'ottemperanza. Si è osservato come la fonte dei poteri commissariali non è l'amministrazione sostituita, ma una sorta di delega proveniente dal giudice dell'ottemperanza. In quanto organo giudiziale, il commissario è tenuto ad agire non nell'interesse della pubblica amministrazione, ma in tutela del ricorrente vittorioso in sede di cognizione. Questa "appartenenza" del commissario al giudice è stata affermata da numerosa dottrina e autorevole giurisprudenza. Punto di riferimento è la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 75 del 1977, in cui si specificò che sebbene gli effetti giuridici degli atti amministrativi posti in essere dal commissario in linea di principio in nulla differiscano da quelli propri dell'amministrazione, ciò che qualifica particolarmente la figura è la legittimazione che gli proviene direttamente dalla funzione giurisdizionale.

Pur essendo considerata un caposaldo della teoria organica del commissario, non sono mancate le critiche degli studiosi.

Il Giacchetti⁶, ad esempio, sottolinea il mancato

⁶ V. S. GIACCHETTI, *Relazione al Convegno per l'anniversario dell'istituzione del C.G.A.*, pubblicata in *Giur. Amm. Sic.*, 1988, II, p. 36 ss., «Non sembra neppure che il commissario possa essere considerato "organo del giudice", secondo un orientamento che risale ad un passo della sentenza n. 75/1977 della Corte

riferimento all'attività del commissario, visto che la sentenza sottolinea l'importanza della nomina da parte del giudice, configurandola come inevitabilmente di natura giurisdizionale.

Ma anche il vertice della giustizia amministrativa ha preso posizione sulla questione in linea con la Suprema Corte. Con sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 1978, il Consiglio di Stato ha ritenuto che ci troviamo di fronte ad un organo né di amministrazione attiva, né di controllo, bensì ad un organo "del giudice dell'ottemperanza, pur se la designazione passi attraverso l'interposizione di un organo amministrativo incaricato di procedere alla pronuncia".

A cavallo tra queste due tesi opposte, si inserisce un orientamento di carattere intermedio che definisce il commissario ad acta come un organo dimidiato. Essendo designato dal giudice amministrativo, non svolgendo attività giurisdizionale, non essendo sottoposto ad alcuno specifico potere di direzione o controllo da parte dell'amministrazione né da parte del giudice, risulta quasi spontaneo affermare che il commissario sia un organo di nessuno, se non, citando autorevole dottrina, della stessa sentenza.

Prendendo spunto da queste ultime considerazioni, ha recentemente preso piede un indirizzo interpretativo che pone in luce la differenza che intercorre a seconda che l'attività rimessa al commissario ad acta sia di mera esecuzione del *decisum* così come eventualmente precisato dal giudice dell'ottemperanza, oppure consista nell'intervenire su un terreno incontaminato in quanto l'unico accertamento ricavabile dal giudicato consiste nella mera affermazione dell'obbligo di provvedere.

Questo orientamento c.d. misto si fonda sulla ricorrente motivazione dell'esigenza di scomporre l'attività svolta dal commissario in due parti, quella vincolata e quella discrezionale, con il pregio di porre particolare attenzione ai contenuti del giudicato e all'attività richiesta per la sua esecuzione.

La critica che si può portare avanti riguardo a questa tesi riguarda l'indeterminatezza dei concetti di contenuto discrezionale e vincolato, facilmente individuabili a livello teorico, decisamente meno a livello pratico.

Parte della dottrina ritiene che il commissario ad acta, pur se debba riempire gli "spazi vuoti" che re-

siduano dopo il giudicato, non esercita mai poteri discrezionali *strictu sensu*. Come è noto, la discrezionalità amministrativa sta ad indicare la situazione in cui ad un soggetto della P.A. è attribuita la potestà di realizzare l'interesse pubblico che per essa costituisce canone di comportamento (interesse primario) previa ponderazione di tutti gli altri interessi pubblici e privati (interessi secondari) compresenti nella fattispecie, ed in conformità della ponderazione stessa. Il commissario, invece, si ritiene non abbia una tale ampiezza di poteri. Egli deve in ogni caso realizzare l'interesse pubblico primario (esecuzione del giudicato) affidatogli dal giudice, e non può mai tener conto di eventuali interessi secondari di segno opposto. Di conseguenza, gli spazi vuoti che incontra nel suo cammino deve colmarli con una scelta che non costituisce il frutto della valutazione di tutti gli interessi sostanziali (primari e secondari) sottoposti al suo esame, bensì il frutto della valutazione delle sole modalità strumentali necessarie per realizzare, nel modo migliore possibile, l'interesse primario dell'esecuzione del giudicato⁷.

La tesi opposta⁸ ritiene di poter rinvenire nell'attività commissariale uno spazio più o meno ampio di discrezionalità, in quanto sostituisce l'attività giudiziale di soddisfacimento degli interessi del soggetto ricorrente. Quest'ultimo orientamento sembra essere quello più aderente alla realtà giuridica, così come prospettata anche delle riforme normative intervenute dal 2010 in avanti. Il commissario, infatti, sembra assumere un ruolo sostitutivo generale rispetto al giudice, con la facoltà di adottare, tramite una sorta di delegazione giudiziale, tutti i provvedimenti necessari al corretto adempimento dell'amministrazione soccombente.

Il codice del processo amministrativo ha preso posizione su alcuni punti concreti, che riescono a fornirci indicazioni significative anche sul piano generale.

Il commissario ad acta è stato inserito nel Capo VI del Libro I dedicato agli ausiliari del giudice. L'art. 21 c.p.a. così dichiara: «Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta». Per il commissario valgono gli stessi motivi di ricusazione previsti dall'art. 51 c.p.c. per il giudice ed estesi dall'art. 63 al consulente tecnico, che è tipicamente un ausiliario del giudice.

Viene, quindi, esclusa totalmente la tesi che vedeva l'organo commissariale come facente parte dell'organizzazione amministrativa.

Costituzionale, nel quale si dice però tutt'altra cosa: e cioè che la nomina (non l'attività) del commissario costituisce esercizio di attività giurisdizionale: il che non è mai stato posto in dubbio. Non sembra che possa essere considerato organo del giudice non solo per la considerazione, che resta sempre valida, della "impossibilità, sul piano sistematico, di configurare *praeter legem* una sorta di trasferimento di poteri giurisdizionali dal giudice al commissario", con delicati riflessi anche di ordine costituzionale; ma anche per l'assorbente considerazione che il commissario – in realtà – non imputa al giudice un bel niente, in quanto assume in proprio, e sotto la sua personale ed esclusiva responsabilità, tutte le determinazioni del caso».

⁷ V. S. GIACCHETTI, *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, Milano, 1986, 1970.

⁸ V. S. PELILLO, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990, p. 322, «non può disconoscersi, allora, che anche il *munus* commissariale disponga di poteri discrezionali che non sembra possano ritenersi diversi rispetto a quelli che avrebbero potuto essere esplicitati dall'amministrazione».

3. Il commissario ad acta: regime degli atti

Definire i contorni della figura del commissario ad acta richiede un approfondimento di quello che è il valore degli atti dallo stesso emessi. Solo capendo la qualificazione dei provvedimenti commissariali e il loro regime impugnatorio, sarà possibile inquadrare la peculiarità di questo organo speciale.

La situazione presentava problematiche interpretative, in quanto sorgeva la possibilità di un duplice profilo impugnatorio. L'ambiguità era figlia della diversa configurabilità della natura del commissario, perché se quest'ultimo era da considerare come ausiliario del giudice, allora gli atti andavano impugnati di fronte al giudice dell'ottemperanza, mentre se lo si considerava come organo straordinario dell'amministrazione, allora era necessario agire come nei confronti di qualsiasi altro provvedimento amministrativo, e cioè con l'ordinario ricorso per l'annullamento.

Il comma 6 dell'art. 114 c.p.a. assegna al giudice dell'ottemperanza tutte le questioni relative alla fase esecutiva, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. La posizione del terzo estraneo al giudicato continuava, però, a destare perplessità, perché non era chiaro se per quest'ultimo i provvedimenti del giudice e quelli del commissario ad acta dovevano comunque essere impugnati tramite ricorso ordinario, oppure se si doveva rivolgere allo stesso giudice dell'ottemperanza.

L'intervento legislativo del 15 novembre 2011 ha aiutato a chiarire queste problematiche. Il decreto correttivo n. 195/2011 modificando la norma, ha precisato quali atti del commissario sono impugnabili e qual è il procedimento da seguire in questi casi.

La prima modifica, introdotta nel primo periodo del comma 6, consiste nella precisazione che il giudice dell'ottemperanza conosce le questioni inerenti agli atti del commissario, ma esclusivamente con riguardo alle parti nei cui confronti si è formato il giudicato.

Il relativo giudizio avverso tali atti è qualificato come reclamo, che formalmente non è un gravame, ma neppure un'impugnazione avanti un organo di ordine estraneo rispetto al soggetto i cui atti vengono reclamati. Il reclamo deve essere notificato e depositato nel termine di sessanta giorni, previa notifica ai controinteressati.

I terzi estranei al giudicato hanno la facoltà di impugnare gli atti del giudice o del commissario ricorrendo al rito ordinario *ex art. 29 c.p.a.*, così come è stato precisato anche nella relazione governativa del novembre 2011 al correttivo.

È evidente come la riforma codicistica sia riuscita a superare la diatriba fra le tesi concernenti la natura della commissario ad acta, fornendo una soluzione ai rimedi previsti per gli atti commissariali e dando rilievo al profilo dell'imparzialità. Innegabile, comunque, è che il codice abbia avuto una preferenza per la tesi che riconduceva il commissario alla figura degli ausi-

liari del giudice. È, tuttavia, vero che nello stesso tempo la deroga al regime ordinario dell'impugnazione dei provvedimenti amministrativi è stata contemplata solo per le contestazioni provenienti dalle parti nei cui confronti è stata pronunciata la sentenza da eseguire.

Occorre, infine, chiedersi a chi siano imputabili gli atti del commissario ad acta.

Dalla ricostruzione finora effettuata emerge con chiarezza che gli atti del commissario non sono imputabili all'amministrazione sostituita, perché non si ritiene configurabile una relazione interorganica tra i due soggetti.

Non è, inoltre, possibile imputarli formalmente allo stesso commissario dal momento che la giurisprudenza esclude che ad esso vada notificato l'appello avverso la sentenza emessa in sede di ottemperanza⁹ e l'atto di impugnazione dei suoi provvedimenti. L'unica soluzione sembrerebbe imputare gli atti del commissario al giudice dell'ottemperanza, ritenendo che sia il giudice il vero dominus degli effetti dei provvedimenti commissariali, così come confermato dalla dottrina¹⁰ e dalla giurisprudenza¹¹ successiva all'emanazione del codice, per la quale è da confermarsi l'orientamento maggioritario secondo il quale il commissario ad acta esplica sempre attività sostanzialmente giurisdizionale e tale attività è strumentale all'ordine ricevuto nella decisione di nomina. Questa soluzione non è, però, universalmente accettata, essendosi preferito coniare la figura dell'organo para giurisdizionale, in quanto soggetto non portatore di un'autonoma posizione giuridica, ma solo braccio attuativo delle pronunce giudiziali.

Le profonde dissonanze interpretative spingono autorevole dottrina¹² a dover ricorrere all'ipotesi della pluriqualificazione di fattispecie giuridiche. Per un verso il commissario si presenterebbe come un delegato (ausiliare) del giudice dell'ottemperanza e, dunque, come un alter ego del giudice; per altro verso, ponendosi dal punto di vista degli effetti dell'attività posta in essere in sostituzione dell'amministrazione inadempiente, il commissario esplicherebbe un'attività sostanzialmente amministrativa, producendo gli stessi atti che sarebbe stata in grado di produrre l'amministrazione inadempiente. La qualificazione della natura

⁹ Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, «Occorre considerare che la sentenza di primo grado ha accolto le censure proposte dal comune contro gli atti del commissario ad acta. L'impugnazione svolta dall'amministrazione si rivolge contro il capo della pronuncia del tribunale concernente la fissazione delle nuove modalità esecutive della sentenza e la conseguente nomina di un diverso commissario ad acta. Pertanto, l'appello, non svolgendosi contro le statuizioni relative ai provvedimenti adottati dal precedente commissario ad acta, non doveva essere notificato a tale soggetto».

¹⁰ V. V. SALAMONE, *I riti speciali nel nuovo processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa.it*, 2010.

¹¹ V. Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2010, n. 443.

¹² V. M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 540.

giuridica del commissario ad acta come organo peculiare e straordinario, non rientrante in una categoria precisa, sembra rappresentare la soluzione interpretativa migliore.

4. La richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a.

L'art. 112 del Codice del processo amministrativo si chiude introducendo una nuova tipologia di ricorso di ottemperanza, eventualmente azionabile anche dopo la nomina e l'insediamento del commissario ad acta, nonché su impulso di quest'ultimo. In particolare, la norma dispone che l'azione di ottemperanza «può essere proposta anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza». Nel silenzio del legislatore, sorgono varie problematiche soprattutto relative ai soggetti che possono proporre l'azione e ai poteri di integrazione di cui può disporre il giudice. Per quanto concerne la prima questione, appare corretto estendere la legittimità a tutti i soggetti interessati¹³. Tendenzialmente, è la stessa amministrazione inadempiente che si trova più spesso nella situazione di dover chiedere chiarimenti per ottemperare alla sentenza di cognizione.

Ma anche lo stesso ricorrente può anticipare i tempi, ritenendo che l'amministrazione stia procedendo in modo scorretto. Si tratterebbe, allora, di una sorta di tutela esecutiva *ex ante*, diversamente dal classico ricorso per l'ottemperanza che, invece, conferisce una tutela *ex post*.

Più dibattuta è la posizione del controinteressato, da alcuni escluso in quanto estraneo alla vicenda esecutiva che riguarda, invece, il privato e la pubblica amministrazione.

Sembra, però, più corretto sottolineare come l'ottemperanza riguardi anche la sua posizione, dovendosi tenere presente che l'attività del giudice dell'ottemperanza non è meramente esecutiva ed è, dunque, giustificato che egli venga coinvolto, ben potendo la sua posizione essere lesa dalla vicenda principale. Il decreto correttivo 195 del 2011 ha esteso l'azione anche al commissario ad acta (art. 114, comma 7). I provvedimenti per i quali è possibile intraprendere questo procedimento sono tutti quelli elencati dall'art. 112, comma 2 del codice.

Decisamente più arduo è individuare qual è la portata dei poteri concessi al giudice amministrativo in questa sede. In particolare, è da comprendere se è possibile per chi giudica integrare il disposto della sentenza da eseguire o se è necessario rimanere tra i paletti di ciò che il giudice della cognizione ha scritto.

La prima posizione è sostenuta da chi intravede

nell'ottemperanza di chiarimenti un vero e proprio giudizio di ottemperanza e, di conseguenza, il giudice dovrebbe disporre di tutti i poteri che il Titolo I gli concede. La tesi restrittiva si basa, invece, sulla lettera della norma. Facendo la norma riferimento a semplici chiarimenti ed essendo concessa la possibilità di considerare questa azione proponibile in veste anticipatoria rispetta all'ottemperanza classica, non pare condivisibile la possibilità di concedere poteri al giudice che vadano oltre la semplice esplicazione della modalità già disciplinate dal giudice di cognizione.

Come spesso accade, probabilmente la situazione va cercata in una posizione intermedia.

Prendendo come riferimento gli atti per cui è possibile chiedere l'ottemperanza di chiarimenti, sembra preferibile adottare la soluzione restrittiva per i provvedimenti previsti dalla lettera c) dell'articolo 112, e cioè le sentenze passate in giudicato del giudice ordinario. Avendo, in questo caso, il giudice dell'ottemperanza poteri di mera esecuzione, lo stesso dovrebbe valere per gli eventuali chiarimenti richiesti dai soggetti interessati.

Al contrario, per le sentenze del giudice amministrativo non ci sono questi limiti e, conseguentemente, potrebbe essere ammissibile concedere al giudice poteri integrativi delle disposizioni che lo stesso organo giurisdizionale ha disposto in sede cognitiva. Quello che comunque rimane è che l'accesso al giudizio di ottemperanza non richiede più, come unica condizione necessaria e sufficiente, l'inosservanza dell'obbligo più generale della pubblica amministrazione di dare esecuzione ai provvedimenti giurisdizionali e, in particolare, di quelli del giudice amministrativo: tutte le parti sostanziali del giudizio possono richiedere i chiarimenti necessari per assicurare l'ottemperanza al *decisum*.

¹³ Si fa riferimento alle c.d. parti sostanziali, cioè quelle che risultano titolari di un interesse a ricorrere, differenziandole da quelle c.d. formali, la cui qualificazione dipende semplicemente dall'aver partecipato al processo. V. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2002, p. 146.

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 18 Aprile 2006, n. 50)

Accordo quadro – Flessibilità e caratteristiche intrinseche

L'Accordo quadro – introdotto dal Codice degli Appalti – è uno strumento innovativo di contrattazione, che stabilisce le regole relative ad appalti da aggiudicare durante un periodo massimo di quattro anni. I vantaggi per le Amministrazioni sono una maggiore garanzia, attraverso la possibilità di invitare imprese pre-selezionate; un miglior rapporto qualità/prezzo associato ad una maggiore competizione dei fornitori; una grande flessibilità e possibilità di personalizzazione del prodotto/servizio; autonomia nell'impostazione della propria strategia di gara; per i Fornitori sono la semplificazione e la trasparenza della relazione con la Pubblica Amministrazione, attraverso la standardizzazione delle procedure; tempistiche ridotte per giungere all'esito delle procedure in fase di Appalto Specifico; la possibilità di operare per un arco temporale esteso all'interno di un mercato pre-selezionato, di cui si conoscono i concorrenti.

T.a.r. Lazio, sez. II-ter, 15 novembre 2016, n. 11323, Pres. P. Morabito, Est. G. Rotondo

Capacità economico-finanziaria e tecnica – Sono "immediatamente escludenti" le clausole non afferenti ai requisiti soggettivi, ma attinenti alla formulazione dell'offerta

Riguardo al profilo della capacità economico-finanziaria e tecnica, la giurisprudenza amministrativa (v. Cons. Stato, sez. IV, 11/10/2016, n. 4180) ha chiarito – in un'ottica ampliativa della partecipazione – che devono considerarsi "immediatamente escludenti" (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi ma attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta. La giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato che le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi sono quelle: – impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (cfr. Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); – in cui le regole rendono la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Adunanza Plenaria n. 3 del 2001); – le cui disposizioni appaiono abnormi o irragionevoli, così da rendere impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; – in cui le condizioni negoziali rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; – che contemplino imposizione di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto); – che palesino gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad es. quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero siano presenti formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.); – in cui gli atti di gara siano del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso. Le rimanenti clausole asseritamente ritenute lesive devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, n. 5282/2014) e postulano la preventiva partecipazione alla gara.

T.a.r. Lazio, sez. II-ter, 15 novembre 2016, n. 11323, Pres. P. Morabito, Est. G. Rotondo

Concessione di servizi pubblici – "Importo totale pagabile" – Equilibrio economico finanziario – Stima degli introiti provenienti dall'utenza per tutta la durata della concessione, della prevista remuneratività del servizio sulla base dell'esperienza degli anni precedenti e delle peculiarità materiali e temporali del nuovo servizio

1. Nell'ambito della concessione di servizi, che si differenzia dall'appalto di servizi in quanto il corrispettivo della fornitura "consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art. 3, comma 12, d.lgs. 163 del 2006), il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione a fini di lucro, assumendo il rischio economico connesso alla gestione del servizio, svolto con mezzi propri; per godere delle risorse materiali appartenenti all'Amministrazione, il concessionario normalmente corrisponde un canone e non riceve dalla stessa alcun corrispettivo (ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571).

L'art. 30 del d.lgs. 163/2006 richiama espressamente l'art. 143 c.7, del medesimo d.lgs. che prevede per le concessioni che l'offerta contenga il piano economico-finanziario della gestione per tutto l'arco temporale prescelto, al fine di individuare anche nell'interesse della stazione appaltante un canone minimo congruo, ottenendo la miglior gestione del servizio possibile con ottimale impiego delle risorse (A.V.C.P. deliberazione 6 ottobre 2010, n. 56).

Ai sensi poi dell'art. 29 c. 1, del d.lgs. 163/2006 per la concessione nella nozione di "importo totale pagabile" è da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione.

2. In materia di concessione di servizi pubblici costituisce principio fondamentale l'equilibrio economico finanziario ovvero la capacità che i flussi di corrispettivi stimati dall'Amministrazione consentano durante la durata del contratto il rientro dagli investimenti, come ancor più chiaramente stabilisce la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 e lo stesso nuovo "Codice" degli appalti e delle concessioni approvato con d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (vedi art. 165 comma 2) pur non applicabile "ratione temporis" che recepisce la citata direttiva.

Giova poi evidenziare che anche in vigenza del d.lgs. 163 del 2006 l'Autorità di Vigilanza dei Contratti pubblici, richiamandosi agli artt. 29 c. 1, 143 c. 7, 30 c. 7, ha rilevato la necessità di procedere a monte della gara alla stima degli introiti provenienti dall'utenza per tutta la durata della concessione ovvero della prevista remuneratività del servizio per l'operatore economico sulla base dell'esperienza degli anni precedenti e delle peculiarità materiali e temporali del nuovo servizio.

T.a.r. Umbria, sez. I, 19 ottobre 2016, n. 653, Pres. R. Potenza, Est. P. Amovilli

Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Insindacabile scelta di merito della stazione appaltante – Ai sensi dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici può ritenersi superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione

La decisione di procedere all'aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa s'appalesa insindacabile scelta di merito della stazione appaltante che, tenuto conto della varietà e molteplicità delle prestazioni miste richieste in gara, risulta anche immune da vizi logici e di ragionevolezza. I servizi che sono caratterizzati dalla presenza di un costo della manodopera che incide per almeno il 50% sull'importo totale del contratto rientrano a pieno titolo nella definizione di servizi ad "alta intensità di manodopera" i quali non potrebbero essere aggiudicati con criteri diversi da quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo. Ai sensi dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici, può ritenersi superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche ritenute particolarmente meritevoli. D'altra parte l'art. 95, co. 13 del citato Codice consente il ricorso a criteri premiali da applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità dell'offerente. La possibilità di formulare proposte migliorative è ritenuta legittima, in quanto insita nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v. Cons. Stato, sez. V, 08/03/2011, n. 1460).

T.a.r. Lazio, sez. II-ter, 15 novembre 2016, n. 11323, Pres. P. Morabito, Est. G. Rotondo

Immediata impugnazione delle clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili, sproporzionati o che rendano impossibile la formulazione dell'offerta

Nelle gare pubbliche soggiacciono all'onere della immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata. Ne consegue la natura escludente delle suddette clausole della lex specialis, con interesse della ricorrente ad impugnarle in via immediata e diretta, senza onere di presentare domanda di partecipazione né, tantomeno, di attendere la conclusione del procedimento di gara.

T.a.r. Umbria, sez. I, 19 ottobre 2016, n. 653, Pres. R. Potenza, Est. P. Amovilli

La suddivisione in lotti costituisce mera facoltà della stazione appaltante – Le variazioni ipotizzate dalla stazione appaltante rispondono all'esigenza di fronteggiare circostanze imprevedibili – Discrezionalità tecnica

1. Il Codice dei contratti e le direttive europee, come la stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire, non contemplano un obbligo di suddivisione in lotti bensì soltanto una mera facoltà, rispondente ad esigenze organizzative della stazione appaltante, che in quanto tale può essere esercitata dall'amministrazione senza l'esplicitazione di una particolare motivazione che non sia quella che si evince dalla natura e dalle finalità stesse del bando.

2. Le variazioni ipotizzate dalla stazione appaltante rispondono alla plausibile esigenza di fronteggiare, sulla base della esperienza e tenuto conto della peculiarità del servizio oggetto del bando, alcune circostanze imprevedibili

quali la “variabilità delle esigenze aziendali delle varie società del Gruppo (anche sotto il profilo delle condizioni di espletamento del servizio, ad esempio se i clienti preferiscono il piantonamento fisso anziché passaggi cadenzati, ovvero per l’ipotesi in cui vi siano cantieri temporanei e mobili da sorvegliare, ecc.), o l’eventualità di fattori esogeni non prevedibili (quali, ad es., manifestazioni, ragioni di ordine pubblico, ecc.), nonché in funzione delle possibili trasformazioni tecnologiche della sala operativa, dei sistemi di videosorveglianza e degli strumenti adottati da parte delle diverse società del gruppo”. Esse, pertanto, sono espressione di un ragionevole esercizio della discrezionalità tecnica di cui ampiamente dispone la stazione appaltante. Se la possibilità di introdurre variazioni dipende da una molteplicità di variabili obiettive, di cui dover tenere giustificatamente conto in ragione della peculiarità del servizio, allora la loro previsione è altrettanto logica e congruente. Dunque, sussiste la possibilità obiettiva di formulare per ogni tipo di servizio una valida offerta, in quanto si tratta di “variabili” che non incidono sulla possibilità concreta di presentare un’offerta remunerativa e conveniente, funzionale all’interesse pubblico sotteso alla gara da espletare.

T.a.r. Lazio, sez. II *ter*, 15 novembre 2016, n. 11323, Pres. P. Morabito, Est. G. Rotondo

Le censure rivolte avverso la durata del bando e le caratteristiche di esecuzione del servizio (logistiche ed organizzative) sono inammissibili ove la *lex specialis* abbia carattere non escludente, attestata dalla possibilità di formulare l’offerta

*La flessibilità e le caratteristiche intrinseche a questa tipologia di strumento, rappresentate dall’accordo tra una stazione appaltante e uno o più operatori economici – individuati con procedura di gara – in cui si definiscono le condizioni della fornitura (es. prezzi, qualità), rimandando a successivi “appalti specifici” l’approvvigionamento effettivo delle singole amministrazioni, fanno sì che anche le censure rivolte avverso la durata del bando e le caratteristiche di esecuzione del servizio (logistiche ed organizzative) sono inammissibili, tenuto conto del carattere non escludente della *lex specialis* e della possibilità, esercitata in concreto dalla ricorrente, di formulare l’offerta.*

T.a.r. Lazio, sez. II *ter*, 15 novembre 2016, n. 11323, Pres. P. Morabito, Est. G. Rotondo

Diritto tributario

LA DISCIPLINA DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO FISCALE E LE SUE APPLICAZIONI NELLA
GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA.

Nota a C.T.P. Napoli, sez. n. XIV, 24 maggio 2016, n. 14390/2015 1148
di Luca Stanzola

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 1160
a cura di Maria Pia Nastri



La disciplina della condizione nel diritto fiscale e le sue applicazioni nella giurisprudenza tributaria.

Nota a C.T.P. Napoli, sez. n. XIV, 24 maggio 2016, n. 14390/2015

abstract

With the present contribution was analyzed the regulation of the taxation contracts subject to the condition precede in the tax law. To this end, it has been able to observe, after a brief review of the regulations contained in the Civil Code, as the discipline taxation of suspensive conditional agreements, during registration, is inspired by the principle of the prohibition on double taxation, tax law in force. With the remarks of this judgment there was, also, an occasion to discover the existence of an interpretative contrast, in the most recent case law, concerning the retroactive effect of condition in the civil and tax law.

keywords

Condition precede – Prohibition on double taxation – Tax law – Retroactivity of the conditional contract – Civil law.

abstract

Con il presente contributo è stata analizzata la disciplina della tassazione dei contratti sottoposti a condizione sospensiva nel diritto tributario. A tal fine, si è avuto modo di osservare, dopo una breve disamina della normativa contenuta nel codice civile, come la disciplina tassazione dei contratti sospensivamente condizionati, in sede di registrazione, sia ispirata dal principio del divieto di doppia imposizione, vigente nel diritto tributario. Con il commento della presente sentenza si è avuto, altresì, occasione di rilevare l'esistenza di un contrasto interpretativo, nell'ambito della giurisprudenza più recente, in merito all'operatività dell'effetto retroattivo della condizione nel diritto civile e nel diritto tributario.

parole chiave

Condizione sospensiva – Divieto di doppia imposizione – Diritto tributario – Retroattività del contratto condizionato – Diritto civile.

Imposta di registro – Contratto di compravendita immobiliare sospensivamente condizionato – imposta di registro in misura fissa – Imposta complementare in misura proporzionale – Art. 27 l. n. 131/1986 – Avveramento della condizione

Ai fini della registrazione del contratto di compravendita immobiliare, sottoposto a condizione sospensiva, l'imposta di registro va pagata a tariffa fissa in sede di prima registrazione dell'atto stipulato, e in caso di avveramento della condizione l'imposta complementare va corrisposta in modo proporzionale al valore del bene, dedotto l'importo pagato in precedenza, in quanto ai sensi dell'articolo 27 della legge numero 131 del 1986, secondo comma, quando la condizione si verifica, "si riscuote la differenza tra l'imposta dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto e quella dovuta in sede di registrazione".

C.T.P. Napoli, sez. n. XIV, 24 maggio 2016,

n. 14390/2015, Pres. M. Stanziola, Rel. R. Giordano

(Omissis)

Con ricorso, depositato dinanzi a questa Commissione in data 22 ottobre 2015 il notaio A.d.B. proponeva ricorso avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di autotutela contro l'avviso di liquidazione dell'imposta di registro per l'importo di euro 200.00 emesso dall'Agenzia delle Entrate di Napoli in relazione alla registrazione, a seguito del verificarsi della condizione sospensiva, del contratto di compravendita del 30 marzo 2015, registrato in data 31 Marzo 2015, mediante il quale M.d.S. e R.C. avevano alienato a P.C. l'appartamento sito in San Giorgio a Cremano, con contratto sottoposto a condizione sospensiva per il vincolo di interesse storico.

In particolare, in data 5 giugno 2015, il notaio ricorrente, procedeva alla stipula della presa d'atto dell'avvenuta verifica di condizione sospensiva apposta ad atto di compravendita del 30 marzo 2015 e procedeva alla registrazione dello stesso versando la

somma di euro 1486.00 quale imposta complementare, avendo compensato, *ex art. 27* Legge registro, l'importo di euro 200.00, già versato per l'imposta di registro in sede di stipula dell'atto.

Pertanto, parte ricorrente deduceva l'illegittimità dell'avviso di liquidazione e del provvedimento di rigetto dell'istanza di autotutela per mancanza del presupposto impositivo, avendo l'Agenzia richiesto la differenza tra detti importi, non ritenendo di operare la compensazione.

Si costituiva in giudizio l'Agenzia delle Entrate chiedendo il rigetto del ricorso.

La causa era discussa e decisa all'udienza del 2 Maggio 2016.

Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Invero, il notaio ha proceduto alla liquidazione dell'imposta attenendosi in primo luogo al disposto dell'articolo 27 della legge numero 131 del 1986 per il quale – è opportuno ricordare in questa sede – gli atti sottoposti a condizione sospensiva sono registrati con il pagamento dell'imposta in misura fissa e, ai sensi del secondo comma, quando la condizione si verifica, «si riscuote la differenza tra l'imposta dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto e quella dovuta in sede di registrazione».

Pertanto la formulazione della disposizione normativa è chiara nel senso che deve essere corrisposta, nel momento nel quale si verifica la condizione, l'imposta in un importo derivante dalla sottrazione a quella dovuta sulla scorta delle previsioni vigenti in tale momento dell'imposta in misura fissa già versata, ai sensi del primo comma della medesima previsione, quando l'atto sottoposto a condizione sospensiva è stato stipulato (v., in termini analoghi, Comm. trib. reg. Sicilia, Palermo, sez. XXV, 18/02/2013 n. 16).

Ne deriva, pertanto, che non è corretta la tesi dell'Ufficio per il quale l'entità dell'imposta da versare nel momento nel quale si verifica la condizione non dovrebbe, sostanzialmente, tener conto dell'imposta in misura fissa precedentemente corrisposta.

Tale impostazione interpretativa, del resto, è conforme anche alla natura unitaria del negozio sottoposto a condizione sospensiva, confermata dalla retroattività gli effetti dello stesso una volta che la condizione si sia verificata.

Il ricorso deve quindi essere accolto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

(*Omissis*)

sommario

1. Il fatto. – 2. Gli elementi accidentali del contratto. – 3. In particolare, la condizione. – 4. Le imposte fisse e l'imposta di registro. – 5. La sentenza della C.T.P. di Napoli. – 6. Conclusioni.

1. Il fatto

In data 22/10/2015 il Notaio che aveva stipulato l'atto di compravendita immobiliare sottoposto a condizione sospensiva proponeva ricorso contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di autotutela in merito all'avviso di liquidazione dell'imposta di registro (pari ad Euro 200,00) emesso dall'Agenzia delle Entrate di Napoli per la registrazione, all'avveramento della condizione sospensiva, di un contratto di compravendita.

Il ricorrente, dopo aver ritualmente informato l'Amministrazione Finanziaria dell'avvenuto perfezionamento della condizione sospensiva, aveva provveduto alla registrazione dell'atto versando una somma (pari ad Euro 1486,00) a titolo di imposta complementare, al netto di quanto già versato (cioè 200,00 Euro) a titolo di imposta fissa *ex art. 27* TUR.

Al contrario, l'Amministrazione Finanziaria non riteneva di dover procedere a compensazione delle due somme e, per tal motivo, rivendicava la differenza tra detti importi.

2. Gli elementi accidentali del contratto

Si definiscono «elementi accidentali» del contratto tutte quelle clausole del regolamento negoziale che, pur non essendo ricomprese tra gli elementi essenziali di cui all'art. 1325 (richiesti a pena di nullità, *ex art. 1418* co. 2), vanno ad integrare il regolamento pattizio arricchendolo. Sono quindi «accidentali» tutti quei elementi, non necessari per la configurabilità in astratto di una tipologia contrattuale, e la cui previsione all'interno del regolamento pattizio è rimesso alla concorde volontà delle parti.

Come già da tempo sottolinea la più autorevole dottrina, il termine utilizzato («accidentali»), per differenziarli dagli elementi necessari o «essenziali» del contratto, non deve trarre in inganno: accidentalità non vuol dire inutilità, poiché anche un elemento accidentale, una volta inserito nel regolamento negoziale, acquista la sua piena rilevanza giuridica (al pari di qualsiasi altro elemento essenziale)¹. In questo senso, una volta che la volontà privata si sia manifestata nel senso di voler inserire nel contratto una clausola accidentale, essa acquisterà la sua piena rilevanza, e la sua mancanza sicuramente produrrà conseguenze giuridicamente rilevanti.

Secondo un risalente insegnamento, gli elementi accidentali posso essere suddivisi in una triplice categoria: condizione, termine, e *modus* (o onere). Essi,

¹ In questo senso, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2009, p. 933, secondo cui «il contenuto del contratto è determinato dall'autonomia delle parti in concreto, nel senso che la clausola pattizia può divenire essenziale, nei limiti in cui sia condizionante la volontà dei contraenti ...», sicché «condizione e termine sono clausole accidentali solo in astratto, nel senso che possono indifferentemente essere o non essere inserite in un contratto, ma una volta pattuite esse divengono essenziali ...».

pur profondamente diversi tra loro, possono essere accomunati in quanto tutti incidono sugli effetti del contratto, strutturalmente perfetto. In particolare, l'efficacia del contratto, intesa come produttività degli effetti giuridici che naturalmente possono scaturire dallo stesso, può essere subordinata ad un evento condizionante o ad un termine che, per volontà patrizia, può determinare una situazione temporanea e transitoria quiescenza degli effetti contrattuali, sia nel senso che gli effetti si produrranno solo al verificarsi della condizione (sospensiva) o del termine (iniziale) [cd. inefficacia provvisoria]; sia nel senso che gli effetti, pur producendosi immediatamente, sono destinati a cadere al verificarsi della condizione (risolutiva) o del termine (finale) [cd. efficacia provvisoria].

Ma, a ben vedere, questa caratteristica accomuna solo la condizione e il termine, intese come clausole accidentali apposte ad un contratto strutturalmente perfetto, ma i cui effetti sono subordinati al verificarsi (o al non verificarsi) di un determinato evento: futuro ed incerto nel caso della condizione; futuro ma certo per il termine. Più in particolare, nel caso di condizione sospensiva o di termine iniziale si verifica una inefficacia provvisoria del contratto, nel senso che gli effetti restano, per il periodo di pendenza della condizione o del termine, temporaneamente sospesi in attesa del sopraggiungere dell'evento; al contrario, nel caso di condizione risolutiva e di termine finale si ha una situazione opposta alla prima, definita di efficacia provvisoria, in cui l'evento subordinato a condizione risolutiva ed a termine finale fanno venir meno gli effetti del contratto, medio tempore prodotti.

Si tenga comunque presente che questa distinzione, la quale emerge chiaramente anche dal dettato dell'art. 1353 («... l'efficacia o la risoluzione del contratto ...»), ha ben poca rilevanza pratica, in virtù del principio della retroattività della condizione enunciato dall'art. 1360. Secondo il principio appena enunciato, di regola, al sopraggiungere dell'evento condizionante gli effetti del contratto retroagiscono «al tempo in cui è stato concluso il contratto», sicché, rispettivamente, nel caso di condizione sospensiva il contratto dovrà essere inteso come da sempre produttivo di effetti, mentre, al contrario, nel caso di condizione risolutiva esso dovrà essere inteso come mai esistito (e quindi legittima il diritto alla restituzione delle prestazioni eventualmente già effettuate in esecuzione del contratto). Eccezionalmente, invece, la particolare natura del rapporto giuridico, così come un espresso patto contrario, potrebbero suggerire l'irretroattività degli effetti del contratto o della risoluzione. Tale disposizione eccezionale assurge a regola generale nel secondo comma dell'art. 1360 secondo cui, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento della condizione ha sempre efficacia irretroattiva (nel senso che non travolge le prestazioni già effettuate), salvo espresso patto contrario.

Naturalmente, nulla impedisce alle parti di inserire nel regolamento negoziale cumulativamente sia una condizione che un termine. Anzi, può essere osservato che questo modo di condizionare il contratto risponde tipicamente all'esigenza, avvertita dalle parti, di non vincolarsi ad una situazione di incertezza che, in ipotesi, dovesse protrarsi troppo a lungo nel tempo².

La condizione ed il termine vanno nettamente distinte dal *modus* (o onere), tipica clausola accidentale dei soli contratti a titolo gratuito. Essa rappresenta un "peso" per il beneficiario della disposizione a titolo gratuito, che lo obbliga ad un certo comportamento. Il *modus* può essere accostato alla condizione risolutiva, nel senso che il primo, come la condizione risolutiva, è previsto a pena di risoluzione della disposizione *sub onere*³. Risoluzione che, però, non è un effetto automatico, come avviene nella disciplina della condizione, ma costituisce concreta applicazione dei principi di risoluzione del contratto per inadempimento. In particolare, la disposizione modale legittima sia al suo adempimento, sia alla sua risoluzione, qualora essa dovesse rimanere inadempita, a patto che nel negozio *sub onere* vi sia una esplicita volontà in tal senso (si veda, per la disciplina prevista per la donazione modale, l'art. 793, che peraltro rappresenta l'unico riferimento codicistico espresso al *modus*, accanto all'art. 648 per il testamento e all'art. 671 per il legato). Il risarcimento del danno, invece, è sempre dovuto.

3. In particolare, la condizione

In rapida successione si passerà ad esaminare la disciplina che il codice riserva alla condizione.

Si è già accennato all'art. 1353, che introduce la nozione di contratto condizionato: in base a questo primo dato normativo, le parti possono subordinare l'efficacia (condizione sospensiva) o la risoluzione (condizione risolutiva) del contratto ad un evento futuro ed incerto. Durante la fase di pendenza della condizione, in attesa cioè che l'evento si verifichi ovvero non possa più verificarsi, le parti sono tenute entrambe ai canonici obblighi di correttezza e buona fede, ai sensi dell'art. 1358, avendo cura di non ledere le reciproche aspettative. In quest'ipotesi il canone di

² Riferimenti in C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano 2000, p. 540: «... la condizione può collegarsi ad un termine nel senso che le parti possono procedere ad una determinazione temporale del contratto subordinando tuttavia l'efficacia o la risoluzione di esso alla circostanza che per quella data sia accaduto o non accaduto un determinato evento».

³ Illuminanti, in tal senso, le parole pronunciate al riguardo da autorevole dottrina (F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2009, p. 943): «Dalla condizione, il *modus* si distingue perché non incide sulla efficacia del negozio cui accede. Pertanto la condizione rende incerta l'efficacia del contratto, ma non obbliga. Il *modus*, invece, obbliga ma non modifica l'efficacia del contratto, cosicché la prestazione principale deve essere eseguita a prescindere dall'adempimento dell'obbligo modale ...». In giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. II, sent. 19 giugno 2014, n. 14006.

buona fede si specifica, in particolare, nel conservare integre le ragioni della controparte, così come emergenti nell'aspettativa legittimamente nutrita da ognuna di esse (e così giuridicamente tutelata). La norma costituisce applicazione del principio generale espresso dagli artt. 1175 e 1375, e nel caso di sua inosservanza legittima la parte lesa al risarcimento del danno contrattuale. Vi è, poi, un'altra disposizione a carattere sanzionatorio, specificamente rafforzativa del principio espresso dall'art. 1358⁴: in base all'art. 1359, infatti, la condizione «si considera avverata» (cd. finzione di avveramento) qualora il suo concreto avveramento è reso impossibile «per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa».

Durante la fase di pendenza si fa spesso riferimento alla figura dell'aspettativa, come situazione giuridica suscettibile di tutela, che si traduce nella pretesa alla conservazione degli eventuali effetti scaturenti da un regolamento contrattuale⁵. Quest'esigenza di tutela è, in particolare, soddisfatta dagli artt. 1356 e 1357: secondo la prima disposizione normativa, le parti possono compiere atti conservativi (nel caso di condizione sospensiva) ed esercitare il diritto (oggetto di condizione risolutiva), trattandosi però pur sempre di una situazione instabile dal punto di vista effettuale (se, ad es., dovesse sopravvenire l'evento dedotto *sub* condizione risolutiva, gli atti dispositivi *medio tempore* compiuti ne risulteranno inesorabilmente travolti); il principio è enunciato, in forma ancora più chiara, nell'art. 1357, che in generale ammette gli atti dispositivi durante la fase di pendenza, «ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione»⁶.

⁴ La tesi del carattere sanzionatorio della norma in esame non è pacifica in dottrina. A favore del carattere sanzionatorio si schiera C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano 2000, p. 554, avendo però cura di precisare e differenziare l'ambito operativo dell'art. 1358 e dell'art. 1359: secondo l'A., l'art. 1359 non sanziona soltanto la condotta contraria a buona fede, «ma anche la condotta colposa secondo il criterio di normale diligenza», sicché si può trarre la conclusione che «la parte è obbligata a rispettare l'aspettativa dell'altra parte mentre è tenuta secondo buona fede a salvaguardarla».

⁵ Dal concetto di aspettativa di diritto va distinto quello di opponibilità, legato essenzialmente al regime pubblicitario. L'opponibilità dell'aspettativa giuridicamente tutelata consente a colui il quale ritiene di vantare una tale situazione giuridica, di prevalere sui terzi che rivendicano lo stesso diritto o altro incompatibile col primo. L'onere formale che deve essere compiuto, a tal fine, è l'annotazione della condizione all'atto di trascrizione del contratto principale, ai sensi dell'art. 2655 e dell'art. 2659 co. 2, sempre che il contratto sia soggetto a trascrizione. In questo caso, autorevole dottrina ritiene che la menzione dell'elemento accidentale svolgerebbe la stessa funzione della trascrizione, ma la soluzione non è pacifica. Nel primo senso si v. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano 2000, p. 552; contrario, invece, F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2009, p. 940, secondo cui l'assolvimento dell'onere formale darebbe eventualmente «solo titolo per pretendere il risarcimento dei danni», atteso il principio di tassatività desumibile dall'art. 2644, nel quale non v'è traccia della fattispecie in questione.

⁶ Si veda, in giurisprudenza, Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2014,

La condizione si avvera, invece, qualora si verifichi l'evento futuro ed incerto in essa dedotto. In questo caso cessa la fase transitoria della pendenza, e gli effetti del contratto si stabilizzeranno in senso positivo (definitiva efficacia, per la condizione sospensiva) ovvero in senso negativo (definitiva inefficacia, per la condizione risolutiva). Stante l'effetto retroattivo che l'ordinamento riserva per questa fattispecie, come già si è detto, una volta realizzatosi l'evento *sub* condizione la fase di pendenza viene totalmente cancellata, poiché «gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto ... » (cfr. l'art. 1360).

Passando all'analisi della condizione illecita, cioè contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, l'ordinamento reagisce in modo particolarmente severo, comminando la sanzione più grave (nullità, *ex* art. 1354 in combinato disposto con l'art. 1418), che si ripercuote sull'intero contratto, senza peraltro ulteriormente distinguere tra condizione sospensiva e risolutiva. Al contrario, la reazione è più blanda nel caso dell'impossibilità dell'evento dedotto in condizione: in base all'art. 1354 co. 2 la condizione impossibile rende nullo il contratto solo se è sospensiva, mentre nel caso di condizione risolutiva si considera come mai apposta (secondo il noto principio *vitiatur, sed non vitiat*: nel senso che essa, seppur illecita, non vizia il negozio in cui è inserita). Una regola parzialmente diversa è dettata nel caso in cui la condizione illecita o impossibile acceda ad una singola clausola del contratto, nel qual caso, fermo il richiamo operato dall'art. 1354 co. 3 alla disciplina appena

n. 14006: «il contratto sottoposto a condizione sospensiva si perfeziona immediatamente ma è inefficace fino a quando la condizione non si avvera: il negozio esiste – esistendo i suoi elementi strutturali – ma non è ancora efficace e solo con il verificarsi della condizione spiega la sua efficacia *ex tunc*, mentre cessa di esistere se la condizione non si avvera ... Durante il detto periodo di pendenza – su cui retroagiscono l'avveramento o il mancato avveramento della condizione – le parti si trovano in una posizione di aspettativa che è fonte di effetti preliminari. In particolare, in pendenza della condizione sospensiva, il contratto a prestazioni corrispettive produce i suoi normali effetti e vincola i contraenti al puntuale ed esatto adempimento delle obbligazioni rispettivamente assunte: la condizione, infatti, rende incerto il negozio, ma è già fermo ed irrevocabile il vincolo negoziale. Nessun effetto riferito alla situazione finale può però verificarsi finché dura la pendenza salvo alcune eccezioni derivanti dall'applicazione dei principi ricavabili dalle disposizioni dettate dall'art. 1358 c.c.: da dette disposizioni è possibile individuare il contenuto delle aspettative delle parti del contratto condizionato, ossia delle situazioni soggettive che nascono dal contratto condizionato. Tale contratto fa sorgere diritti ed obblighi preliminari che possono dar luogo a risoluzione per inadempimento alla specifica obbligazione – prevista dal citato art. 1358 c.c. – di ciascun contraente di comportarsi in pendenza della condizione 'secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte', cioè di osservare i doveri di lealtà e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., in modo da non influire sul verificarsi dell'evento condizionante pendente».

delineata, si applicherà altresì il principio della nullità parziale espresso dall'art. 1419, secondo cui la nullità di singole clausole del contratto non determinano la nullità dell'intero regolamento negoziale se risulta che le clausole in questione non siano "essenziali" per tutte le parti.

Diversa ancora è la fattispecie della condizione potestativa. La condizione si dice "potestativa" quando l'evento ivi dedotto dipenda dalla volontà dei contraenti (ed in ciò si distingue dalla condizione "casuale", cioè quella tradizionale, in cui le parti non hanno alcuna facoltà di influenzare il prodursi dell'evento condizionante, a pena della finzione di avveramento *ex art. 1359*). La condizione, poi, è "meramente potestativa" se dipende dalla "mera volontà" della parte (si v. l'art. 1355): in questo caso la condizione, dipendendo esclusivamente dalla volontà capricciosa⁷ di una delle due parti, non è considerata consona all'intento di assumere obblighi negoziali, e dunque di vincolarsi, che dovrebbe caratterizzare ogni rapporto obbligatorio (*in primis* il contratto, quale negozio giuridico bi o plurilaterale). Per questo motivo la condizione sospensiva meramente potestativa è nulla⁸, ai sensi dell'art. 1355, per carenza di *animus obligandi*⁹.

⁷ In passato la Corte di Cassazione aveva elaborato il seguente criterio distintivo: «per qualificare una condizione meramente potestativa (che invalida l'obbligazione), occorre che l'evento futuro si identifichi con la stessa volontà di uno dei soggetti, che cioè si deduca in condizione lo stesso volere o disvolere il negozio» (Cass., 4 giugno 1946, n. 721, Giur. Compl. Cass. civ. 1946, I, p. 171; Cass., 17 marzo 1955, n. 791, in *Mass. Foro It.*, 1955, p. 164). In altre parole, la condizione meramente potestativa si ha quando il suo avveramento, dipendente dalla volontà dell'obbligato, sia rimesso al mero ed esclusivo arbitrio del medesimo (*si volam*), mentre nella condizione potestativa semplice l'evento dedotto non dipende dal mero arbitrio dell'obbligato, ma da motivi seri ed apprezzabili, di natura casuale ed oggettiva, i quali, sebbene la loro valutazione sia rimessa all'esclusivo apprezzamento del debitore, rappresentano un giustificato interesse di costui all'avverarsi o meno dell'evento.

⁸ La condizione sospensiva meramente potestativa rende nullo l'intero negozio cui è apposta, per il principio *vitiatur et vitiat*, poiché, come si è già rilevato nel testo, «non si può prendere sul serio un vincolo che dipende dal capriccio dell'obbligato». Cfr. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, ed. XXII, Milano, 2015, p. 630.

⁹ Si noti che l'ordinamento commina la nullità solo per la condizione sospensiva meramente potestativa, ma nulla dice circa la condizione risolutiva meramente potestativa. Quest'ultima è considerata, da autorevole dottrina, alla stregua di un recesso unilaterale, poiché anch'essa si risolve nel potere unilaterale di sciogliersi dal rapporto contrattuale. In ogni caso, si discute circa la validità della condizione risolutiva meramente potestativa: per alcuni, configurando essa un recesso unilaterale *ex art. 1373* ovvero un mutuo dissenso *ex art. 1372*, deve ammettersi la sua ammissibilità e, di conseguenza, la sua piena validità; per altri, al contrario, stante le indubbie differenze strutturali che corrono tra condizione e recesso (prima tra tutte, il principio di retroattività, che vige solo per la condizione), anche la condizione risolutiva meramente potestativa dovrebbe considerarsi non meritevole di tutela, ma, a differenza di quella sospensiva, la nullità non si ripercuote sull'intero regolamento negoziale (e perciò, essa si con-

Collegato al tema della condizione meramente potestativa è l'istituto della condizione (risolutiva) di inadempimento. La "condizione di inadempimento" è la condizione (risolutiva) il cui evento, certamente futuro ed incerto, ma non anche estraneo al regolamento negoziale, è appunto l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto: sicché, al sopraggiungere dell'inadempimento negoziale dovrebbe verificarsi, quale conseguenza automatica, il venir meno dell'intero regolamento pattizio. Essa è, per la precisione, una condizione a carattere potestativo (o, secondo altri autori, meramente potestativo) e unilaterale, facendo dipendere dalla volontà di una sola parte la sopravvivenza dell'intero contratto (analogamente a quanto avviene per il recesso unilaterale *ex art. 1373*).

Questo tipo di evento condizionante non è pacificamente ammesso, anzi proprio su questo punto si registrano rilevanti contrasti di opinioni, sia in dottrina che in giurisprudenza.

La giurisprudenza ammette la condizione di adempimento¹⁰, tracciando, però, nello stesso tempo una netta linea di demarcazione tra condizione risolutiva di inadempimento e clausola risolutiva espressa. In particolare, si deve sottolineare che l'effetto risolutivo, collegato al sopraggiungere dell'inadempimento, è automatico per la condizione di inadempimento, in quanto ricollegata al mero verificarsi dell'evento futuro ed incerto dedotto in condizione (per giunta, con effetti *ex tunc*); al contrario, l'operatività della clausola risolutiva espressa è ricollegata esclusivamente alla volontà dei contraenti (cfr. l'art. 1456: «i contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva ... » nel caso di inadempimento), così rendendo esplicita la «non scarsa importanza» dell'inadempimento nel caso specifico (art. 1455). Sicché, sempre secondo la giurisprudenza, nel caso della clausola risolutiva espressa deve essere necessariamente valutata l'imputabilità dell'inadempimento; invece, nel caso

sidera non apposta, così permettendo agli effetti contrattuali di prodursi immediatamente.

¹⁰ In questo senso, Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2012, n. 6634: «Si rammenta, al riguardo, che, secondo un consolidato orientamento di questa Corte, in virtù del principio generale di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., i contraenti possono validamente prevedere come evento condizionante, tanto in senso sospensivo che risolutivo dell'efficacia del contratto, l'inadempimento di una delle obbligazioni principali del contratto stesso; e che, pertanto, non configura una illegittima condizione meramente potestativa la pattuizione che fa dipendere dal comportamento – adempiente o meno – della parte l'effetto risolutivo del negozio (v. Cass., 21 aprile 2010, n. 9504; Cass., 5 novembre 2006, n. 24299; Cass., 24 novembre 2003, n. 17859; Cass., 12 ottobre 1993, n. 10074; Cass., 8 agosto 1990, n. 8051). Nell'ipotesi considerata l'inadempimento, una volta verificatosi, assume il rilievo di un mero fatto storico che comporta l'effetto risolutivo, indipendentemente da qualsiasi valutazione sulla sua imputabilità ad un comportamento colposo del contraente (v. Cass., 21 aprile 2010, n. 9504; Cass., 15 novembre 2006, n. 24299)». Riferimenti in F. BOCCHINI E. QUADRI, *Diritto Privato*, ed. V, Torino, 2014, p. 872.

della condizione risolutiva di inadempimento, operando quest'ultima automaticamente, l'inadempimento rappresenta un evento oggettivamente idoneo a determinare la risoluzione del contratto, a prescindere da qualsiasi indagine circa le sue cause e, quindi, circa la sua addebitabilità o meno alla parte inadempiente¹¹.

Diversamente la dottrina si mostra più restia ad ammettere un tale tipo di condizione, o quantomeno oppone più resistenze alla sua giuridica ammissibilità. Si è sostenuto, criticamente, che l'adempimento, in quanto attinente all'esecuzione del regolamento negoziale, non è un evento suscettibile di essere dedotto in condizione (in quanto fatto interno e non esterno al contratto); peraltro, e sempre nello stesso senso, si è detto che pur volendo dedurre in condizione l'inadempimento del contratto, si verrebbe a creare una condizione (risolutiva) meramente potestativa, in quanto dipendente dalla volontà della parte (padrona di decidere se adempiere oppure no): il che, se da un lato è incompatibile con il carattere dell'adempimento, che è sempre atto dovuto, dall'altro lato si espone alle censure di coloro i quali estendono alla condizione risolutiva meramente potestativa la disciplina dettata dal codice per la (sola) condizione sospensiva meramente potestativa¹². Anche altra parte della dottrina si mostra sensibile al tema, negando la giuridica ammissibilità della condizione risolutiva di inadempimento, al contempo riqualificandola come clausola risolutiva espressa o, più semplicemente, come recesso unilaterale¹³.

¹¹ In tal senso, sempre Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2012, n. 6634. Conforme anche Cass. civ., n. 24299/2006, secondo cui: «La condizione risolutiva propria al pari di ogni condizione, costituisce una autolimitazione della volontà, in quanto la parte o le parti perseguono un dato effetto contrattuale, subordinandolo tuttavia all'avveramento di un dato evento. La clausola risolutiva espressa rappresenta, invece, una sanzione per il caso di inadempimento».

¹² C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano 2000, p. 545: «Se invece le parti intendono realmente subordinare l'efficacia del contratto all'esecuzione della prestazione principale, ciò vorrebbe dire che questa non è dovuta e che non costituisce quindi adempimento dell'obbligazione contrattuale, essendo piuttosto rimesso alla parte decidere se rendere efficace o meno il contratto mediante la prestazione. In tal caso, a ben vedere, in quanto la parte è arbitra della sorte del contratto può dirsi che essa ha un potere di opzione, e che la prestazione è (libero) esercizio di tale potere».

¹³ È questa la soluzione preferita da F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2009, p. 940, il quale sottolinea che la condizione (potestativa) risolutiva di inadempimento è suscettibile di sovrapporsi alla disciplina della risoluzione del contratto ex art. 1458, e del conseguente risarcimento del danno. Pertanto, al fine di garantire la più ampia applicazione alla disciplina di cui all'art. 1458, l'unica espressamente disciplinata dal codice, e per evitare di incorrere, altresì, nella violazione dell'art. 1229, si suggerisce di non ammettere siffatta clausola, al contempo riqualificandola come clausola risolutiva espressa o, più semplicemente, come recesso unilaterale. Sottolinea Cass. civ., n. 17859/2003: la pattuizione che fa dipendere dal comportamento (adempiente o meno) della parte l'effetto risolutivo del negozio non configura una ipotesi di (illegittima) condizione meramente potestativa,

Si registrano, però, anche significative aperture in merito. Anzi, secondo la tesi favorevole all'ammissibilità di una condizione risolutiva di inadempimento, la deduzione in condizione dell'evento "inadempimento" costituirebbe diretta applicazione del principio della responsabilità contrattuale, ex art. 1218. Tant'è vero che, in tale ipotesi, dall'inadempimento scaturisce, quale effetto automatico, l'immediata caducazione del vincolo obbligatorio, esattamente come se trattasse di una responsabilità (contrattuale) di carattere oggettivo. Ed infatti non può aprioristicamente escludersi che l'interesse principale delle parti sia, non tanto quello di ottenere il risarcimento del danno ovvero l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione, quanto piuttosto quello di sciogliersi, puramente e semplicemente, dal vincolo contrattuale, ritornando alla situazione pregressa alla conclusione del contratto. Questa tesi fa leva sul principio di autotutela, ricomprendente ogni ipotesi in cui ad un soggetto sia permesso difendere un proprio interesse tramite un comportamento conservativo (ne è espressione l'eccezione d'inadempimento disciplinata dall'art. 1460): nel caso di cui si discorre, in particolare, si assiste alla predisposizione di un meccanismo atipico di autotutela attraverso l'inserimento nel regolamento negoziale della condizione di adempimento¹⁴.

4. Le imposte fisse e l'imposta di registro

Come è noto, le imposte possono essere fisse o variabili, a seconda che esse siano o meno predeterminate nel loro ammontare.

In particolare, le imposte fisse sono dovute per un ammontare fisso, a prescindere dalla capacità contributiva. Le imposte variabili, invece, mutano al mutare della base imponibile. Esse si distinguono in proporzionali, progressive e regressive: le prime crescono in modo proporzionale all'aumento della base imponibile (e quindi l'ammontare del debito varia in ragione della grandezza della base imponibile); le seconde aumentano in modo più che proporzionale al variare della base imponibile, mentre le terze diminuiscono al crescere della base imponibile. Naturalmente, l'imposta si caratterizza come progressiva, regressiva o proporzionale, a seconda che l'aliquota sia, a sua volta, progressiva, regressiva o proporzionale: l'aliquota è costante nell'imposta proporzionale, mentre è progressiva o regressiva negli altri due tipi di imposta (nel senso che aumenta o diminuisce al crescere della base imponibile).

poiché: 1) si tratta di una condizione risolutiva e non sospensiva; 2) tale condizione attribuisce un diritto di recesso unilaterale dal contratto a seguito di una adeguata ponderazione di interessi della parte, e non quindi subordinata al suo mero arbitrio.

¹⁴ La tesi è sostenuta da LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela - L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, pp. 93 ss..

Alla luce del principio di progressività emergente dal secondo comma dell'art. 53 Cost. («il sistema tributario è informato a criteri di progressività»), sembrerebbe che soltanto le imposte variabili siano suscettibili di allinearsi ai dettami enfaticamente sanciti nella Carta Fondamentale. Ma questa affermazione, nella sua totale rigidità, deve fare i conti con la più recente giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'imposizione di tipo progressivo, e cioè, si ripete, la crescita del carico tributario in relazione alla ricchezza imponibile, va riferita al sistema tributario nel suo complesso, legittimando così anche forme di imposizione tributaria di tipo diverso¹⁵. D'altro canto, il secondo comma dell'art. 53 va ricollegato al primo comma, in base al quale «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in base alla loro capacità contributiva»: in applicazione del fondamentale principio di capacità contributiva, assieme ai principi di solidarietà e di equità fiscale (desumibili, in via generale, dall'art. 3 Cost.), si può affermare che non è costituzionalmente illegittimo tassare una determinata fattispecie in senso non progressivo. La norma di cui all'art. 53 co. 2 non impone, infatti, che tutti i tributi debbano essere progressivi: si tratta piuttosto di un invito rivolto al legislatore, di natura programmatica e non immediatamente precettiva, che non solo autorizza ma anche invita il legislatore a porre in essere dei tributi progressivi.

Tanto premesso, possono considerarsi ormai superati tutti i dubbi di legittimità costituzionale, in passato paventati, in relazione alle imposte fisse.

In particolare, tra le imposte miste (a prevalente carattere proporzionale) va annoverata anche la c.d. imposta di registro che è quel particolare tributo che viene liquidato ogni qual volta venga compiuto un atto giuridico soggetto a registrazione (ad es., ai fini dell'opponibilità ai terzi).

È necessario specificare, però, che l'imposta di registro gode di una duplice natura giuridica: infatti, per un verso essa assume le sembianze di un'imposta allorquando venga applicata in misura proporzionale al valore dell'atto registrato; in altri casi, invece, l'imposta viene applicata in misura fissa, e dunque diventa una tassa. La duplice natura giuridica del tributo in discorso emerge chiaramente all'art. 28 del d.P.R. n. 131/1986: secondo questa disposizione normativa, la risoluzione del contratto è soggetta a tassazione in misura fissa se deriva da una condizione risolutiva espressa (o altra clausola con funzione risolutiva: ad es.

la condizione di inadempimento); al contrario, se era stato pattuito un corrispettivo per la risoluzione del contratto l'imposta è dovuta in misura proporzionale; «in ogni altro caso l'imposta è dovuta per le prestazioni derivanti dalla risoluzione, considerando comunque, ai fini della determinazione dell'imposta proporzionale, l'eventuale corrispettivo della risoluzione come maggiorazione delle prestazioni stesse».

L'imposta di registro, di regola, è un'imposta reale, indiretta sugli affari (cioè colpisce una manifestazione indiretta di capacità contributiva: qui la capacità contributiva è desunta in via indiretta dall'atto sottoposto a registrazione). Sicché sotto questo profilo, l'aliquota sarà (sempre di regola) proporzionale, e colpirà gli atti in relazione al loro valore giuridico ed economico; ma, come già sottolineato, essa può assumere anche le sembianze di una tassa fissa, che secondo qualcuno si atteggia a corrispettivo della prestazione di conservazione nel registro da parte dell'ufficio competente¹⁶.

La disciplina normativa è contenuta nel d.P.R. 26/04/1986 n. 131 (Testo Unico imposta di Registro).

L'art. 1 del presente d.P.R. esordisce affermando che «l'imposta di registro si applica ... agli atti soggetti a registrazione e a quelli volontariamente presentati per la registrazione», mentre negli articoli che seguono vengono indicati gli atti soggetti a registrazione e gli atti non soggetti a registrazione (artt. 2 - 7); in ogni caso, in base all'art. 10 sono obbligati alla registrazione di alcuni atti, tutta una serie di soggetti ivi elencati, in virtù della particolare posizione loro ricoperta, mentre chiunque altro (che, ovviamente non rientra nell'elenco tassativo di cui prima) vi abbia interesse, può procedere a registrazione volontaria (art. 7), pagando il relativo tributo.

Tra i soggetti obbligati alla registrazione, *ex* art. 10 del TUR., sono espressamente annoverati: le parti contraenti, per le scritture private non autenticate (lett. a); tra gli altri, i notai e gli altri pubblici ufficiali, per gli atti da essi redatti, ricevuti o autenticati (lett. b).

La registrazione consiste, in particolare, nell'annotazione in apposito registro dell'atto o della denuncia e, in mancanza, della richiesta di registrazione (art. 16 TUR).

Tanto premesso, l'art. 27 del d.P.R. n. 131/1986 prevede che il tributo vada pagato in misura fissa qualora abbia ad oggetto atti subordinati a condizione sospensiva.

¹⁵ In questo senso, Corte Cost., 23 marzo 1960 n. 12 e Corte Cost., 29 dicembre 1966 n. 128, secondo cui «nella molteplicità e varietà di imposte, attraverso le quali viene ripartito tra i cittadini il carico tributario, non tutti i tributi si prestano, dal punto di vista tecnico, al principio di progressività, che presuppone un rapporto diretto tra imposizioni e reddito individuale di ogni contribuente».

¹⁶ F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario, II Parte Speciale*, Milano 2012, pp. 266: «Il tributo del registro può atteggiarsi come imposta e come tassa. È una tassa quando è dovuta in misura fissa; in tal caso, ha come presupposto e giustificazione la prestazione di un servizio, cioè la registrazione e la conservazione dell'atto. Si tratta, invece, di imposta, quando il tributo è rapportato, in ragione proporzionale, al valore dell'atto registrato: in tal caso, il tributo ha come sua *ratio* la stipulazione o formazione di un atto a contenuto economico assunto dal legislatore come indice di capacità contributiva».

Il che risulta pienamente coerente con il principio, più volte enunciato, secondo cui l'atto soggetto a condizione sospensiva, seppur perfetto da un punto di vista strutturale, non è suscettibile di produrre effetti in pendenza della stessa; al contrario, l'atto soggetto a condizione risolutiva è immediatamente efficace, e quindi tassabile. E risulta, altresì, pienamente in linea con le regole vigenti in materia tributaria, secondo le quali nella condizione sospensiva l'avveramento della condizione determina il sorgere del debito di imposta; mentre, se la condizione è risolutiva il sopraggiungere dell'evento condizionante estingue il debito d'imposta.

A completamento della regola, l'art. 27 co. 2 prescrive che, una volta verificatosi l'evento dedotto in condizione sospensiva, «si riscuote la differenza tra l'imposta dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto e quella pagata in sede di registrazione».

Gli atti sottoposti a condizione meramente potestativa dipendente dal mero arbitrio dell'alienante, pur essendo nulli secondo la disciplina civilistica, sono assoggettati ad imposta di registro in misura fissa ai sensi del co. 4 dell'art. 27; al contrario, gli atti sottoposti a condizione meramente potestativa dipendente dal mero arbitrio dell'acquirente, validi per il diritto civile, per il diritto tributario sono soggetti ad imposta di registro in misura proporzionale, come se la condizione non fosse mai stata apposta¹⁷. La stessa imposta di

registro proporzionale è dovuta nel caso della vendita con riserva di proprietà, che, al pari della condizione meramente potestativa per volontà dell'acquirente, non è per il diritto tributario un contratto condizionato.

A ben vedere, nel caso dell'imposta di registro ad essere sottoposta a condizione non è, di per sé, la fattispecie tributaria; qui ad essere condizionato è solo il negozio giuridico sottostante alla fattispecie tributaria, anche se ne risulta indirettamente condizionato pure l'atto di prelievo. Secondo autorevole dottrina, infatti, «l'imposta è condizionata all'avveramento della stessa condizione alla quale sono subordinati gli effetti del contratto»¹⁸.

Sicché, in definitiva, il pagamento dell'imposta di registro di atti sottoposti a condizione sospensiva avviene in due diversi momenti: il primo, attraverso la liquidazione provvisoria del tributo in misura fissa, durante il periodo di pendenza; il secondo, al verificarsi dell'evento condizionante, in misura proporzionale, e definitiva, al netto di quanto già prelevato¹⁹. La seconda liquidazione integra la prima, così che l'imposta dovuta in base all'atto risulta quella derivante dalla somma delle imposte liquidate in due momenti²⁰.

Questo meccanismo di liquidazione dell'imposta di registro rende evidente il legame che avvince gli artt. 27 e 19 TUR, quest'ultimo disciplinante l'obbligo di denuncia di eventi successivi alla registrazione. La norma prevede l'obbligo di denuncia, entro 20 giorni, a cura delle parti contraenti o dei loro aventi causa e di coloro nel cui interesse è stata richiesta la registrazione, al sopraggiungere delle seguenti tre fattispecie: 1)

¹⁷ Proprio in relazione all'art. 27 co. 3, stante la sua chiara finalità antielusiva, una recente pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. tributaria, 23 ottobre 2015, n. 21625) ha affermato che «nelle sentenze produttive degli effetti di contratto non concluso, traslativo della proprietà di immobile, ex art. 2932 cod. civ., la condizione del pagamento del prezzo deve ritenersi non apposta in quanto meramente potestativa ... Dunque in materia di imposta di registro, la sentenza che, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., abbia disposto il trasferimento di un immobile in favore del promissario acquirente, subordinatamente al pagamento da parte sua del corrispettivo pattuito, è di per sé soggetta ad imposta proporzionale e non in misura fissa, in quanto è applicabile il d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 27, comma 3, alla stregua del quale non sono considerati sottoposti a condizione sospensiva gli atti sottoposti a condizione che ne fanno dipendere gli effetti dalla mera volontà dell'acquirente (cfr., in tal senso, Cass., 24 luglio 2014, n. 16818; Cass., 11 aprile 2014, n. 8544; Cass., 6 marzo 2011, n. 6116)». Nello stesso senso, cfr. Cass. civ., sez. trib., 24 luglio 2014 n. 16818, e C.t.r. Firenze, sez. XIII, 29 aprile 2015, n. 795. In senso opposto, invece, Cass. civ., sez. V, 06 giugno 2012, n. 9097: «in tema di reddito di imposta di registro e di INVIM e d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 27, la sentenza che subordini il trasferimento di un immobile alla condizione del previo pagamento del prezzo è assoggettata a tributo solo al verificarsi di tale evento, atteso che in tale momento l'atto produce effetti traslativi, nè può ritenersi applicabile il d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 27, comma 3, secondo il quale non sono considerati sottoposti a condizione gli atti subordinati a condizione meramente potestativa, perché questa ricorre quando l'evento futuro ed incerto consiste nel comportamento attivo od omissivo determinato da mero arbitrio della parte, dovendo invece qualificarsi come pote-

stativa la condizione costituita da un atto di esercizio della volontà dipendente da un complesso di motivi connessi ad apprezzabili interessi, che, pur essendo rimessi all'esclusiva valutazione di una parte, incidano sulle sue scelte, come quando la decisione attenga al pagamento di un prezzo di notevole importo». Si auspica, in ogni caso, un imminente intervento chiarificatore della Suprema Corte a Sezioni Unite.

¹⁸ F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario, I Parte Generale*, Milano 2011, pp. 108 e ss.

¹⁹ Per quanto riguarda la natura giuridica di questo particolare prelievo tributario, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel senso che si tratta di una imposta principale a cui va aggiunta un'imposta complementare. In particolare, ci si riferisce all'imposta complementare poiché «la prima applicazione dell'imposta avviene su di una base imponibile provvisoria, cui deve seguire un nuovo momento applicativo, tenendo conto del valore imponibile definitivo» (F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario, II Parte Speciale*, Milano 2012, p. 286). Le nozioni di «imposta principale, suppletiva e complementare» vanno desunte dal dettato normativo contenuto nell'art. 42 TUR.

²⁰ Diverso trattamento normativo è previsto, invece, per gli atti soggetti ad approvazione od omologazione. L'art. 14 TUR prevede, al riguardo, che la registrazione sia differita al momento in cui l'atto sia stato effettivamente approvato o omologato dall'autorità competente (trattasi quindi di imposta principale); mentre l'art. 27 prevede un pagamento anticipato dell'atto *sub* condizione in misura fissa cui seguirà, al sopraggiungere dell'evento condizionante, il pagamento dell'imposta proporzionale al netto di quanto già pagato (imposta complementare).

all'avveramento della condizione sospensiva apposta ad un determinato atto; 2) all'esecuzione anticipata di un atto sospensivamente condizionato, prima che quest'ultima possa dirsi pienamente realizzata; 3) al «verificarsi di eventi che, a norma del presente testo unico, diano luogo ad ulteriore liquidazione di imposta». La *ratio* della denuncia di cui al citato articolo 19 è quella di consentire all'Amministrazione di essere informata in ordine al verificarsi di eventi che danno luogo ad una modifica dell'originaria tassazione.

Di recente l'Amministrazione Finanziaria con la Risoluzione n. 7/E del 14 Gennaio 2014 ha sottolineato che l'onere imposto dall'art. 19 può essere assolto anche mediante una dichiarazione equipollente (cd. atto ricognitivo), in quanto comunque ne risulta soddisfatto l'interesse tutelato dalla norma in esame. L'Amministrazione ha in particolare sostenuto che: «... la presentazione dell'atto ricognitivo per la registrazione può costituire una forma alternativa di adempimento dell'obbligo di denuncia previsto dall'articolo 19 del Tur tutte le volte in cui lo stesso, al pari della denuncia, sia in grado di garantire l'interesse dell'Erario al corretto esercizio del potere impositivo permettendo una tassazione adeguata al verificarsi della condizione sospensiva o di fatti ulteriori. Pertanto, l'atto ricognitivo assolverà anche al predetto obbligo di denuncia, sostituendosi alla stessa, quando dallo stesso risulti esplicitamente il suo collegamento al primo atto e siano rispettate le condizioni e i termini previsti dal citato articolo 19 ...».

Il meccanismo di liquidazione del tributo testé citato funge da modello generale per tutte le operazioni negoziali a formazione progressiva, che cioè non si risolvono nel compimento di un unico atto ma si compongono di una serie di fatti o atti che si succedono nel tempo, a completamento della fattispecie complessa²¹. E risponde ad un principio generale in virtù del quale, nel caso di fattispecie negoziali complesse soltanto un atto può essere tassato in misura proporzionale, mentre l'altro deve essere tassato in misura fissa.

Il tutto al fine di evitare la reiterata applicazione della medesima imposta in dipendenza dello stesso presupposto impositivo (cd. divieto di doppia imposizione in materia tributaria). Questo principio generale, ben noto in dottrina²² e costantemente applicato

²¹ La dottrina civilistica è più o meno concorde ad attribuire ai soggetti che partecipano ad una fattispecie a formazione progressiva, una situazione giuridica soggettiva di "aspettativa" legittimamente tutelata dall'ordinamento. Si v., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2009, p. 82.

²² La dottrina distingue tra doppia imposizione internazionale ed interna, e tra doppia imposizione in senso economico ed in senso giuridico. Per doppia imposizione in senso economico s'intende «una duplice imposizione di una stessa ricchezza sulla base di fattispecie impositive distinte e relative a diversi tributi»; mentre, la doppia imposizione in senso giuridico si risolve in «una doppia (o plurima) applicazione della stessa imposta, in relazione allo stesso presupposto, anche nei confronti di soggetti

in giurisprudenza²³, trova la propria base normativa nell'art. 67 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, secondo cui «La stessa imposta non può essere applicata più volte, in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi», e nell'art. 163 d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917.

Anche l'art. 20 TUR²⁴, secondo cui «l'imposta è applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente», si rifa ad una logica di giustizia sostanziale e di equità tributaria. A tal uopo la prevalente giurisprudenza di legittimità e di merito si serve del citato art. 20 in chiave tipicamente antielusiva, al fine di smascherare comportamenti "sospetti" dei contribuenti che, facendo uso di una sequenza di atti, registrati a breve distanza temporale gli uni dagli altri, cercano di aggirare la normativa contenuta nel TUR²⁵.

diversi». Secondo una tesi consolidatasi nel tempo, gli artt. 67 e 163 citati si riferiscono esclusivamente «al fenomeno della doppia (o plurima) imposizione giuridica essendo, viceversa, compatibile con il sistema la doppia (o plurima) imposizione, sul piano economico, dello stesso fatto economicamente valutabile». Cfr. SILVIA BURELLI, voce *Doppia imposizione interna e internazionale [dir. trib.]*, in Treccani Diritto *on line* (2015).

²³ Tra le tante, cfr. la recente Cass. Civ., sez. VI, 06/06/2016 n. 11600, in merito al regime di tassazione – IVA o imposta di Registro – cui assoggettare la cessione a titolo oneroso, da parte di impresa agricola, di immobile che abbia acquisito una destinazione (edificatoria) diversa da quella goduta, allorché era stato impiegato nell'attività produttiva, secondo cui va radicalmente esclusa l'applicabilità dell'IVA all'operazione imponibile, con conseguente assoggettamento del relativo atto di cessione all'imposta di registro. Nello stesso senso Cass. 5366/1999; Cass. 8351/2002; Cass. 27576/2008; Cass. 8327 e 9148 del 2014; Cass. 3436/2015.

²⁴ Anche l'art. 22 TUR ha finalità intrinsecamente antielusiva. L'art. 22, secondo cui «Se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati e posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene la enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate ...», enuncia il principio dell'autonomia negoziale nel diritto tributario. Principio che va letto in combinato disposto con l'art. 21 TUR: «Se un atto contiene più disposizioni che non derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, ciascuna di esse è soggetta ad imposta come se fosse un atto distinto; Se le disposizioni contenute nell'atto derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, l'imposta si applica come se l'atto contenesse la sola disposizione che dà luogo alla imposizione più onerosa». In giurisprudenza, v. ad es. Cass. civ., 14 marzo 2012, n. 4096.

²⁵ Il concetto di "comportamento sospetto" del contribuente si ricollega all'istituto, di creazione giurisprudenziale, dell'abuso del diritto in ambito tributario. Al riguardo, si rammenta come la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, nella sent. 23 dicembre 2008, n. 30055, abbia statuito che «non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale». Così anche Cass. civ., sez. tributaria, 18 novembre 2011, n. 24231: «... In materia

Facendo un uso sapiente della teoria della causa in concreto, e quindi a seguito di una valutazione complessiva dell'intera operazione economico-individuale a tal uopo realizzata, si tende ad unificare la pluralità di negozi posti in essere in virtù dell'unico risultato economico-giuridico concretamente realizzato. Quest'orientamento interpretativo trae origine dallo stesso dettato normativo di cui all'art. 20 (il legislatore fa espresso rinvio a concetti quali: «intrinseca natura» ed «effetti giuridici» degli atti sul relativo titolo e «forma apparente»), sicché la base imponibile ai fini dell'imposta di registro deve individuata partendo dalla «causa reale» o «concreta» dell'atto giuridico oggetto di registrazione. Da ciò discende che, ai soli fini dell'applicazione dell'imposta di registro, sugli effetti giuridici riferiti ai singoli negozi prevarrebbero quelli economici riferiti alla fattispecie globale²⁶.

La sentenza della C.T.P. di Napoli

Alla luce di quanto detto, si può passare all'analisi della sentenza n. 14390/2015, resa dalla Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, sez. n. XIV, in data 24 maggio 2016.

tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici ...». All'abuso del diritto fa oggi espresso rinvio la nuova norma di cui all'art. 10-bis, introdotta nello Statuto dei diritti del contribuente (Legge 27 luglio 2000, n. 212) dall'art. 1 del d.lgs. n. 128 del 5 agosto 2015: la fattispecie si configura in presenza di una o più operazioni che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, sono prive di sostanza economica e permettono al contribuente che le pone in essere di realizzare vantaggi fiscali indebiti.

²⁶ Si v., al riguardo, Cass., 23 novembre 2001, n. 14900 e Cass. 7 luglio 2003, n. 10660. La Cass. n. 21526/2013 ha espressamente sancito che «va sottoposta a tassazione la reale attività giuridica posta in essere dal contribuente, a prescindere da come essa sia formalmente manifestata nell'atto presentato per la registrazione». Più di recente, sempre in merito all'art. 20 TUR, la Corte ha affermato che: «... dovrà darsi la preminenza assoluta alla causa reale sull'assetto cartolare, con conseguente tangibilità, sul piano fiscale, delle forme negoziali, in considerazione della funzione antielusiva sottesa alla disposizione in parola ...» (Cass., sez. trib., n. 5877/2014). Vedi però, in senso critico alla «lettura» in chiave antielusiva dell'art. 20, FRANCESCO PEDROTTI, *Conferimento di ramo di azienda e successiva cessione di quote attribuite al soggetto conferente. considerazioni intorno alla presunta elusività dell'operazione ai fini dell'imposta di registro*, in *Riv. dir. trib.*, fasc.4, 2011, p. 226. Nello stesso senso della giurisprudenza dominante, invece, si v. F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario, II Parte Speciale*, Milano 2012, p. 273: l'A. sostiene l'inapplicabilità nel diritto tributario dei comuni criteri di interpretazione del contratto (in particolare, di quello che si fonda sulla comune intenzione delle parti ex art. 1362) «soprattutto se ricorrono intenti elusivi», così confermando la tesi dell'interpretazione in chiave antielusiva della norma in esame.

La predetta decisione ha correttamente rubricato la fattispecie concreta nell'art. 27 TUR, rendendo così applicabile la relativa disciplina.

Così, la Commissione Tributaria dopo aver accolto il ricorso, ritualmente proposto dal notaio rogante l'atto pubblico di trasferimento e tenuto in via solidale alla corresponsione dell'imposta, avverso il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, ha ritenuto esente da critiche la tesi della ricorrente, in base alla quale l'imposta di registro deve essere versata in relazione al contratto (di compravendita) sottoposto a condizione sospensiva, al momento dell'avveramento della stessa, in via proporzionale al netto di quanto già versato in precedenza (in forma fissa).

Sostiene la CTP di Napoli, nella motivazione della decisione, che «la formulazione della disposizione normativa è chiara nel senso che deve essere corrisposta, nel momento nel quale si verifica la condizione, l'imposta in un importo derivante dalla sottrazione a quella dovuta sulla scorta delle previsioni vigenti in tale momento dell'imposta in misura fissa già versata, quando l'atto sottoposto a condizione sospensiva è stato stipulato ... Tale impostazione interpretativa, del resto, è conforme anche alla natura unitaria del negozio sottoposto a condizione sospensiva, confermata dalla retroattività degli effetti dello stesso una volta che la condizione si sia verificata».

Giova, in ogni caso, soffermarsi sulla legittimazione a ricorrere del Notaio.

Nel caso di specie il Notaio ricorrente è certamente legittimato ad impugnare l'atto, dato che, ai sensi dell'art. 10 TUR, egli è destinatario della pretesa tributaria quale responsabile d'imposta. In particolare, l'art. 10 TUR prevede che sono obbligati a richiedere la registrazione i Notai per gli atti (pubblici e scritture private autenticate) da loro stessi redatti, ricevuti o autenticati: sicché il notaio rogante è destinatario dell'obbligo di richiedere la registrazione, ed è tenuto al pagamento della sola imposta principale in qualità di responsabile d'imposta (mentre non è tenuto al versamento delle imposte complementari e suppletive)²⁷.

Si tenga però presente che, ai sensi dell'art. 57, «oltre ai pubblici ufficiali, che hanno redatto, ricevuto o

²⁷ Come più volte sottolineato in dottrina, il «responsabile di imposta» è colui al quale il legislatore, al fine di garantirsi la certezza della riscossione, «estende la titolarità di soggetti passivi solidalmente anche ad altri soggetti i quali non hanno alcuna relazione con il presupposto» impositivo, in modo che «il soggetto passivo effettivo diviene coobbligato solidale insieme al responsabile di imposta, quale il notaio o il cancelliere ...». Così A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, ed. VII, Napoli, 2004, p. 292: «l'assunzione della veste di soggetto passivo di imposta è legittima costituzionalmente, solo se essa è strettamente collegata alla titolarità del fatto indice della capacità contributiva»; sicché la «coobbligazione solidale paritetica» sarà giustificata solo se la capacità contributiva che legittima il prelievo tributario sia imputabile a tutti i condebitori solidali.

autenticato l'atto, e ai soggetti nel cui interesse fu richiesta la registrazione, sono solidalmente obbligati al pagamento dell'imposta le parti contraenti, le parti in causa», nonché gli altri soggetti ivi elencati.

La giurisprudenza tributaria pacificamente attribuisce la legittimazione ad impugnare al Notaio, in quanto nel caso di specie vi è una perfetta coincidenza tra colui che propone il ricorso e colui che appare destinatario della pretesa tributaria (come "responsabile di imposta")²⁸.

Si noti, però, che sono stati sollevati alcuni dubbi interpretativi in merito alla (paventata) efficacia retroattiva della condizione sospensiva nel diritto tributario. In particolare, si discute se l'imposta di registro a carattere proporzionale vada applicata al valore che l'immobile trasferito aveva alla data della stipula del contratto, oppure al valore dell'immobile nel momento in cui l'evento condizionante si è verificato.

Si registrano, al riguardo, due orientamenti interpretativi contrastanti.

Secondo una prima tesi, prevalente all'epoca della previgente normativa in tema di imposta di registro (art. 17 L. di registro del 1923), l'imposta in questione, in relazione ad atti sottoposti a condizione sospensiva, va calcolata nella misura stabilita dalla legge in vigore al giorno in cui la condizione si è avverata.

Ovviamente se si intende calcolare il valore del bene già a partire dalla stipula del contratto, come riteneva la giurisprudenza allora prevalente²⁹, si attribuirà di conseguenza carattere pienamente retroattivo alla condizione anche in ambito tributario; se, invece, si dovesse ritenere che il valore del bene vada calcolato con riguardo al giorno in cui la condizione si è verificata, come sostiene la giurisprudenza più recente, ecco che la condizione perde la sua naturale retroattività.

Ad oggi, vigente l'attuale art. 43 TUR, l'orientamento prevalente va in quest'ultima direzione, nel senso cioè che per gli atti soggetti a condizione sospensiva il valore del bene vada calcolato al momento in cui l'evento condizionante si è verificato, così legittimando in

via definitiva la tesi dell'irretroattività della condizione nel diritto tributario. Questo orientamento fa leva, principalmente, sul dato letterale dell'art. 43, secondo il quale «La base imponibile ... è costituita», per gli atti sottoposti a condizione sospensiva, dal valore del bene o del diritto «alla data in cui si producono i relativi effetti traslativi o costitutivi»: il riferimento «alla data in cui si producono i relativi effetti», è stato detto, dovrebbe far pensare che il momento fiscalmente rilevante non è, come per il codice civile (art. 1360), la data della stipula del contratto, ma piuttosto il momento in cui la condizione si è realizzata (e quindi l'atto ha definitivamente prodotto i suoi effetti).

In questo ordine idee si pone, di recente, la Cass. civ., sez. V, 18 maggio 2012, n. 7877, che ha rivendicato una diversa operatività del principio di retroattività vigente in ambito civilistico, giustificata dal principio di autonomia del diritto tributario rispetto al diritto civile: sulla base del combinato disposto degli artt. 27 co. 2 e 43 co. 1 lett. a) TUR³⁰, la Corte di Cassazione, nella sent. poc'anzi citata, ha avuto modo di chiarire che «le nozioni civilistiche debbono essere valutate alla luce delle specifiche disposizioni contenute nel Testo Unico n. 131 del 1986». «Il d.P.R. n. 131 del 1986, art. 43, comma 1, lett. a)», afferma sempre la Corte, «stabilendo che la base imponibile, nel contratto traslativo o costitutivo di diritti reali soggetto a condizione sospensiva, è segnata dal valore del bene alla data in cui "si producono" i relativi effetti, va inteso riferito al tempo del verificarsi della condizione»; ne consegue che il legislatore tributario ha recepito le indicate nozioni civilistiche, per dare una soluzione distinta al quesito dell'individuazione della disciplina applicabile (quella del tempo della stipulazione) ed al quesito del valore fiscalmente rilevante (quello del tempo in cui il contratto condizionale si è tradotto in un contratto traslativo o costitutivo della proprietà od altro diritto reale).

Questa tesi ha evidenti finalità antielusive, tant'è che riesce a sottoporre a tassazione anche il periodo intercorrente tra la stipula dell'atto e il sopraggiungere dell'evento condizionante, così evitando l'eventuale evasione dell'imposta nel predetto periodo in caso di aumento del valore del bene³¹.

²⁸ Cfr. C.T.P. Napoli, sezione n. 35, sentenza del 23 ottobre 2013 n. 12647/11, con riguardo alla legittimazione del Notaio rogante di proporre opposizione ad un avviso di liquidazione (e relative sanzioni) avente ad oggetto il pagamento dell'imposta ipotecaria e catastale relativamente ad un atto di costituzione di *trust*: «... il notaio è soggetto tenuto a versare le imposte principali ipotecarie e catastali, e quindi, ha interesse ad impugnare un provvedimento che riguarda tali imposte e che incide sulla sua sfera giuridica; identico interesse hanno anche le parti che sono tenute, in rivalsa del notaio, a pagare le medesime imposte; ma la circostanza che gli avvisi di liquidazione impugnati sono stati notificati soltanto al notaio, a maggior ragione legittima, incontestabilmente, quest'ultimo ad impugnare gli atti *de quibus*». Per un commento alla sentenza in discorso, sia consentito il rinvio al mio *Il trust e le sue applicazioni nella dottrina, nella giurisprudenza e nel diritto tributario*, Nota a C.T.P. Napoli, sez. 35, 19 giugno 2013, n. 676, in *Gazz. Forense*, Gen. - Feb. 2014, n. 1.

²⁹ Cfr., Cass. civ., sez. V, 04 febbraio 1955, n. 68110.

³⁰ Art. 27 co. 2 TUR: «Quando la condizione si verifica ... si riscuote la differenza tra l'imposta dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto e quella pagata in sede di registrazione»; art. 43 co. 1 lett. a) TUR: «La base imponibile ... è costituita», per gli atti sottoposti a condizione sospensiva, dal valore del bene o del diritto «alla data in cui si producono i relativi effetti traslativi o costitutivi».

³¹ Circa le finalità antielusive, sempre la Cass. civ. n. 7877/2012: «La tassazione di registro, sulla scorta del valore dell'epoca della stipulazione del contratto condizionale, porterebbe a disancorare il prelievo tributario dalla concreta consistenza dei riflessi economici dell'atto, cioè dagli elementi evidenziatori della capacità contributiva dei contraenti. L'entità di tale prelievo, infatti, seguendo l'indicato criterio, e cioè prescindendo dal valore che il

Ma questa tesi non è affatto pacifica, ed è stata più volte sottoposta a serrata critica. In particolare, si è sostenuto che la disciplina della condizione sospensiva trova la propria base codicistica nel Codice Civile, dove è evidente che essa ha effetto retroattivo (art. 1360); sicché non si vede il motivo per il quale la stessa dovrebbe atteggiarsi diversamente nel diritto tributario. Da ciò dovrebbe desumersi che, anche nel diritto tributario, la condizione ha efficacia retroattiva, e di conseguenza il valore del bene va calcolato al momento della stipula del contratto. Questa seconda tesi interpretativa rigetta una lettura in chiave antielusiva della norma in esame, sul presupposto (implicito) che l'incremento di valore del bene nelle more del verificarsi della condizione è, in realtà, una mera eventualità, sicché voler sottoporre a tassazione tale periodo intermedio è una pretesa, il più delle volte, del tutto inutile e priva di una reale giustificazione impositiva.

5. Conclusioni

La sentenza della C.T.P. di Napoli, in commento, sembrerebbe porsi in contrasto con il prevalente orientamento giurisprudenziale, postulando l'efficacia retroattiva della condizione sospensiva anche in ambito tributario.

Ciò traspare, indirettamente, dalla parte motiva della sentenza, in cui, dopo aver affermato che il dettato di cui all'art. 27 TUR è chiaro nel senso che l'imposta deve essere corrisposta nel momento nel quale si verifica la condizione, al netto di quanto già versato in misura fissa all'atto della stipula del contratto, si afferma che «tale impostazione interpretativa, del resto, è conforme anche alla natura unitaria del negozio sottoposto a condizione sospensiva, confermata dalla retroattività degli effetti dello stesso una volta che la condizione si sia verificata». Questa conclusione, che comporta quindi una determinazione dell'imponibile riferita al momento della stipula dell'atto, risulta d'altra parte pienamente in linea con la disciplina codicistica di cui all'art. 1360, secondo cui «gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto».

Alla luce di quest'ultima disposizione normativa va letto l'art. 43 TUR, per cui la «data in cui si producono gli effetti traslativi», cui fa cenno la norma appena citata, va ricondotta al momento in cui il contratto è stato concluso, in applicazione del più volte menzionato principio di retroattività della condizione.

D'altronde, appare così anche chiaro il riferimento alla «natura unitaria del negozio sottoposto a condi-

zione sospensiva», poiché così ragionando verrebbe meno quella scissione, pretesa dalla tesi opposta, tra momento fiscalmente rilevante (il verificarsi dell'evento condizionante) e momento civilisticamente rilevante (la stipula del contratto).

zione sospensiva», poiché così ragionando verrebbe meno quella scissione, pretesa dalla tesi opposta, tra momento fiscalmente rilevante (il verificarsi dell'evento condizionante) e momento civilisticamente rilevante (la stipula del contratto).

A riprova della bontà della tesi in argomento si può richiamare alla mente il disposto dell' art. 20 TUR, che enunciando il principio per cui «l'imposta è applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione ... » compie un (implicito) rinvio alla disciplina civilistica contenuta nell'art. 1360 relativamente all'efficacia retroattiva della condizione: se infatti l'imposta deve essere applicata secondo gli effetti giuridici degli atti presentati per la registrazione, ne dovrebbe conseguire che, in base all'art. 1360 più volte citato, gli effetti del contratto condizionato vanno riportati al momento della stipula dell'atto e, pertanto, a quel momento va calcolato il valore del bene da sottoporre ad imposta.

D'altra parte, lo stesso art. 27 TUR, al fine di determinare l'imposizione tributaria a seguito del sopraggiungere dell'evento condizionante, fa riferimento all'imposta dovuta «secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto».

Decisivo, infine, il rilievo secondo cui l'interpretazione antielusiva³² di una norma tributaria è consentita soltanto quando il contribuente abbia posto in essere comportamenti concretamente elusivi, mentre, nel caso di specie, la stipulazione di un contratto sottoposto a condizione sospensiva non può far presumere, di per sé, alcun intento elusivo³³.

Si ritiene, in conclusione, che la tesi sostenuta nella sentenza dei giudici partenopei in commento sia pienamente condivisibile in ordine al corretto criterio di tassazione della c.d. imposta di registro dell'atto pubblico di trasferimento (compravendita), sottoposto a condizione sospensiva, dovuta dal notaio rogante in via solidale con le parti dello stesso contratto.

³² Ovvero, quel tipo di interpretazione a carattere sostanzialistico, attraverso la quale, andando al di là del dato strettamente normativo, si consente all'interprete di indagare la *ratio* delle norme interpretate, al fine di includere nel suo campo di applicazione anche fattispecie dalla norma originariamente non contemplate. Secondo parte della dottrina (S. MULEO, «*Lezioni di Diritto Tributario*», Torino, 2016, pp. 173 ss.) una tale tecnica interpretativa sarebbe espressione di un principio generale, desumibile, in particolare, dai precetti di capacità contributiva e solidarietà vigenti in ambito tributario; ma, come è stato notato da più attenta dottrina (F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario, I Parte Generale*, Milano, 2011, pp. 49 ss.), l'interpretazione antielusiva non è senza limiti, poiché il metodo interpretativo in discorso va adottato esclusivamente quando «il contribuente si avvale di strumenti (atti o comportamenti) che appaiono estranei alla fattispecie di una norma impositiva, ma che, in realtà, vi possono rientrare ove le regole sull'interpretazione permettano di tener conto in modo prevalente del risultato economico avuto di mira».

³³ Secondo autorevolissima dottrina, si noti, «l'elusione comincia là dove finisce l'interpretazione» (G. MELIS, *L'interpretazione nel Diritto Tributario*, Padova, 2003, p. 190).

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Imposta sul reddito delle persone fisiche e giuridiche – Professioni intellettuali – Contributi integrativi EPAP – Duplicazione dell'imposizione

Il contributo integrativo applicato dal professionista sulla fattura non è un costo deducibile, perché si tratta di un onere posto a carico dei clienti. La Corte di cassazione ha accolto, così, il ricorso dell'Agenzia delle Entrate che ha chiamato in giudizio un contribuente a seguito del giudizio dinanzi alla Commissione tributaria regionale della Liguria che ha considerato come costi deducibili per il professionista iscritto all'EPAP i contributi integrativi dovuti alla Cassa. Il d.lgs. n. 103/1996 in materia di tutela previdenziale obbligatoria stabilisce, tuttavia, che il contributo integrativo a carico di coloro che si avvalgono delle attività professionali degli iscritti, è fissato nella misura del 2% del fatturato lordo ed è riscosso direttamente dallo stesso iscritto all'atto del pagamento previa evidenziazione del relativo importo sulla fattura. La Corte richiama, inoltre, la sentenza n. 13465/2014 in materia di contributi da versare ai dottori commercialisti e sulla medesima linea afferma che non si tratta di un costo deducibile. A ciò osta, infatti, il dettato letterale dell'art. 10 della l. n. 6 del 1981 nella parte in cui prevede che solo sul cliente grava il contributo.

Cass. civ., sez. V, 14 ottobre 2016, n. 20784, Pres. R. Vivaldi, Rel. A. Greco

Responsabilità socio – Società di persone – Notifica avviso di accertamento – Effetti – Prescrizione

La responsabilità per le obbligazioni sociali di società di persone, in assenza di un'espressa previsione derogativa, riguarda anche le obbligazioni che derivano da rapporti tributari. La natura di responsabilità diretta, solidale e illimitata, sebbene subordinata al beneficio di preventiva escussione del patrimonio societario ex art. 2304 c.c., comporta che l'Amministrazione finanziaria non abbia l'obbligo di notificare al socio l'avviso di accertamento o la cartella di pagamento già comunicata dal concessionario della riscossione, in quanto l'accertamento effettuato nei confronti della società ha effetto anche nei confronti del socio in termini di riscossione delle somme e di prescrizione. Il socio ha quindi facoltà di impugnare sia l'atto notificato che l'interruzione della prescrizione che ha avuto luogo nei confronti della società. La Corte di Cassazione ha ribadito che non può ritenersi violato il diritto di difesa del socio. La prescrizione è decennale in quanto la prestazione tributaria non è una prestazione periodica ma il debito deriva, anno per anno, da una nuova ed autonoma valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti impositivi e il termine decorre dalla data in cui il diritto poteva essere fatto valere o dai successivi atti interruttivi della prescrizione di cui all'art. 2946 c.c.

Cass., sez. V, 9 agosto 2016, n. 16713, Pres. S. Bielli, Rel. M. Marulli

Ristretta base azionaria – Società – Avviso di accertamento – Utili – Sospensione

Negli accertamenti fiscali condotti nei confronti delle società a ristretta base azionaria, ovvero società di capitali caratterizzate da un numero esiguo di soci, eventualmente in rapporto di parentela tra di loro (c.d. base ristretta familiare), esiste un rapporto di pregiudizialità tra l'avviso di accertamento rivolto alla società, con cui si individuano gli utili extra bilancio, e quelli rivolti ai soci, con cui si presume la distribuzione di tali utili. Dunque, le cause instaurate dai soci che abbiano separatamente impugnato i propri avvisi di accertamento, possono essere sospese, in attesa che si formi il giudicato nei confronti della società, per confermare l'esistenza o meno degli utili extra bilancio. Di contro, è illegittimo annullare un avviso di accertamento rivolto al socio per la sola circostanza che sia stato annullato l'atto pregiudiziale rivolto alla società, salvo che tale annullamento sia definitivo, ovvero disposto da una sentenza passata in giudicato.

Cass. civ., sez. VI, 29 settembre 2016, n. 19334, Pres. E. Cirillo, Rel. P. Vella

Verifica fiscale – Art. 52, co. 5, d.P.R. n. 633/72 – Impossibilità esibizione documenti e registri a causa di incendio – Onere dell'ufficio di individuare e indicare i presupposti di fatto che integrano il rifiuto di esibizione

L'art. 52, quinto comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 non può essere applicato oltre i casi ed i tempi da esso considerati. Per essere sanzionato con la perdita della facoltà di produrre i libri e le altre scritture in sede amministrativa o contenziosa, il contribuente deve aver tenuto, nel corso di un accesso o comunque di una verifica, un

comportamento diretto a sottrarsi alla prova e, dunque, capace di far fondatamente dubitare della genuinità di documenti che affiorino soltanto in seguito. Non sono ravvisabili i presupposti di applicazione della norma allorché l'indisponibilità sia determinata da colpa, caso fortuito o forza maggiore. L'onere della sussistenza dei presupposti di fatto per la sua applicazione non può che incombere su chi la invochi, ovvero sull'ufficio, che può soddisfarlo anche mediante meri indizi, come stabilito dalle Sezioni Unite. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha escluso l'operatività dell'art. 52, quinto comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 in mancanza di qualsivoglia allegazione dell'ufficio di circostanze anche indiziarie utili a ravvisare la condotta di rifiuto del contribuente, che deduceva la distruzione dei documenti richiesti dai verificatori per distruzione a causa di un incendio.

Cass. sez. V, 11 agosto 2016, n. 16960, Pres. S. Bielli, Rel. A. M. Perrino

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Esenzione IVA – Numero di identificazione IVA – Trasferimento di un bene – Trasferimento intracomunitario

La CGUE si è pronunciata su una controversia sorta tra un imprenditore tedesco, parte ricorrente, e l'amministrazione fiscale tedesca in merito al mancato riconoscimento del diritto all'esenzione dall'Iva su un'operazione di trasferimento di un veicolo destinato all'impresa dalla Germania alla Spagna. Ai fini dell'esenzione Iva, è necessario che il trasferimento di un bene abbia i requisiti per essere qualificato come trasferimento intracomunitario e che detto trasferimento debba avvenire per esigenze dell'impresa stessa nell'ambito della sua attività imponibile.

L'amministrazione finanziaria di uno Stato comunitario non può negare l'esenzione dall'Iva di un trasferimento intracomunitario per il motivo che il soggetto passivo non abbia comunicato il numero di identificazione Iva dello Stato membro di destinazione. L'obbligo di comunicazione del numero identificativo Iva dell'acquirente del bene costituisce, infatti, un requisito meramente formale rispetto al diritto di esenzione dall'imposta. Nel caso, dunque, di trasferimento del bene ad altro Stato membro e nel rispetto degli altri requisiti per l'esenzione, il diritto all'esenzione dell'IVA non può essere negato in mancanza di un indizio serio di sussistenza di frode fiscale.

Corte giust., sentenza del 20 ottobre 2016, C-24/2015, Josef Plöckl

Imposta sul valore aggiunto – Direttiva 2006/112/CE – Principio di neutralità fiscale – Evasione fiscale – Irregolarità nella contabilità – Dissimulazione di cessioni e di entrate – Principio di proporzionalità

La direttiva 2006/112/CE, relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto ed il principio di neutralità fiscale non sostano ad una normativa nazionale che consenta di presumere l'effettuazione cessioni di beni a terzi qualora, incrociando i dati degli elenchi clienti - fornitori, i suddetti beni risultino dalle fatture dei cedenti ma siano assenti sia dal magazzino che dalla contabilità del cessionario. In tal caso, sarà lecita la determinazione della base imponibile mediante la ricostruzione delle vendite dei beni sulla base degli elementi di fatto di cui l'amministrazione finanziaria dispone. Sarà in ogni caso il giudice del rinvio a dover valutare la proporzionalità delle misure adottate rispetto alla necessità di contrastare i fenomeni evasivi.

Corte giust., sentenza del 5 ottobre 2016, C-576/2015, Maya Marinova

Diritto internazionale

LA SENTENZA DELL'HIGH COURT OF JUSTICE NEL GIUDIZIO SULLA LEGITTIMITÀ DELLA BREXIT
SENZA APPROVAZIONE DEL PARLAMENTO.

Nota a High Court Of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court,

Cases: CQ/3809/2016 e CO/3281/2016, sentenza del 03/11/2016 1164

di Francesco Romanelli

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA 1178



La sentenza dell'High Court Of Justice nel giudizio sulla legittimità della Brexit senza approvazione del Parlamento.

Nota a High Court Of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Cases: CQ/3809/2016 e CO/3281/2016¹, sentenza del 03/11/2016

abstract

High Court of England and Wales issued a decision on the application of some British citizens whether the Government could notify the withdraw from the E.U., under art. 50 TEU, for the referendum held on June 23rd 2016. The claimants submitted that Government is not vested for Crown's prerogative powers to trigger the leave process without a preliminary statement of Parliament. High Court, rejecting Government's argument, held that the Secretary of State does not have power under the Crown's prerogative to give notice pursuant to Article 50 of the TEU for the United Kingdom to withdraw from the European Union.

keywords

United Kingdom – Constitutional Law – Crown's prerogative powers – Legislative – European Communities Act 1972 – Referendum Act 2015 – Treaty of European Union – Treaty of Lisbon – art. 50 TEU – Withdraw from the European Union.

abstract

La High Court of England and Wales si è pronunciata sul ricorso proposto da alcuni cittadini britannici circa la possibilità per il Governo di notificare, ai sensi dell'art. 50 TUE, il recesso del Regno Unito dall'Unione Europea per effetto del referendum tenutosi lo scorso 23 giugno 2016. I ricorrenti hanno sostenuto che i poteri esecutivi del Governo non fossero sufficienti a dar corso al lungo iter di recesso senza che il Parlamento si pronunciasse sulla questione. La Corte, rigettando le difese del Governo, ha accolto il ricorso dichiarando che il Segretario di Stato non possa, in forza dei poteri esecutivi della Corona, notificare ai sensi dell'art. 50 TUE il recesso del Regno Unito dall'Unione Europea.

parole chiave

Regno Unito – Diritto costituzionale – Poteri esec-

tivi della Corona – Potere legislativo – European Communities Act 1972 – Referendum Act 2015 – Trattato dell'Unione Europea – Trattato di Lisbona – art. 50 TUE – Recesso dall'Unione Europea.

Regno Unito – Conflitto di attribuzione – Potere esecutivo – Potere legislativo – Prerogative della Corona – Trattati UE

Il Segretario di Stato non può, in forza dei poteri esecutivi della Corona, notificare ai sensi dell'art. 50 TUE il recesso del Regno Unito dall'Unione Europea.

High Court Of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Cases: CQ/3809/2016 e CO/3281/2016², sentenza del 03/11/2016

(Omissis)

Introduction

(a) *The question for the court*

On 1 January 1973 the United Kingdom joined the European Communities. This occurred as a result of a process of Treaty negotiation by the government, the enactment of the *European Communities Act 1972* ("the ECA 1972") to give effect to Community law in the national legal systems of the United Kingdom and then ratification by the United Kingdom and other Member States of the amended Community Treaties. Thus, as a result of the ECA 1972, Parliament by primary legislation gave effect in each jurisdiction of the United Kingdom to binding obligations and rights arising under those Treaties. In due course the European Communities became the European Union.

On 23 June 2016 a referendum took place under the *European Union Referendum Act 2015* ("the 2015 Referendum Act"). The question asked in the referendum was "Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?" The answer given in the referendum was

¹ [2016] EWHC 2768 (Admin).

² [2016] EWHC 2768 (Admin).

that the United Kingdom should leave the European Union.

Withdrawal from the European Union under the Treaty provisions of European Union is governed by Article 50 of the Treaty on European Union (“TEU”). That Article came into force in 2009 after amendment of the TEU by the Lisbon Treaty of 2007.

The sole question in this case is whether, as a matter of the constitutional law of the United Kingdom, the Crown – acting through the executive government of the day – is entitled to use its prerogative powers to give notice under Article 50 for the United Kingdom to cease to be a member of the European Union. It is common ground that withdrawal from the European Union will have profound consequences in terms of changing domestic law in each of the jurisdictions of the United Kingdom.

... *omissis* ...

Important matters in respect of Article 50 were common ground between the parties: (1) a notice under Article 50(2) cannot be withdrawn, once it is given; and (2) Article 50 does not allow for a conditional notice to be given: a notice cannot be qualified by, for example, saying that it will only take effect if Parliament approves any agreement made in the course of the negotiations contemplated by Article 50(2).

(c) *The effect of the notice*

Once a notice is given, it will inevitably result in the complete withdrawal of the United Kingdom from membership of the European Union and from the relevant Treaties at the end of the two year period, subject only to an agreement on an extension of time between the United Kingdom and the European Council (acting unanimously) as set out in Article 50(3) or the earlier making of a withdrawal agreement between the United Kingdom and the European Council (acting by a qualified majority and with the consent of the European Parliament). The effect of the giving of notice under Article 50 on relevant rights is direct, even though the Article 50 process will take a while to be worked through.

A withdrawal agreement under Article 50, if one is made, may preserve some parts of the relevant Treaties or may make completely new provision for various matters. Since the Crown will negotiate the terms of any withdrawal agreement, this means that the Crown is entitled to pick and choose which existing EU rights, if any, to preserve – if it can persuade the European Council to agree – and which to remove. Again, therefore, the effect of the Article 50 negotiation process on relevant rights is direct.

The Secretary of State was at pains to emphasise that, if a withdrawal agreement is made, it is very likely to be a treaty requiring ratification and as such would have to be submitted for review by Parliament, acting separately, under the negative resolution procedure set out in section 20 of the Constitutional Re-

form and Governance Act 2010 (“the CRAG 2010”). The procedure under section 20 does not involve the enactment of primary legislation. For this reason, the claimants do not accept that the Secretary of State’s reliance on the CRAG 2010 meets their submission.

Moreover, if by virtue of the operation of the procedure under section 20 a decision were taken that a withdrawal agreement should not be ratified, meaning that it did not come into effect as an agreement, the effect would be that the basic two year period would continue to run under Article 50(3) so that the EU treaties would cease to apply to the United Kingdom at the expiry of that period (or any agreed extension). Parliament’s consideration of any withdrawal agreement under the procedure in the CRAG 2010 would thus be constrained by the knowledge that if it did not approve ratification of it, however inadequate it might believe the withdrawal agreement to be, the alternative would likely eventually be complete removal of all rights for the United Kingdom and British citizens under the EU Treaties when the relevant Article 50 time period expires.

(d) *Is the challenge by the claimants a challenge to the decision to withdraw or giving of the notice?*

There was some debate about whether the claimants’ challenge is properly to be regarded as a challenge to the making of a decision to withdraw from the European Union under Article 50(1) or a decision to notify the European Council under Article 50(2).

In our view, nothing really turns on this, since it is clear that the two provisions have to be read together. The notification under Article 50(2) is of a decision under Article 50(1). If the Crown has no prerogative power under the constitutional law of the United Kingdom to give a notice under Article 50(2), then it would appear to follow that under the provisions of Article 50(1) it cannot, on behalf of the United Kingdom, acting solely under its prerogative powers, make a decision to withdraw “in accordance with [the United Kingdom’s] own constitutional requirements”.

However, we agree with the submission of Lord Pannick QC that, whatever the position in relation to any decision under Article 50(1), a decision to give notice under Article 50(2) is certainly the appropriate target for this legal challenge, since it is the giving of notice ‘which triggers the effects under Article 50(2) and (3) leading to the exit of a Member State from the European Union and from the relevant Treaties.

(2) The principles of constitutional law: the sovereignty of Parliament and the prerogative powers of the Crown

(a) *The United Kingdom constitution*

The United Kingdom does not have a constitution to be found entirely in a written document. This does not mean there is an absence of a constitution or constitutional law. On the contrary, the United Kingdom has its own form of constitutional law, as recognised

in each of the jurisdictions of the four constituent nations. Some of it is written, in the form of statutes which have particular constitutional importance (as we explain at paragraphs 43-44). Some of it is reflected in fundamental rules of law recognised by both Parliament and the courts. There are established and well-recognised legal rules which govern the exercise of public power and which distribute decision-making authority between different entities in the state and define the extent of their respective powers. The United Kingdom is a constitutional democracy framed by legal rules and subject to the rule of law. The courts have a constitutional duty fundamental to the rule of law in a democratic state to enforce rules of constitutional law in the same way as the courts enforce other laws.

... *omissis* ...

(b) *The sovereignty of the United Kingdom Parliament*

It is common ground that the most fundamental rule of UK constitutional law is that the Crown in Parliament is sovereign and that legislation enacted by the Crown with the consent of both Houses of Parliament is supreme (we will use the familiar shorthand and refer simply to Parliament). Parliament can, by enactment of primary legislation, change the law of the land in any way it chooses. There is no superior form of law than primary legislation, save only where Parliament has itself made provision to allow that to happen. The ECA 1972, which confers precedence on EU law, is the sole example of this.

But even then Parliament remains sovereign and supreme, and has continuing power to remove the authority given to other law by earlier primary legislation. Put shortly, Parliament has power to repeal the ECA 1972 if it wishes.

... *omissis* ...

(c) *The Crown's prerogative powers*

The extent of the powers of the Crown under its prerogative (often called the royal prerogative) are delineated by UK constitutional law. These prerogative powers constitute the residue of legal authority left in the hands of the Crown. As Lord Reid said in *Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate* [1965] AC 75, at 101:

“The prerogative is really a relic of a past age, not lost by disuse, but only available for a case not covered by statute”.

An important aspect of the fundamental principle of Parliamentary sovereignty is that primary legislation is not subject to displacement by the Crown through the exercise of its prerogative powers. But the constitutional limits on the prerogative powers of the Crown are more extensive than this. The Crown has only those prerogative powers recognised by the common law and their exercise only produces legal effects within boundaries so recognised. Outside those

boundaries the Crown has no power to alter the law of the land, whether it be common law or contained in legislation.

This subordination of the Crown (i.e. the executive government) to law is the foundation of the rule of law in the United Kingdom. It has its roots well before the war between the Crown and Parliament in the seventeenth century but was decisively confirmed in the settlement arrived at with the Glorious Revolution in 1688 and has been recognised ever since,

... *omissis* ...

These principles are not only well settled but are also common ground. It is therefore not necessary to explain them further.

(d) *The power under the Crown's prerogative to make and unmake treaties*

Another settled feature of UK constitutional law is that, as a general rule applicable in normal circumstances, the conduct of international relations and the making and unmaking of treaties on behalf of the United Kingdom are regarded as matters for the Crown in the exercise of its prerogative powers.

... *omissis* ...

(e) *The effect of Treaties on the domestic law of the United Kingdom*

The general rule that the conduct of international relations, including the making and unmaking of treaties, is a matter for the Crown in exercise of its prerogative powers arises in the context of the basic constitutional principle to which we have referred at paragraph 25 above, that the Crown cannot change domestic law by any exercise of its prerogative powers. The Crown's prerogative power to conduct international relations is regarded as wide and as being outside the purview of the courts precisely because the Crown cannot, in ordinary circumstances, alter domestic law by using such power to make or unmake a treaty. By making and unmaking treaties the Crown creates legal effects on the plane of international law, but in doing so it does not and cannot change domestic law. It cannot without the intervention of Parliament confer rights on individuals or deprive individuals of rights.

... *omissis* ...

Quite simply, a treaty is not part of English law unless and until it has been incorporated into the law by legislation. So far as individuals are concerned, it is *res inter alios acta* from which they cannot derive rights and by which they cannot be deprived of rights or subjected to obligations; and it is outside the purview of the court not only because it is made in the conduct of foreign relations, which are a prerogative of the Crown, but also because, as a source of rights and obligations, it is irrelevant.

We would add that treaties can have certain indirect interpretive effects in relation to domestic law, such as those discussed in *R v Lyons* [2002] UKHL 447; [2003] 1 AC 976 at [27]-[28]; but this does

not affect the basic position that the Crown cannot through the use of its prerogative powers increase or diminish or dispense with the rights of individuals or companies conferred by common law or statute or change domestic law in any way without the intervention of Parliament.

The relevance of the principles to the question in the case

A particular feature of the present case is that the legal question for decision arises in a statutory context in which a direct link exists between, on the one hand, rights and obligations arising through action taken on the international plane – by entry into and continued membership of the European Communities (now, the European Union) and creation of EU law in the relevant Treaties and by law-making institutions of the European Union – and, on the other, the content of domestic law. This is the result of a combination of principles of EU law, including principles of direct effect of EU law in the national legal systems of Member States, and the terms of the ECA 1972, which we consider at paragraphs 37 and following below.

It is this feature of the legal context which leads the claimants and interested parties to contend, in their subsidiary submission, that the ECA 1972 and other statutes which provide that EU law has effect in domestic law leave no room for the Crown to have any prerogative power to give notice under Article 50 to withdraw from the TEU and other relevant Treaties, since that would offend against the constitutional principle summarised in *The Zamora* by allowing the Crown to alter domestic law by exercise of its prerogative powers and to deprive them of their legal rights under that law.

At the same time, it is this feature which leads the Secretary of State to contend that the Crown's prerogative power to give notice to withdraw from the TEU and the other treaties has not been removed by primary legislation. Hence, it is argued, Parliament must be taken to have recognised that the Crown would have power to give notice under Article 50 in the exercise of its prerogative to conduct international relations on the part of the United Kingdom and thereby intended that the Crown should have power to bring about the changes in domestic law about which the claimants complain.

(3) The domestic effect of EU law and the ECA 1972

... *omissis* ...

(b) The need for the ECA 1972 and its effect on the law of the United Kingdom

As a practical matter, by reason of the limits on its prerogative powers referred to at paragraph 25 above, the Crown could not have ratified the accession of the United Kingdom to the European Communities under the Community Treaties unless Parliament had enacted legislation. Legislation by Parliament was need-

ed to give effect to EU law in the domestic law of the jurisdictions in the United Kingdom as was required by those Treaties and as was necessary to give effect in domestic law to the rights and obligations arising under EU law.

It is common ground that only Parliament could create the necessary changes in national law to allow EU law to have the effect at the level of domestic law which the Treaties required. As we have explained at paragraph 1 above, this was done by the enactment of the ECA 1972 in contemplation of the United Kingdom becoming part of the European Communities by accession to the Community Treaties so as to allow that to happen. If this legislation had not first been put in place, ratification of the Treaties by the Crown would immediately have resulted in the United Kingdom being in breach of its obligations under them, by reason of the absence of provision for direct effect of EU law in domestic law.

(c) *The ECA 1972 as a constitutional statute*

In due course, the House of Lords confirmed in *R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd* [1990] 2 AC 85 that the ECA 1972 was effective, while it remained on the statute book, to give directly effective EU law superiority even over domestic primary legislation. By virtue of the ECA 1972, the national courts give full effect to EU law as part of the domestic law applied by them.

... *omissis* ...

(e) *The right of withdrawal from the EU*

As we have mentioned at paragraph 3, it was only with the coming into effect of the Lisbon Treaty in 2009 that an express right for a Member State to leave the European Union was set out in the form of Article 50 of the TEU. We received brief submissions on the question whether, under international law as it stood before then (and in particular as it stood in 1972 and 1973, when the ECA 1972 was enacted and took effect), it would have been possible for the United Kingdom to withdraw from the Community Treaties after it had acceded to them on 1 January 1973. The Attorney General maintained that under customary international law the United Kingdom would have been entitled to give unilateral notice to withdraw. The claimants and interested parties pointed to Article 54 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which indicated that withdrawal could only have been achieved by agreement with the other parties.

In the end, this difference is not significant for present purposes and does not have to be resolved. Neither side suggested that either interpretation of international law would assist us in addressing the question of law which we have to decide. Since on either view of international law the United Kingdom would in principle have been capable of seeking to withdraw from the relevant Treaties, whether by giving unilateral notice or by making and ratifying an agreement

to do so, when enacting the ECA 1972 Parliament must be taken to have had that possibility in mind. The question would still have arisen whether Parliament intended that this should be something that the Crown would be able to do through exercise of its prerogative powers without Parliament's intervention.

(4) Categories of rights arising under the ECA 1972 and EU law

The parties presented a broad schematic account of three different categories of rights arising under EU law. For the purposes of analysis in this case it is helpful to use this scheme, although it is, of necessity, rather simplified. The analysis focuses on rights, but it is important to bear in mind that there are other substantial areas of EU law such as the schemes of regulation which take effect as part of the law of the United Kingdom.

(a) *Category (i): rights capable of replication in the law of the United Kingdom*

The first category of rights is those which are in principle capable of replication in domestic law if the United Kingdom does withdraw from the European Union ("category (i) rights"). One example discussed at the hearing is the rights of workers under the Working Time Directive. Even if the United Kingdom had no obligation under EU law to maintain such rights in domestic law, Parliament could choose to do so. The Secretary of State points to the fact that in many cases EU Directives and other EU laws have been implemented by domestic legislation, whether primary or subordinate, which will continue to apply, unless repealed, as free-standing enforceable domestic legislation when the United Kingdom leaves the European Union. The Secretary of State also points to the government's proposal for a Great Repeal Bill, according to which EU law rights would be re-enacted as ordinary rights in primary legislation.

We note that although the rights might be re-enacted using the same language, there would be some differences. For example, national courts would have no obligation to make, and individuals would not be able to seek, a reference to the CJEU to obtain an interpretation of the rights by that Court. Of course, Parliament might choose not to replicate all existing EU law rights in domestic law.

(b) *Category (ii); rights enjoyed in other members states of the EU*

The second category of rights is those enjoyed by British citizens and companies in relation to their activities in other Member States, as provided for by EU law, for example pursuant to rights of free movement of persons and of capital and rights of freedom of establishment ("category (ii) rights"). If a British citizen resides in another Member State pursuant to EU rights of free movement, EU law requires the authorities and courts of that Member State to respect and give effect to those rights. It also prohibits the authorities in the

United Kingdom from placing impediments in the way of the exercise of such rights.

(c) *Category (iii): rights that could not be replicated in UK law*

The third category of rights is those which have an effect in the domestic law of the United Kingdom and which would be lost upon withdrawal from the European Union and which could not be replicated in domestic legislation ("category (iii) rights"). Mr Eadie QC, on behalf of the Secretary of State, characterised these as rights flowing from the membership of "the EU club". These include the right to stand for selection or, later, for election to the European Parliament and the right to vote in such elections (see paragraph 69 below). The right to seek a reference to the CJEU is another example. So is the right to seek to persuade the EU Commission to take regulatory action in relation to matters within the United Kingdom, such as to investigate a violation of EU competition law or of EU environmental protection legislation occurring within the United Kingdom and grant a remedy in relation to it.

(d) *The effect of withdrawal of the rights*

The point of discussion of these categories of rights at the hearing was to examine the extent to which withdrawal of the United Kingdom from the relevant EU Treaties would affect rights in domestic law and would undo or modify the legal effects as brought about by Parliament though the enactment of the ECA 1972. The claimants contend that Parliament by the ECA 1972 intended to give effect to each of these categories of right. They do so to emphasise the extent of the change which would be brought about by withdrawal pursuant to Article 50, in order to reinforce their argument that the Crown could not effect such changes by the exercise of its prerogative powers. The Secretary of State maintains that whatever the extent of the changes upon withdrawal, Parliament has left the Crown with prerogative power to give notice under Article 50. He also argues that the claimants exaggerate the extent and the degree to which categories (i) to (iii) were created by Parliament by the ECA 1972. The Secretary of State accepts that category (iii) rights would be lost upon withdrawal, but he sought to minimise the extent of loss of category (i) rights and disputed that category (ii) rights were the product of enactment of the ECA 1972.

Since the Secretary of State accepts that category (iii) rights include rights applicable in domestic law which are at least in part the product of the ECA 1972 and will be lost upon withdrawal from the European Union, which is sufficient for the claimants' argument, these issues can be dealt with shortly.

As to category (i) rights, we consider that the claimants are correct in their submission that it is the ECA 1972 which is the principal legislation under which these rights are given effect in domestic law of the

United Kingdom: and that it is no answer to their case to say that some of them might be preserved under new primary legislation, yet to be enacted, when withdrawal pursuant to Article 50 takes place. The objection remains that the Crown, through exercise of its prerogative powers, would have deprived domestic law rights created by the ECA 1972 of effect. We also consider that the removal of the ability to seek authoritative rulings of the CJEU regarding the scope and interpretation of such rights would itself amount to a material change in the domestic law of the United Kingdom.

As regards category (ii) rights, the prohibition against impediments to the exercise of these rights is part of EU law with direct applicability in the domestic law of the United Kingdom, as the Secretary of State accepts. However, the Secretary of State submits that the main content of these rights (say, the ability of a British citizen to rely on his or her rights of free movement when in another Member State) is not the product of the ECA 1972. Rather, it is the product of the operation of EU law in combination with the domestic law of that Member State, just as the free movement rights of a national of that Member State in England and Wales would be the product of EU law in combination with the domestic law of England and Wales. The Secretary of State says, further, that the effect of EU law on other Member States for the benefit of British citizens was brought about by ratification of the relevant EU Treaties by the Crown on behalf of the United Kingdom on the international plane and the reciprocal ratification of those treaties by other Member States, also on the international plane.

In a highly formalistic sense, this may be accurate. But in our view, it is a submission which is divorced from reality. As explained at paragraphs 41-42 above, the enactment of the ECA 1972 was a necessary step before ratification of the relevant Treaties could occur, as Parliament knew. As Parliament contemplated, it was only if it enacted the ECA 1972 (and then amended it to refer to later EU Treaties) that ratification of those Treaties could occur. The reality is that Parliament knew and intended that enactment of the ECA 1972 would provide the foundation for the acquisition by British citizens of rights under EU law which they could enforce in the courts of other Member States. We therefore consider that the claimants are correct to say that withdrawal from the European Union pursuant to Article 50 would undo the category (ii) rights which Parliament intended to bring into effect, and did in fact bring into effect, by enacting the ECA 1972. Although these are not rights enforceable in the national courts of the United Kingdom, they are nonetheless rights of major importance created by Parliament. Accordingly, the claimants are entitled to say that it would be surprising if they could be removed simply through action by the Crown under its prerogative powers.

... *omissis* ...

(7) Our decision on the legal question

(a) *The nub of the contention of the Secretary of State*

Rather than begin with our consideration of the claimants' primary submission, to which we turn at paragraph 95, we will consider first the Secretary of State's submission on the interpretation of the ECA 1972. He maintains that under section 2(1) of the ECA 1972 the content of EU rights is defined by reference to the EU Treaties. This means that Parliament intended there to be a continuing condition for the existence of any EU rights to be given effect in domestic law under section 2(1), in the shape of the continued membership of the European Union on the part of the United Kingdom; and that whether that condition is satisfied or not was intended by Parliament to depend entirely upon the action of the Crown on the plane of international law.

If the Secretary of State's contention as to the proper meaning of section 2(1) of the ECA 1972 is correct, there is no violation of the principle in *The Case on Proclamations*, summarised in *The Zamora*, as set out at paragraphs 27-29 above. Parliament would then itself have provided that the EU rights in domestic law should be vulnerable to removal by executive action on the plane of international law' through the use of the Crown's prerogative powers.

This would be a function of the principle of parliamentary sovereignty, as Parliament can produce any effect it likes in law and so in theory can, if it chooses, legislate in such a way that aspects of the application of a statutory regime may be left to be filled in by reference to formal steps taken by the executive government. *Post Office v Estuary Radio Ltd* [1968] QB 740, CA, is an example of this. In that case, on the proper interpretation of the legislation in question in its particular context, the extent of application of the legislative regime was to be determined by reference to the concept of the United Kingdom's territorial waters, as they happened to be defined from time to time by the Crown by making relevant claims regarding their extent in the conduct of international relations under its prerogative powers.

Under the approach advocated by the Secretary of State, the resolution of the issue would depend upon whether the claimants could point to an intention on the part of Parliament as expressed in the 1972 Act to remove the Crown's prerogative power to take action to withdraw the United Kingdom from the Community Treaties once they were ratified. If Parliament had done nothing in the ECA 1972 to qualify the Crown's pre-existing prerogative power to conduct international relations, that power would on this approach have continued after the promulgation of that Act.

However, in our judgment the Secretary of State goes too far in his suggestion that the constitutional principle summarised in *The Zamora* drops out of the

picture and that the approach to statutory interpretation in relation to abrogation of the Crown's prerogative powers as set out in *De Keyser's Royal Hotel* leads to the conclusion that under the ECA 1972 the Crown retained prerogative power to take steps to withdraw the United Kingdom from the Community Treaties and now, therefore, has power under the Crown's prerogative to give notice under Article 50.

(b) *The approach to the interpretation of the ECA 1972 as a constitutional statute*

Statutory interpretation, particularly of a constitutional statute which the ECA 1972 is for the reasons given at paragraph 43-44, must proceed having regard to background constitutional principles which inform the inferences to be drawn as to what Parliament intended by legislating in the terms it did. This is part of the basic approach to be adopted by a court engaging in the process of statutory interpretation. Where background constitutional principles are strong, there is a presumption that Parliament intended to legislate in conformity with them and not to undermine them. One reads the text of the statute in the light of constitutional principle. In the particular context of the primary legislation which falls for interpretation, can it be inferred that a Parliament aware of such constitutional principle and respectful of it intended nonetheless to produce effects at variance with it?

There are several examples of this approach to statutory interpretation. There is a strong presumption against Parliament being taken to have intended to give a statute retrospective effect, even if the language used in the statute might appear to create such effect. There is a similar presumption as to the territorial effect of statutes. There is a strong presumption that Parliament does not intend to preclude access to the ordinary courts for determination of disputes: see, for example, *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147. Another example, debated at some length at the hearing, is the principle of legality, i.e. the presumption that Parliament does not intend to legislate in a way which would defeat fundamental human rights: see *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Pierson* [1998] AC 539 at 573G, 575B-G (Lord Browne-Wilkinson) and *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms* [2000] 2 AC 115, 131D-G (Lord Hoffmann). All these presumptions can be overridden by Parliament if it so chooses, but the stronger the constitutional principle the stronger the presumption that Parliament did not intend to override it and the stronger the material required, in terms of express language or clear necessary implication, before the inference can properly be drawn that in fact it did so intend. Similarly, the stronger the constitutional principle, the more readily can it be inferred that words used by Parliament were intended to carry a meaning which reflects the principle.

We emphasise this feature of the case because the Secretary of State's submission, in our view, glossed over an important aspect of this starting point for the interpretation of the ECA 1972 and proceeded to a contention that the onus was on the claimants to point to express language in the statute removing the Crown's prerogative in relation to the conduct of international relations on behalf of the United Kingdom. The Secretary of State's submission left out part of the relevant constitutional background. It was omitted, despite the Secretary of State making recourse to this approach to statutory interpretation a keystone of his own submission that the conduct of international relations is a matter for the Crown in the exercise of its prerogative powers. He made it so in order to argue that express (or at any rate especially clear) language would need to be found in the ECA 1972 before it could be inferred that Parliament intended to remove the Crown's prerogative power to take steps to remove the United Kingdom from the European Communities and the Community Treaties. Despite this, the Secretary of State's submission on section 2(1) of the ECA 1972 gave no value to the usual constitutional principle that, unless Parliament legislates to the contrary, the Crown should not have power to vary the law of the land by the exercise of its prerogative powers.

In our view, the Secretary of State's submission is flawed at this basic level. That view is reinforced by reference to two constitutional principles.

(c) *The principle that the Crown cannot use its prerogative powers to alter domestic law*

First, the powerful constitutional principle that the Crown has no power to alter the law of the land by use of its prerogative powers is the product of an especially strong constitutional tradition in the United Kingdom (and the democracies which follow that tradition – see for example the New Zealand decision in *Fitzgerald v Muldoon* [1976] 2 NZLR 615 at 622). It evolved through the long struggle (to which we have referred at paragraph 26) to assert parliamentary sovereignty and constrain the Crown's prerogative powers. It would be surprising indeed if, in the light of that tradition, Parliament, as the sovereign body under our constitution, intended to leave the continued existence of all the rights it introduced into domestic law by enacting section 2(1) of the ECA 1972 (and, in the case of category (ii) rights, which it passed the ECA 1972 to bring into existence) subject to the choice of the Crown in the exercise of its prerogative powers as to whether to allow the Community Treaties to continue in place or to take the United Kingdom out of them. As Lord Browne-Wilkinson put it in *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513 at 552E:

"It is for Parliament, not the executive, to repeal legislation. The constitutional history of this country

is the history of the prerogative powers of the Crown being made subject to the overriding powers of the democratically elected legislature as the sovereign body”.

In this context, it is also relevant to bear in mind the profound effects which Parliament intended to produce in domestic law by enactment of the ECA 1972, which has led to its identification as a statute of special constitutional significance. The wide and profound extent of the legal changes in domestic law created by the ECA 1972 makes it especially unlikely that Parliament intended to leave their continued existence in the hands of the Crown through the exercise of its prerogative powers. Parliament having taken the major step of switching on the direct effect of EU law in the national legal systems by passing the ECA 1972 as primary legislation, it is not plausible to suppose that it intended that the Crown should be able by its own unilateral action under its prerogative powers to switch it off again.

Moreover, the status of the ECA 1972 as a constitutional statute is such that Parliament is taken to have made it exempt from the operation of the usual doctrine of implied repeal by enactment of later inconsistent legislation: see *Thoburn v Sunderland City Council*, at [60]-[64], and section 2(4) of the ECA 1972. It can only be repealed in any respect if Parliament makes it especially clear in the later repealing legislation that this is what it wishes to do. Since in enacting the ECA 1972 as a statute of major constitutional importance Parliament has indicated that it should be exempt from casual implied repeal by Parliament itself, still less can it be thought to be likely that Parliament nonetheless intended that its legal effects could be removed by the Crown through the use of its prerogative powers.

(d) *The Crown's prerogative power operates only on the international plane*

The second principle is the well settled limitation on the constitutional understanding that the conduct of international relations is a matter for the Crown in the exercise of its prerogative powers. The Secretary of State has overstated that constitutional understanding as his submission overlooks the inter-relationship between that principle and the constitutional principle summarised in *The Zamora*, which was highlighted by Lord Oliver in *J.H. Rayner* in the passage quoted at paragraph 33 above. It is precisely because the exercise of the Crown's prerogative powers in the conduct of international relations has no effect in domestic law that the courts accept that this is a field of action left to the Crown and recognise the strength of the understanding that it is not readily to be inferred that Parliament intended to interfere with it. But the justification for a presumption of non-interference with the Crown's prerogative in the conduct of international affairs is substantially undermined in a case such as this, where the Secretary of State is maintaining that

he can through the exercise of the Crown's prerogative bring about major changes in domestic law.

... *omissis* ...

(e) *Our conclusion as to Parliament's intention*

Interpreting the ECA 1972 in the light of the constitutional background referred to above, we consider that it is clear that Parliament intended to legislate by that Act so as to introduce EU law into domestic law (and to create the category (ii) rights) in such a way that this could not be undone by exercise of Crown prerogative power. With the enactment of the ECA 1972, the Crown has no prerogative power to effect a withdrawal from the Community Treaties on whose continued existence the EU law rights introduced into domestic law depend (rights in categories (i) and (iii)) and on whose continued existence the wider rights of British citizens in category (ii) also depend. The Crown therefore has no prerogative power to effect a withdrawal from the relevant Treaties by giving notice under Article 50 of the TEU.

That this was the intention of Parliament and is the effect of the ECA 1972 appears from the following provisions of that Act, read in the light of the relevant constitutional background,

(1) The long title indicates that Parliament intended that the ECA 1972 was to give effect to the enlargement of the European Communities by the addition of the United Kingdom as a Member State. It is inconsistent with that major constitutional purpose of the Act that the Crown should have power to undo that enlargement by exercise of its prerogative powers.

(2) The heading of section 2 indicates that it is to provide for the implementation of the relevant “Treaties”. The “Treaties” referred to are defined in section 1(2) and the most important of them are expressly listed there. It is inconsistent with that specific declared statutory objective that the Crown should have power under its prerogative to remove the United Kingdom from those treaties so that they cannot be implemented.

(3) In our view point (2) refutes the Secretary of State's own textual argument on section 2(1), to the effect that where it refers to all rights, powers, liabilities etc “from time to time created or arising by or under the Treaties” and to all remedies and procedures “from time to time provided for by or under the Treaties”, it imports an implied condition that the United Kingdom remains a member of the European Union and is bound by “the Treaties” and the Crown has not withdrawn from “the Treaties” through the exercise of its prerogative power. It is on the basis that there is such an implied condition that the Secretary of State seeks to say that Parliament has chosen to allow the Crown's prerogative powers to withdraw the United Kingdom from the relevant EU Treaties to continue in being. But such a condition is contrary to the express wording of section 2. There is nothing in the consti-

tutional background to warrant reading the words in that way. On the contrary, the constitutional background strongly reinforces the claimants' own suggested interpretation of the provision. Read according to their natural meaning and in their proper context, the words quoted above refer only to EU law rights, remedies and procedures etc that exist in the Treaties themselves or by virtue of EU legislation passed from time to time.

(4) This interpretation of section 2(1) shows that Parliament intended to introduce into domestic law EU rights which were in place and would continue to be in place in relation to the United Kingdom under the relevant Treaties. The fact that Parliament uses the label "enforceable EU right" ("enforceable Community right" in the version of section 2(1) as originally enacted) reinforces the view that this is what Parliament meant to achieve. This reading of the provision is again inconsistent with the existence of any power under the Crown's prerogative to undo those rights by effecting the withdrawal of the United Kingdom from the relevant Treaties.

(5) Section 2(2) also indicates that Parliament believed and intended that it was legislating to give effect to EU law in domestic law and that the effect of its legislation should not be capable of being undone by the Crown through the exercise of its prerogative powers. Section 2(2) confers a power to make subordinate legislation to implement "any EU obligation" of the United Kingdom and to enable "any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by virtue of the Treaties" to be exercised. Read in context and in light of the relevant constitutional background, these words refer only to EU obligations and EU rights which arise from time to time by virtue of the "Treaties" and do not import by implication any condition that such obligations and rights are only to be treated as such for so long as the Crown has not exercised its prerogative powers to withdraw the United Kingdom from the Treaties.

(6) Further, section 2(2) states in sub-paragraph (b) that this statutory power may be exercised to make subordinate legislation for "the purpose of dealing with matters arising out of or related to any such obligation or rights". On the Secretary of State's argument, this would appear to include making subordinate legislation to deal with the removal of any such EU obligation or EU rights as a result of withdrawal from the EU by virtue of exercise of the Crown's prerogative powers; but the subsection also says that the person exercising the power to make subordinate legislation "may have regard to the objects of the EU" (or "the objects of the Communities", as the subsection stated as originally enacted). This would make little sense if Parliament had intended that the ECA 1972 should be interpreted as the Secretary of State contends.

(7) In our view, section 3(1), relating to the abil-

ity to seek references from the CJEU under what is now Article 267 TFEU and the obligation of national courts to determine questions as to the validity, meaning or effect of any EU instrument in accordance with the jurisprudence of the CJEU, is most naturally to be read in context as presupposing the continued applicability of EU law and the EU Treaties in relation to the United Kingdom unless and until Parliament legislates for withdrawal. As with section 2(1) and (2), Parliament cannot be taken to have legislated potentially in vain by this provision, as would be the case if the Crown could itself choose to withdraw the United Kingdom from the European Union without the need for further legislation and thereby strip it of any effect whatever.

(8) Finally, we have already drawn attention to the significance of the fact that the principal EU Treaties which are given effect in domestic law are specifically listed in section 1(2). Section 1(3) provides for parliamentary control before any ancillary treaty can be made and regarded as a "Treaty" for the purposes of the Act, and hence given effect in domestic law. The Crown cannot simply make and ratify ancillary treaties in the exercise of its prerogative powers and thereby create legal effects in domestic law. It is not compatible with this degree of Parliamentary control - listing the main "Treaties" in the ECA 1972 itself and providing for a high degree of Parliamentary control by way of approval by resolution of both Houses before an ancillary treaty qualifies as a "Treaty" for the purposes of the Act - that Parliament at the same time intended that the Crown should be able to change domestic law by the simple means of using its prerogative power to withdraw the United Kingdom from the Treaties. Moreover, the fact that Parliament's approval is required to give even an ancillary treaty made by exercise of the Crown's prerogative effect in domestic law is strongly indicative of a converse intention that the Crown should not be able, by exercise of its prerogative powers, to make far more profound changes in domestic law by unmaking all the EU rights set out in or arising by virtue of the principal EU Treaties.

In our judgment, the clear and necessary implication from these provisions taken separately and cumulatively is that Parliament intended EU rights to have effect in domestic law and that this effect should not be capable of being undone or overridden by action taken by the Crown in exercise of its prerogative powers. We therefore reject the Secretary of State's submission that Parliament did not intend to abrogate the Crown's prerogative powers and had not done so through the ECA 1972. Parliament also intended that British citizens should have the category (ii) rights and that, likewise, they should not be capable of being undone by the Crown by exercise of its prerogative powers. We arrive at this conclusion and reject the Secretary of State's submission by interpreting the ECA 1972 as a

statute which introduces EU rights into domestic law' and must be taken to cover the field. The ECA 1972 cannot be regarded as silent on the question of what happens to EU rights in domestic law if the Crown seeks to take action on the international plane to undo them. Either the Act reserves power to the Crown to do that, including by giving notice under Article 50, or it does not. In our view, it clearly does not.

(f) *The claimants' principal argument*

We have reached this conclusion by examining and rejecting the submission advanced by the Secretary of State. We now turn, as we indicated at paragraph 77, to the claimants' principal contention that as a matter of general constitutional principle derived from the sovereignty of Parliament and the case law beginning with *The Case of Proclamations*, to which we have referred at paragraphs 27-29 above, that the contention of the Secretary of State was misconceived. It was their submission that the Crown could not change domestic law and nullify rights under the law unless Parliament had conferred upon the Crown authority to do so either expressly or by necessary implication by an Act of Parliament. The ECA 1972, in their submission, contained no such authority.

If the issue is approached in this way on the basis of the claimants' primary submission, it follows from the detailed analysis that we have set out that the ECA 1972 confers no such authority on the Crown, whether expressly or by necessary implication. Absent such authority from the ECA 1972 or the other statutes, the Crown cannot through the exercise of its prerogative powers alter the domestic law of the United Kingdom and modify rights acquired in domestic law under the ECA 1972 or the other legal effects of that Act. We agree with the claimants that, on this further basis, the Crown cannot give notice under Article 50(2).

... *omissis* ...

(8) *The Referendum Act 2015*

The Secretary of State's ease regarding his ability to give notice under Article 50 was based squarely on the Crown's prerogative power. His counsel made it clear that he does not contend that the 2015 Referendum Act supplied a statutory power for the Crown to give notice under Article 50. He is right not to do so. Any argument to that effect would have been untenable as a matter of statutory interpretation of the 2015 Referendum Act.

That Act falls to be interpreted in light of the basic constitutional principles of parliamentary sovereignty and representative parliamentary democracy which apply in the United Kingdom, which lead to the conclusion that a referendum on any topic can only be advisory for the lawmakers in Parliament unless very clear language to the contrary is used in the referendum legislation in question. No such language is used in the 2015 Referendum Act.

Further, the 2015 Referendum Act was passed

against a background including a clear briefing paper to parliamentarians explaining that the referendum would have advisory effect only. Moreover, Parliament must have appreciated that the referendum was intended only to be advisory as the result of a vote in the referendum in favour of leaving the European Union would inevitably leave for future decision many important questions relating to the legal implementation of withdrawal from the European Union.

We emphasise that the Secretary of State's position on this part of the argument and the observations in the preceding paragraphs relate to a pure legal point about the effect *in law* of the referendum. This court does not question the importance of the referendum as a political event, the significance of which will have to be assessed and taken into account elsewhere.

(9) *Conclusion and form of declaratory relief*

As we have set out at paragraph 5, it is agreed on all sides that the legal question we have examined and answered, as to whether the Crown can use its prerogative powers to give notice under Article 50, is justiciable. Since it is a justiciable issue, the court must plainly be entitled to grant appropriate declaratory relief. The Secretary of State accepts this as well. It is appropriate for the precise form of the declaratory relief to be granted to be addressed once the parties have seen this judgment.

This case came on before us as a "rolled up" hearing, for the questions of permission to seek judicial review and, if granted, the substantive merits of the claim to be considered at one hearing. We formally grant permission.

For the reasons we have set out, we hold that the Secretary of State does not have power under the Crown's prerogative to give notice pursuant to Article 50 of the TEU for the United Kingdom to withdraw from the European Union.

Nota a sentenza

I - I ricorrenti, cittadini britannici naturalizzati, sono ricorsi alla High Court per contestare che il Governo potesse notificare, ai sensi dell'art. 50, Il comma, TUE, il recesso del Regno Unito dall'Unione Europea solo in forza dell'esito del referendum tenutosi il 23 giugno 2016 e senza la preventiva autorizzazione del Parlamento.

Le doglianze dei ricorrenti sono state così riassunte dalla sentenza resa da un collegio particolarmente autorevole, essendo stato formato dal Lord Chief Justice³

³ Il Lord Chief Justice è il capo del potere giudiziario dell'Inghilterra e del Galles e Presidente delle Corti di Inghilterra e Galles. Quest'ultimo ruolo è stato attribuito dalla Legge di riforma costituzionale del 2005 con la quale le funzioni giudiziarie del Lord Chancellor (membro del gabinetto di Governo responsabile per la Giustizia) sono state trasferite al Lord Chief Justice. Il Lord Chief Justice è inoltre a capo della giustizia penale. Tra le prin-

e dal Master of the Rolls⁴, ai vertici della gerarchia giudiziaria dell'Inghilterra e del Galles:

Per i principi fondamentali della costituzione del Regno Unito, nessun diritto garantito dall'ordinamento britannico, sia conferito per legge sia per *common law*, può essere ridotto o abrogato dal potere esecutivo, in forza dei poteri esecutivi della Corona, fintantoché il Parlamento non abbia conferito alla Corona (all'Esecutivo, cioè) il potere di farlo.

In nessun modo il Parlamento ha concesso tale autorità espressamente o per necessaria conseguenza della ECA 1972 (la legge che ha sancito l'ingresso del diritto comunitario nell'ordinamento del Regno Unito) o nella successiva legislazione relativa all'Unione Europea.

La notifica ai sensi dell'art. 50, II comma, TUE, priverebbe il Parlamento del potere di decidere quali diritti stabiliti dalla legge debbano essere modificati.

La ratifica da parte del Parlamento di un qualunque trattato sul recesso concluso ai sensi dell'art. 50, II comma, TUE, se un tale trattato fosse concluso tra il Regno Unito e l'Unione Europea, non sanerebbe il vizio della sostanziale rimozione di ogni effettivo potere decisivo in materia in capo al Parlamento.

Il Parlamento non ha conferito, con il Referendum Act 2015, il potere di notifica del recesso ai sensi dell'art. 50 TUE alla Corona (ovvero al Governo).

Oltre a ciò i ricorrenti hanno anche eccepito che, nell'ipotesi che non fosse accolta la tesi secondo cui il Governo non ha il potere di notifica ai sensi dell'art. 50 senza l'espressa autorizzazione del Parlamento, in ogni caso ogni potere in forza dei poteri esecutivi della Corona sarebbe stato rimosso dallo ECA 1972 o dalla successiva legislazione relativa all'Unione Europea ovvero dalla legge sull'Unione Europea del 2011.

Gli argomenti della difesa del Governo britannico sono stati:

Il Parlamento può scegliere di lasciare o non abrogare i poteri esecutivi della Corona (cioè del Governo) anche se ciò comportasse una modifica della *common law* o di norme di legge.

L'abrogazione dei poteri esecutivi della Corona deve avvenire per espressa decisione del Parlamento. Quindi non essendo state espressamente abrogate in relazione ai Trattati dell'Unione Europea la notifica può essere effettuata con le conseguenze necessarie sia

in caso di conclusione di un trattato di recesso sia in caso di uscita allo scadere del termine biennale per la conclusione delle trattative.

Nessuna norma nell'ECA 1972 abroga i poteri esecutivi della Corona in materia.

Nemmeno la legge del 2008 che ha modificato l'ECA 1972 o la EUA 2011 hanno compresso il potere della Corona di notifica ai sensi dell'art. 50 anche se tale legislazione è stata promulgata successivamente. Al contrario, secondo la difesa del Governo del Regno Unito, tale legislazione ha implicitamente riconosciuto l'esistenza di tale potere non ponendo alcuna restrizione al potere della Corona di invocare quei diritti esercitabili ai sensi del TUE, come emendato dal Trattato di Lisbona.

Non vi è alcuna norma espressa che abroghi il diritto della Corona di recedere dai trattati così come di modificarli.

Poiché è probabile che qualunque trattato sul recesso conterrà disposizioni che richiedono la ratifica, il trattato sarà in ogni caso sottoposto all'approvazione del Parlamento. Se il trattato contenesse disposizioni che richiedono una modifica dell'ordinamento interno, norme primarie sarebbero necessarie per farlo. Ciò sarebbe coerente con le diverse funzioni della Corona e del Parlamento e con quanto è già accaduto: una volta che un trattato europeo è stato concluso, l'ordinamento interno è stato modificato dal Parlamento attraverso la sua legislazione e quindi il trattato è stato ratificato.

Sebbene la Referendum Act 2015 non conferisca di per sé al Segretario di Stato il potere di notifica ai sensi dell'art. 50, II comma, dal silenzio della norma sulla necessità di una sanzione legislativa prima che tale notifica sia effettuata, deriva che il Parlamento abbia accettato la persistenza dei poteri esecutivi della Corona circa la notifica e certamente da esso non deriva alcuna restrizione a tali poteri.

II - La Corte si è posta innanzi tutto il problema di definire esattamente la domanda proposta dai ricorrenti: con essa è stato impugnata la decisione di recedere dall'Unione Europea ai sensi dell'art. 50, I comma, TUE o piuttosto, e più limitatamente, la decisione di notificare tale recesso ai sensi del II comma della medesima norma?

La Corte ha stabilito che il *petitum* del ricorso fosse limitato alla sola decisione di azionare il processo di ritiro dall'Unione, anche se ha espressamente osservato che se la Corona non ha poteri esecutivi secondo il diritto costituzionale del Regno Unito di notificare al Consiglio Europeo il recesso ai sensi dell'art. 50, II comma, appare evidente che la Corona non abbia nemmeno il potere di decidere, sulla base dei soli poteri esecutivi, il recesso dall'Unione, secondo il diritto costituzionale nazionale.

III - La decisione del Governo di procedere alla notifica senza alcun preventivo passaggio parlamentare è stata impugnata anche da altri ricorrenti in altre parti

cipali funzioni del Lord Chief Justice possono ricordarsi: la rappresentanza del potere giudiziario di Inghilterra e Galles presso il Parlamento ed il Governo; l'amministrazione, l'addestramento e la guida del potere giudiziario; l'assegnazione dei giudici e la distribuzione del lavoro tra i diversi uffici giudiziari di Inghilterra e Galles.

Egli inoltre presiede i più importanti casi sia civili, sia penali che di diritto di famiglia. Sentenzia e impartisce istruzioni in molti dei più importanti casi in appello.

⁴ Il Master of the Rolls è il presidente della sezione civile della Court of Appeal. Egli è il secondo nella gerarchia del potere giudiziario dopo il Lord Chief Justice.

del Regno Unito; la High Court of Justice in Northern Ireland - Queen's Bench Division, con una decisione del 28 ottobre 2016 ([2016] NIQB 85, <http://www.bailii.org/nie/cases/NIHC/QB/2016/85.html>), ha respinto un ricorso proposto innanzi ad essa sulla base della presunta violazione delle norme sulla devoluzione legislativa all'Irlanda del Nord e degli accordi di pace sottoscritti dal Regno Unito con la Repubblica di Irlanda ed i rappresentanti dei gruppi Unionisti e dell'IRA, i cosiddetti Accordi del Venerdì Santo che hanno posto termine alla quasi trentennale guerra civile nelle sei contee dell'Ulster.

In questo giudizio i ricorrenti nord-irlandesi avevano sostenuto non solo la necessità di un provvedimento parlamentare perché il Governo fosse autorizzato alla notifica del recesso ma anche che, in forza delle norme costituzionali vigenti per l'Irlanda del Nord, fosse necessario anche l'assenso del Parlamento di Belfast. La High Court nord-irlandese, dopo aver esaminato approfonditamente i precedenti circa l'estensione dei poteri esecutivi in forza delle prerogative della Corona, che pacificamente cessano ove vi siano norme di diritto positivo create dal Parlamento e che nessun diritto soggettivo possa essere abrogato o ridotto dal potere esecutivo se non in forza di una legge, ha ritenuto che nel caso sottoposto al suo giudizio, la notifica del recesso non comporti alcuna abrogazione o riduzione di diritti, giacché – come rilevato dalla difesa del Governo – essa avrebbe provocato solo l'inizio di lunghe trattative con l'Unione europea al termine del quale il trattato sul recesso sarebbe sottoposto alla ratifica parlamentare. Deve peraltro osservarsi, come ha notato invece la High Court di Londra che l'art. 50, II comma, TUE prevede sì la conclusione di un trattato ma dispone anche che scaduto il termine di due anni dalla notifica senza che un trattato sia stato concluso le norme europee cessano di avere efficacia nello Stato recedente ed esso è *de jure* fuori dall'Unione.

La decisione del Giudice di Belfast si è fondata inoltre sulla considerazione formale che la notifica della decisione di recedere dall'Unione non violerebbe alcuna prerogativa delle istituzioni nord-irlandesi, o con espressioni a noi più familiari, non vi sarebbe alcun conflitto di attribuzione tra il potere centrale e quello locale.

IV - Il collegio londinese è giunta ad opposte conclusioni in ordine al conflitto di attribuzioni tra potere esecutivo e potere legislativo.

La Corte ha richiamato brevemente i principi costituzionali: pur non essendo la costituzione del Regno Unito interamente scritta, essa è formata sia da principi di *common law* sia da leggi di rango costituzionale. Ci sono, ha affermato la Corte, norme giuridiche riconosciute che governano l'esercizio del potere pubblico e che distribuiscono l'autorità di prendere decisioni fra differenti entità e che definiscono l'estensione dei rispettivi poteri. Il Regno Unito è una democrazia

costituzionale regolata da norme giuridiche e dalla soggezione al diritto. «I Tribunali hanno il dovere costituzionale fondamentale per uno stato di diritto democratico di applicare le norme del diritto costituzionale nello stesso modo in cui applicano le altre leggi⁵».

La Corte ha ricordato che costituisca questione non controversa tra le parti che secondo il diritto costituzionale britannico la Corona in Parlamento⁶ è sovrana e che la legislazione promulgata dalla Corona con il consenso di entrambe le Camere del Parlamento è suprema. Il Parlamento può, con atti di normazione primaria, cambiare le norme giuridiche in qualunque modo esso scelga. Non vi è alcuna forma superiore alla legislazione primaria, salvo solo il caso in cui il Parlamento stesso approvi norme che lo consentano. La European Communities Act 1972 (ECA 1972), che conferisce precedenza al diritto dell'Unione Europea, ne è il solo esempio. Ma ciò nonostante il Parlamento rimane sovrano e supremo e mantiene il potere di togliere l'autorità data ad altre leggi da una precedente norma primaria. In breve, il Parlamento, afferma la Corte, ha il potere di revocare l'ECA 1972 se lo desidera.

In altri termini, la Costituzione del Regno Unito è una costituzione flessibile che non prevede forme aggravate per l'approvazione di modifiche.

Afferma però la Corte che le leggi del Parlamento devono avere una lettura costituzionalmente orientata così che la loro interpretazione non può prescindere dai principi costituzionali. Ribadisce la Corte: «Laddove i principi costituzionali di fondo siano forti, c'è una presunzione che il Parlamento abbia inteso legiferare in conformità ad essi e non abbia voluto minarli⁷». Ha continuato proponendo numerosi esempi al riguardo: la forte presunzione che il Parlamento non intenda precludere l'accesso ai Tribunali ordinari per la definizione delle liti⁷ o che intenda violare i diritti umani. «Tali presunzioni potrebbero essere superate se il Parlamento lo volesse, ma tanto più forti sono i principi costituzionali, tanto più forte è la presunzione che il Parlamento non abbia inteso modificarli o superarli e tanto più forte la necessità di una espressa dichiarazione o di una manifesta inevitabile conseguenza della nuova norma, perchè possa dedursi che il Parlamento effettivamente abbia voluto andare contro quei principi. Così similmente tanto più è forte il principio costi-

⁵ The judges know nothing about any will of the people except in so far as that will is expressed by an Act of Parliament, and would never suffer the validity of a statute to be questioned on the ground of its having been passed or being kept alive in opposition to the wishes of the electors (A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution*, 1915).

⁶ Con l'espressione *Crown in Parliament* o *Parliament* si definisce il potere legislativo mentre con l'espressione *Crown in council* o semplicemente *Crown* si definisce il potere esecutivo.

⁷ Sarebbe impensabile una legge che sanziona con l'improcedibilità una causa per il mancato preventivo esperimento di un mezzo alternativo di risoluzione della controversia (adr).

tuzionale, tanto più facilmente può essere dedotto che le parole usate dal Parlamento contengano un significato che riflette quel principio.

La Corte ha affermato che la Corona (cioè il Governo) ha solo i poteri riconosciuti dalla *common law* e il loro esercizio produce effetti solo all'interno dei limiti così riconosciuti. Al di là di quei limiti la Corona non ha il potere di modificare il diritto interno sia che esso si sia formato secondo la *common law* sia che esso sia contenuto in norme legislative positive.

In questo ambito, la conduzione della politica estera e dunque la conclusione od il recesso dai trattati internazionale è questione che rientra nell'ambito dei poteri esecutivi del Governo.

Ciò però non significa che attraverso l'uso di questo potere, che crea obbligazioni solo sotto il profilo della responsabilità internazionale dello Stato, il Governo possa modificare norme di diritto interno senza l'intervento od il consenso del Parlamento. Il Governo non può per tale via "confer rights on individuals or deprive individuals of rights".

V – La Corte ha quindi esaminato la questione sottoposta al suo esame sotto diversi profili. Essa ha innanzitutto esaminato i vari istituti e le norme implicite distinguendole secondo le loro diverse fonti, iniziando dal potere esecutivo e dalle sue prerogative.

Le prerogative della Corona sono state definite: "the residue of discretionary or arbitrary authority which at any given time is legally left in the hands of the Crown"⁸ (Attorney General v De Keyser's Royal Hotels Ltd [1920] AC 508 UKHL 1, 526, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1920/1.html>). È stato anche detto che "La prerogativa reale è effettivamente il relitto di un'epoca passata, non persa per il mancato uso, ma disponibile solo in casi non coperti da norme primarie" (Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate [1965] AC 75, http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1964_SC_HL_117.html).

È stato inoltre affermato che: "The constitutional history of this country is the history of the prerogative powers of the Crown being made subject to the overriding powers of the democratically elected legislature as the sovereign body. The prerogative powers of the Crown remain in existence to the extent that Parliament has not expressly or by implication extinguished them"⁹ (R v Secretary of State for the Home Department, ex p Fire Brigades Union [1995] UKHL 3, 553, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/3.html>).

La Corte ha quindi valutato gli effetti della legislazione dell'Unione Europea sull'ordinamento interno

del Regno Unito, ricordando che il principio di *primauté* del diritto comunitario fosse stato sancito dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo ben prima dell'adesione del Regno Unito alle Comunità Europee nel 1973¹⁰ e più volte riaffermato.

La Corte ha affermato che è importante tenere in mente i profondi mutamenti che il Parlamento intese produrre nel diritto interno con la promulgazione della ECA 1972, che ha portato alla sua identificazione come ad una legge di speciale significato costituzionale. L'ampia e profonda estensione dei cambiamenti nella legislazione interna creata rende del tutto improbabile che il Parlamento intendesse lasciare nelle mani del Governo la possibilità di modificarla attraverso i poteri esecutivi. "Il Parlamento ha fatto il grande passo di attivare l'efficacia diretta del diritto UE nell'ordinamento nazionale, attraverso l'approvazione dell'ECA 1972 come legislazione primaria, e non è quindi plausibile che esso intendesse che la Corona avrebbe potuto, attraverso un suo atto unilaterale con i poteri esecutivi, disattivarla" si legge nella sentenza.

Per di più, osservano ancora i giudici londinesi, lo status dell'ECA 1972 di legge costituzionale rende inapplicabile la dottrina dell'abrogazione implicita per successiva legislazione incompatibile (*lex posterior derogat priori*): ciò potrebbe avvenire solo se il Parlamento dichiarasse espressamente che intende farlo ed a maggior ragione deve rigettarsi l'ipotesi che tale norma possa essere modificata dalla Corona utilizzando i suoi poteri esecutivi.

La Corte ha quindi riaffermato il principio secondo il quale spetta al Governo ogni decisione in materia di sottoscrizione di trattati che non abbiano alcun effetto diretto sulla legislazione interna.

Sotto questo primo profilo, quindi la Corte ha affermato che sia chiaro che il Parlamento abbia legiferato nel 1972 in modo tale che non sia più possibile l'esercizio delle prerogative della Corona in detta materia.

VI – La Corte esaminando la questione sotto il diverso profilo del se in concreto la notifica del recesso violi diritti riconosciuti ai cittadini britannici, con ciò inibendo, per le considerazioni sopra svolte, l'esercizio del potere esecutivo della Corona. La Corte ha quindi identificato tre categorie di diritti: a) quella dei diritti che possono essere replicati nell'ordinamento del Regno Unito anche dopo la sua uscita dall'Unione Europea; b) quella dei diritti che possono essere goduti in altri Stati membri dell'UE come la libertà di circolazione delle persone, dei capitali, delle merci e dei servizi,

⁸ Il residuo di un potere discrezionale ed arbitrario che in un dato tempo è legittimamente lasciato alla Corona.

⁹ La storia costituzionale di questo paese è la storia dei poteri esecutivi della Corona divenuti soggetti ai superiori poteri del legislatore democraticamente eletto come corpo sovrano. I poteri esecutivi della Corona rimangono nella misura in cui il Parlamento non li abbia espressamente o per implicito abrogati.

¹⁰ CGCE, 26/62, *Van Gend & Loos* ECLI:EU:C:1963:1 e 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585; 106/77, *Amministrazione delle Finanze v Simmenthal SpA* ECLI:EU:C:1978:49. La Corte ha ricordato anche che nel caso le direttive non abbiano effetto diretto ma la legislazione nazionale introdotta per adeguarsi alle norme UE deve essere interpretata in modo compatibile con il diritto UE: C-106/89, *Marleasing* ECLI:EU:C:1990:395.

la libertà di stabilimento; c) quella dei diritti che andrebbero persi, quali ad esempio il diritto di elettorato attivo e passivo per il Parlamento Europeo o il diritto di rivolgersi alla Corte di Giustizia UE.

Afferma la Corte che per effetto dell'ECA 1972, la Corona non ha il potere di recedere dai Trattati perché ciò lederebbe tutte le categorie di diritti godute dai cittadini britannici per effetto diretto o indiretto della legislazione UE. E conseguentemente non ha il potere di notificare il recesso ai sensi dell'art. 50, II comma, TUE.

VII – La Corte ha inoltre preso atto che il Governo non ha inteso sostenere che la 2015 Referendum Act, con la quale è stato indetto il referendum tenutosi il 23 giugno 2016, costituisca la base normativa per legittimare l'esercizio della notifica da parte della Corona. La Corte ha osservato, sulla base dei lavori preparatori, che il Parlamento abbia ritenuto il referendum come meramente consultivo lasciando riservate, il voto a favore dell'uscita, a future decisioni le numerose e complesse questioni relative alla legittima implementazione del recesso dall'Unione Europea.

La Corte ha quindi deciso che il Segretario di Stato non ha il potere, in forza dei poteri esecutivi della Corona, di notificare ai sensi dell'art. 50, II comma, TUE, l'uscita del Regno Unito dall'UE.

La Corte ha inoltre concesso che le parti propongano ricorso alla U.K. Supreme Court, che esaminerà la questione nella prima metà del mese di dicembre 2016.

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea

DIRITTO INTERNAZIONALE

Art. 10 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto alla libertà di espressione – Diritto alla reputazione – Diffusione articoli via web – Rispetto della vita privata e familiare

L'impatto potenziale di una pubblicazione attraverso internet, suscettibile di ledere il diritto alla reputazione, è di più ampia portata rispetto alla diffusione tramite i mezzi tradizionali come la stampa ed è, quindi, giustificato un intervento delle autorità nazionali più incisivo.

Corte E.D.U., Affaire Cicad c. Suisse, Requête n.17676/09, sentenza depositata il 7 giugno 2016

Un principio sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza depositata il 7 giugno nel caso CICAD contro Svizzera.

A rivolgersi a Strasburgo un'associazione svizzera, che combatte l'antisemitismo, la quale aveva pubblicato sul proprio sito internet e in una newsletter un articolo in cui accusava di antisemitismo un professore che aveva pubblicato, nel 2005, con il supporto dell'Università di Ginevra, un libro dal titolo "Israël et l'autre". Il curatore del volume aveva agito dinanzi ai tribunali nazionali sostenendo che era stato violato il proprio diritto alla reputazione. I giudici svizzeri gli avevano dato ragione e avevano ordinato la rimozione dell'articolo dal sito dell'Associazione.

Quest'ultima si è così rivolta alla Corte europea che le ha dato torto. Per Strasburgo, non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 10 della Convenzione europea che assicura il diritto alla libertà di espressione.

È vero che l'articolo pubblicato sul sito conteneva un giudizio di valore, ma anche in questo caso è necessario che vi sia una base fattuale sufficiente. L'articolo riguardava questioni di interesse generale, ma era particolarmente aggressivo, definendo il testo antisemita senza che, però, vi fossero dati concreti per giustificare questo giudizio. Strasburgo, poi, nell'effettuare il bilanciamento tra i diversi diritti in gioco, mette in primo piano anche il mezzo con il quale è stato disseminato l'articolo.

Il web – osservano i giudici internazionali – permette una maggiore accessibilità della collettività, ha una capacità enorme di conservazione e di diffusione di dati, facilitando l'accesso al pubblico. Basti pensare, infatti, alla possibilità, introducendo unicamente il cognome del professore nel motore di ricerca, di arrivare all'articolo.

È evidente, quindi, che internet presenta più rischi rispetto alla stampa con riguardo alla possibilità di intaccare diritti fondamentali come il rispetto della vita privata e quello alla reputazione. Di conseguenza, l'impatto potenziale dell'accusa di antisemitismo era molto più grande rispetto a quello che poteva derivare da un articolo di stampa. Inoltre, per accertare se vi sia stata una violazione della Convenzione europea, la Corte è passata a valutare l'entità della sanzione che è stata proporzionata tenendo conto che ha avuto natura civile e non penale e che l'Associazione ricorrente è stata tenuta unicamente a rimuovere l'articolo. Senza dimenticare – prosegue la Corte – che l'Associazione ricorrente aveva pubblicato una lettera di precisazioni del docente, ma il giorno dopo aveva ribadito, in un articolo, le accuse. Considerata l'esistenza di motivi pertinenti e sufficienti, idonei a giustificare l'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione, la Corte ha respinto il ricorso, dando così ragione all'autore del libro.

Articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto all'equo processo – Procedimento di affidamento dei minori

Nei procedimenti di divorzio in cui si discute l'affidamento dei figli, il giudice deve ascoltare i minori coinvolti, la mancata audizione deve essere motivata.

Corte E.D.U., sentenza Iglesias Casarrubios e Cantalapiedra Iglesias contro Spagna, ricorso n. 23298/12, depositata l'11 ottobre 2016.

È vero che non esiste un diritto assoluto dei minori, ma nei casi in cui il tribunale nazionale si rifiuti sistematicamente di audire i figli al centro del procedimento di affidamento, l'organo giurisdizionale ha l'obbligo di giustificare il rifiuto opposto alla richiesta di uno dei genitori.

È la Corte europea a chiarirlo nella sentenza Iglesias Casarrubios e Cantalapiedra Iglesias contro Spagna depositata l'11 ottobre 2016, ricorso n. 23298/12, con la quale i giudici internazionali hanno condannato la Spagna per violazione dell'articolo 6 della Convenzione che assicura l'equo processo.

Il procedimento nazionale riguardava il divorzio di una coppia e l'affidamento delle figlie, minorenni all'epoca dei fatti. La madre aveva chiesto ai giudici competenti di sentire le bambine, ma la sua istanza era stata respinta. Tuttavia, l'affidamento condiviso aveva causato numerosi problemi con ulteriori dissidi tra i genitori, che avevano portato la donna a proseguire la sua richiesta fino alla Corte costituzionale.

Ma ogni sua istanza era stata rigettata. Di qui il ricorso a Strasburgo che le ha dato ragione.

Prima di tutto, Strasburgo ha dichiarato irricevibile il ricorso delle bambine che avevano affiancato la madre nell'azione alla Corte europea.

Questo non perché minorenni (tanto più che è ben possibile, anche in questi casi, il ricorso alla Corte europea), ma perché solo la madre era stata parte nel procedimento nazionale. Detto questo, però, Strasburgo ha dato ragione alla donna.

È vero – osserva la Corte di Strasburgo – che non si può affermare un diritto assoluto a sentire i minori perché ciò dipende dalle circostanze particolari di ciascun caso, con un obbligo di valutare l'età e la maturità del minore, ma la conclusione cambia se è la legge interna a stabilire un simile obbligo.

Se poi tale obbligo viene disatteso, è indispensabile una giustificazione, che era mancata nel caso arrivato a Strasburgo, con la conseguenziale condanna della Spagna.

Articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Principio del *ne bis in idem* – Provvedimento di ritiro patente – Misure sanzionatorie – Pena complementare

Nessuna violazione del principio del ne bis in idem se alla multa per eccesso di velocità comminata in un procedimento penale segue, per lo stesso fatto, il ritiro della patente deciso in un procedimento amministrativo. E questo anche se entrambe le misure possono essere inquadrate tra quelle penali.

Corte E.D.U., sentenza Rivard contro Svizzera, ricorso n. 21563/12, depositata il 4 ottobre

È la Corte europea dei diritti dell'uomo a stabilirlo nella sentenza Rivard contro Svizzera, ricorso n. 21563/12, depositata il 4 ottobre, a seguito del ricorso di un cittadino canadese residente in Svizzera che era stato condannato a una multa di 600 franchi svizzeri per eccesso di velocità. Due mesi dopo gli era stata ritirata la patente.

Il ricorrente aveva contestato la misura ritenendo di essere stato oggetto di una doppia condanna per uno stesso fatto in violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione dei diritti dell'uomo, norma che vieta un doppio procedimento per uno stesso reato per il quale un individuo sia stato già assolto o condannato. Tutti i ricorsi interni erano stati respinti. Di qui l'azione a Strasburgo che, però, ha respinto il ricorso.

Strasburgo ricorda che la classificazione di una misura tra quelle penali o amministrative non dipende dal diritto interno, ma dalla presenza di alcuni elementi individuati dalla Corte europea che, a suo avviso, erano presenti nel caso di specie.

D'altra parte, in questo caso, il ritiro della patente è una sanzione supplementare che completa la condanna penale ossia la multa, con la conseguenza che il principio del *ne bis in idem* deve essere applicato. Tuttavia, pur in presenza di uno stesso fatto, ossia l'eccesso di velocità che dà origine a due procedure, una penale e l'altra amministrativa, in questo caso non c'è stata violazione del principio del *ne bis in idem*. Le sanzioni inflitte al ricorrente – precisa la Corte – sono state pronunciate da due autorità distinte in due procedimenti diversi, ma in presenza di un legame materiale e temporale “sufficientemente stretto perché si possa considerare il ritiro della patente come una delle misure previste dal diritto interno per la punizione dei reati legati alla guida”.

È, quindi, la necessità di coordinare le procedure che ha portato a due momenti distinti per applicare misure sanzionatorie (entrambe, in sostanza, penali) riferite allo stesso fatto. Il lasso temporale trascorso tra i due procedimenti è stato poi minimo e il ritiro della patente è stato deciso appena la condanna per eccesso di velocità è divenuta esecutiva. Il provvedimento di ritiro della patente, così, non è altro che una pena complementare rispetto a quella penale e i due procedimenti, penale e amministrativo, sono due aspetti di un sistema unico, senza che si possa configurare un doppio procedimento in grado di far scattare la violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7.

Diritto alla salute – Articolo 8 della Convenzione europea Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Rispetto al diritto della vita privata e familiare – Ambiente non salubre – Inquinamento falde acquifere

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo lo Stato deve corrispondere un indennizzo adeguato nel caso di inquinamento della falda acquifera che ha causato un ambiente non salubre.

Gli Stati hanno l'obbligo di versare un indennizzo effettivo alle vittime di inquinamento, anche quando un danno provocato dall'acqua insalubre è causato ad un'unica persona.

Corte E.D.U., Case of Otgon v. The Republic of Moldova, application n. 22743/07, sentenza del 25 ottobre

Lo ha chiarito la Corte europea di Strasburgo nella sentenza del 25 ottobre con la quale ha condannato la Repubblica della Moldova che aveva versato un indennizzo troppo basso a una donna la quale era stata colpita da una grave dissenteria per aver bevuto acqua inquinata dal rubinetto.

Il provvedimento della Corte di Strasburgo trae origine dall' iniziativa di una donna moldava che era stata ricoverata per due settimane in ospedale. Era stato accertato che l'acqua era stata contaminata da liquami presenti nelle falde acquifere. Di qui l'azione contro lo Stato.

Ed invero, i tribunali nazionali avevano riconosciuto la responsabilità delle autorità statali e, in particolare, della società dell'acqua gestita dallo Stato, ma avevano liquidato un importo di soli 310,00 euro. Di qui il ricorso alla Corte europea che ha dato ragione alla donna.

Per la Corte, gli Stati, in base all'articolo 8 della Convenzione europea che assicura il rispetto al diritto della vita privata e familiare, sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie per garantire il benessere degli individui. Di conseguenza, lo Stato è responsabile se causa un inquinamento o se non adotta alcuna misura per impedirlo.

Nel caso in esame, l'ambiente non salubre dovuto a un inquinamento della falda acquifera ha leso il benessere della ricorrente. Ciò è stato riconosciuto dalle autorità giurisdizionali nazionali che, però, hanno stabilito un indennizzo di soli 310 euro, ben al di sotto degli importi concessi in casi analoghi dalla Corte europea che ha così deciso una liquidazione di 4 mila euro.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Procedimento pregiudiziale d'urgenza – Cooperazione giudiziaria in materia penale – Direttiva (UE) 2016/343 – Articoli 3 e 6 – Applicazione nel tempo – Controllo giurisdizionale della custodia cautelare di un imputato – Normativa nazionale che vieta, durante la fase dibattimentale del procedimento, di esaminare se vi siano motivi plausibili di supporre che l'imputato abbia commesso un reato – Contrarietà all'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), e paragrafo 4, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Margine di discrezionalità lasciato dalla giurisprudenza nazionale ai giudici nazionali per decidere se applicare o meno detta Convenzione

Il parere reso il 7 aprile 2016 dal Varhoven kasatsionen sad (Corte suprema di cassazione, Bulgaria) all'inizio del periodo di trasposizione della direttiva (UE) 2016/343, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, e che conferisce ai giudici nazionali competenti a giudicare su un ricorso proposto contro una decisione di custodia cautelare la facoltà di decidere se, durante la fase dibattimentale del procedimento penale, il mantenimento di un imputato in custodia cautelare debba essere sottoposto a un controllo giurisdizionale relativo anche alla questione se vi siano motivi plausibili che consentono di supporre che egli ha commesso il reato contestatogli, non è tale da compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva, la realizzazione degli obiettivi prescritti da quest'ultima.

Corte giust. (Quarta Sezione), sentenza 27 ottobre 2016, causa C-439/16 PPU, Milev¹

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 3 e 6 della direttiva 2016/343/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali².

Nell'ambito di un procedimento penale avviato nel 2013, il sig. Milev è stato accusato di diversi reati gravi, tra i quali figurano i reati di direzione di una banda criminale organizzata e armata, rapimento, furti a mano armata e tentato omicidio, che sono punibili con pene detentive che vanno dai tre anni all'ergastolo senza

¹ Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

² GU 2016, L 65, p. 1.

possibilità di commutazione. Il procedimento è entrato nella fase dibattimentale l'8 giugno 2015, data in cui il ricorrente si trovava già in stato di custodia cautelare (dal 24 novembre 2013).

Lo Spetsializiran nakazatelen sad (tribunale penale specializzato, Bulgaria) ha statuito diverse volte su domande di revoca di tale custodia cautelare presentate dal sig. Milev senza valutare se vi fossero motivi plausibili che consentivano di supporre che l'imputato aveva commesso un reato, conformemente al diritto nazionale che vieta al giudice, nel corso della fase dibattimentale della causa, di pronunciarsi in sede di controllo giurisdizionale di una misura di custodia cautelare sulla questione se vi siano motivi plausibili che consentono di supporre che l'imputato ha commesso i reati che gli sono contestati. Tuttavia, il medesimo tribunale penale, riteneva il diritto nazionale di disciplina del processo penale contrario ai requisiti derivanti dalla CEDU, il cui articolo 5, paragrafo 1, lettera c), e paragrafo 4, consente di mantenere un imputato in detenzione solo «quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato». In tali circostanze, il tribunale penale specializzato si è rivolto al Varhoven kasatsionen sad (Corte suprema di cassazione, Bulgaria).

In un parere reso il 7 aprile 2016 in adunanza plenaria, la sezione penale di tale organo giurisdizionale ha confermato l'esistenza di un conflitto tra il diritto processuale penale nazionale e la CEDU, che ha dato luogo a diverse condanne della Repubblica di Bulgaria da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel medesimo parere, la Corte suprema di cassazione, pur riscontrando la difformità delle disposizioni di diritto processuale penale nazionali con quelle della CEDU, ha dichiarato che «[è] chiaro che non siamo in grado di proporre una qualunque soluzione al problema. A nostro avviso, ogni collegio giudicante deve decidere se dare la priorità alla CEDU o alla legge nazionale e se è in grado di statuire in tale ambito».

Dal canto suo, il tribunale penale specializzato attribuiva al parere in oggetto valore di atto interpretativo e alle motivazioni in esso contenute carattere vincolante per tutti gli organi giurisdizionali nazionali. Nondimeno, dubitava della conformità di tali motivazioni agli articoli 3 e 6 della direttiva 2016/343/UE. Consapevole del fatto che il termine per la trasposizione di tale direttiva non è ancora scaduto, esso ricordava, tuttavia, che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, gli organi nazionali competenti, compresi i giudici, dovrebbero astenersi dall'adottare misure tali da compromettere gravemente la realizzazione del risultato prescritto da detta direttiva. Per questi motivi, il tribunale penale specializzato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte UE un quesito pregiudiziale da trattare in maniera urgente ex articolo 107 del regolamento di procedura della Corte, stante lo stato di custodia cautelare del ricorrente e dell'influenza della risposta della Corte lussemburghese sull'esito del procedimento nazionale. Il giudice dell'Unione ha accolto la richiesta di trattazione urgente, avendo riscontrato positivamente i requisiti richiesti dal regolamento al riguardo.

Passando all'esame del dubbio interpretativo, il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se gli articoli 3 e 6 della direttiva 2016/343 andassero interpretati nel senso che ostano al parere reso il 7 aprile 2016 dal Varhoven kasatsionen sad (Corte suprema di cassazione) all'inizio del periodo di trasposizione di detta direttiva³, che conferisce ai giudici nazionali competenti a giudicare su un ricorso proposto contro una decisione di custodia cautelare la facoltà di decidere se, durante la fase dibattimentale del procedimento penale, il mantenimento di un imputato in custodia cautelare debba essere sottoposto a un controllo giurisdizionale relativo alla questione se vi siano motivi plausibili che consentono di supporre che egli ha commesso il reato contestatogli.

A giudizio della Corte di giustizia, il termine di trasposizione è diretto a dare agli Stati membri il tempo necessario all'adozione dei provvedimenti di trasposizione. Pertanto, «non si può contestare agli stessi Stati l'omessa trasposizione della direttiva nel loro ordinamento giuridico interno prima della scadenza di tale termine (v. sentenze del 18 dicembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punto 43, e del 15 ottobre 2009, *Hochtief e Linde-Kca-Dresden*, C-138/08, EU:C:2009:627, punto 25)». Vero è tuttavia che gli Stati membri, già nel periodo di pendenza del termine di trasposizione, devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva. In merito, poco rileva il fatto che siffatte disposizioni di diritto nazionale, adottate dopo l'entrata in vigore della direttiva di cui trattasi, siano o meno finalizzate al recepimento di tale direttiva⁴.

Ne segue che dalla data in cui una direttiva è entrata in vigore, le autorità degli Stati membri e i giudici nazionali devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto nazionale in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di trasposizione, la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito. Rispondendo, quindi, al giudice del rinvio che s'interroga sulla questione se il parere emesso dalla Corte suprema di cassazione (il 7 aprile 2016) possa costituire una misura interpretativa del diritto nazionale che rischia di compromettere gravemente la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva in parola, il giudice UE ritiene, dal tenore letterale del parere stesso, che esso non impone ai giudici nazionali aditi di un ricorso contro misure di mantenimento della custodia cautelare, di adottare, nella fase dibattimentale del

³ La direttiva 2016/343 (in vigore il 31 marzo 2016) dovrà essere trasposta entro il 1° aprile 2018 (articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2016/343).

⁴ Corte giust., sentenza del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, EU:C:2006:443.

procedimento penale, una determinata decisione. Al contrario, emerge che detto parere lascia a tali giudici la libertà di applicare le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, o quelle del diritto processuale penale nazionale. Per l'effetto, il parere della Corte suprema di cassazione non è tale da compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2016/343, la realizzazione degli obiettivi prescritti dall'Unione.

Tanto osservato, la Corte UE ha risposto che il parere reso il 7 aprile 2016 dal Varhoven kasatsionen sad (Corte suprema di cassazione) all'inizio del periodo di trasposizione della direttiva 2016/343 e che conferisce ai giudici nazionali competenti a giudicare su un ricorso proposto contro una decisione di custodia cautelare la facoltà di decidere se, durante la fase dibattimentale del procedimento penale, il mantenimento di un imputato in custodia cautelare debba essere sottoposto a un controllo giurisdizionale relativo anche alla questione se vi siano motivi plausibili che consentano di supporre che egli ha commesso il reato contestatogli, non è tale da compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva, la realizzazione degli obiettivi prescritti da quest'ultima.

Ordinamento giudiziario

IL NUOVO VOLTO DEL GIUDIZIO IN CASSAZIONE:
MISURE ORGANIZZATIVE E PROCEDIMENTALI 1184
di Nicola Graziano

ORDINAMENTO
GIUDIZIARIO



Il nuovo volto del giudizio in Cassazione: misure organizzative e procedurali¹

sommario

Premessa. – **1.** Misure organizzative per migliorare le funzioni della Corte di Cassazione. – **2.** (*Segue*): L'applicazione dei magistrati dell'Ufficio del massimario e del ruolo alle sezioni della Cassazione ed il tirocinio formativo in Cassazione. – **3.** Il nuovo volto del procedimento dinnanzi alla Corte di Cassazione. – **4.** Una prima considerazione di carattere generale. – **5.** Le modifiche all'art. 2 (misure straordinarie per contrarre i tempi di copertura delle vacanze nell'organico degli uffici giudiziari di primo grado). – **6.** La limitata modifica alle disposizioni in materia di tramutamenti successivi dei magistrati.

Premessa

Accompagnato da vibranti polemiche è stato inaspettatamente convertito in legge, senza ulteriori modifiche rispetto a quelle apportate dalla Camera dei Deputati per effetto della fiducia posta dal Governo al Senato, il decreto legge 31 agosto 2016 n. 168 che, quindi, si presenta, per quel che interessa il Capo I in commento, con importanti e numerose modifiche, prima fra tutte quella che ha inciso profondamente sul rito dinnanzi alla Corte di Cassazione con la rilevante previsione, come si vedrà in seguito, della regola generale del procedimento camerale nel giudizio di legittimità e la trattazione in pubblica udienza come l'eccezione alla regola, così capovolgendosi il sistema fino a questo momento previsto.

Prima di analizzare nel dettaglio le modifiche apportate dalla Camera dei Deputati al testo dell'originario decreto legge che sono quindi parte integrante della Legge n. 197 del 25 ottobre 2016, giova ricordare che sia l'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile che la Giunta Esecutiva Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, ognuno per quanto di suo interesse, hanno aspramente criticato il metodo utilizzato dal Legislatore per l'ennesima, ritenuta disorganica, riforma del processo civile e, più in generale, per la scelta di seguire percorsi che difficilmente potranno offrire un valido contributo alla riduzione degli ormai intollerabili e lunghi tempi della giustizia.

Eppure dagli atti ufficiali del Parlamento emerge la dichiarata volontà di disciplinare aspetti organizzativi e procedurali per garantire il pieno svolgimento delle funzioni della Corte di Cassazione, sia nell'ottica di ridurre il notevole arretrato pendente sia per rendere più efficiente ed efficace il procedimento dinnanzi alla Corte di Cassazione al fine di una più celere definizione dei giudizi futuri, il tutto anche nell'ottica del rispetto del principio della ragionevole durata del processo.

1. Misure organizzative per migliorare le funzioni della Corte di Cassazione

Giova prendere le mosse dalle misure organizzative previste per potenziare l'organico della Corte di Cassazione e per consentire il mantenimento in servizio dei suoi vertici, nel dichiarato intento, per tale ultimo profilo, di assicurare la continuità negli incarichi apicali, direttivi superiori e direttivi presso la Suprema Corte di Cassazione e la Procura Generale della Corte di Cassazione, proprio, si legge testualmente nella norma, in ragione delle molteplici iniziative di riforma intraprese per la definizione dell'elevato contenzioso ivi pendente.

Il riferimento è all'art. 5 del decreto legge che in sede di conversione non ha subito alcuna modifica per cui si prevede di prorogare il pensionamento di un anno solo con riguardo ai magistrati apicali della Corte di Cassazione con il differimento al 31 dicembre 2017 degli effetti dell'art. 1, comma III, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e cioè solo per i magistrati che ricoprono funzioni apicali, direttive superiori o direttive presso la Suprema Corte di Cassazione e la Procura Generale, i quali non abbiano compiuto il settantaduesimo anno di età alla data del 31 dicembre 2016 e che debbano essere collocati a riposo nel periodo compreso fra la medesima data del 31 dicembre 2016 e il 30 dicembre 2017.

Nonostante che la previsione di prorogare parzialmente, e soltanto per alcuni magistrati di legittimità, il collocamento a riposo sia stata oggetto di critica anche da parte del Consiglio Superiore della Magistratura (parere reso sul testo del decreto legge n. 168/2016 con delibera consiliare del 21 settembre 2016) che aveva auspicato, in sede di conversione, la definizione di uno

¹ Il presente articolo è pubblicato anche in *Guida al Diritto* n. 47 del 19 novembre 2016.

stabile regime temporale della carriera magistraturale, anche per evitare la violazione dell'art. 107 Cost. posto a presidio della pari dignità di tutte le funzioni giurisdizionali, in sede di conversione, la norma è rimasta del tutto invariata per cui è immutato il frastagliato regime del collocamento a riposo dei magistrati.

In effetti, fermo restando che dal 1 gennaio 2017 si prevede per tutti i magistrati ordinari il collocamento a riposo con il compimento del settantesimo anno di età, resta operativa la fase transitoria per cui andranno in pensione al 31 dicembre 2016 i magistrati che al 31 dicembre 2015 non avevano ancora compiuto 72 anni di età, eccezion fatta per i vertici apicali sopra indicati che andranno saranno collocati a riposo al 31 dicembre 2017.

Si precisa che, avendo inciso la normativa direttamente sulle procedure già avviate dal Consiglio Superiore della Magistratura per la copertura dei posti apicali che si sarebbero resi vacanti al 31 dicembre 2016, nella vigenza del decreto legge sono state immediatamente revocate la delibere con cui erano stati messi a concorso i sopra indicati posti.

Inoltre, strettamente collegata a tale previsione è anche quella che ha previsto nuovi limiti di età per il conferimento di funzioni direttive (si allude alla modifica al comma I dell'art. 35 del d.lgs. n. 160/2006 che reca la disciplina dei limiti di età per il conferimento delle funzioni direttive effettuato dall'art. 5, comma II, decreto legge che non ha subito alcuna variazione in sede di conversione).

Tale modifica prevede che le sole funzioni direttive giudicanti di legittimità, che sono quelle di Presidente di Sezione della Corte di Cassazione e le sole funzioni direttive requirenti di legittimità che sono quelle di Avvocato Generale presso la Corte di Cassazione (così art. 10, comma XIV, del d.lgs. n. 160/2006), possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, al momento della data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno tre anni di servizio prima della data di collocamento a riposo (che è da considerarsi però quella del pensionamento a settanta anni) mentre, per tutte le altre funzioni direttive (di cui all'elenco contenuto nel sopra detto art. 10, commi da X e XII) si prevede che possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, al momento della data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno quattro anni di servizio prima della data di collocamento a riposo (come sopra precisato da riferirsi al settantesimo anno di età).

In altre parole la distinzione, per utilizzare proprio le argomentazioni posta a base del parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura, trova la sua giustificazione nella chiara differenza tra i compiti affidati ai magistrati chiamati a ricoprire funzioni direttive negli uffici di merito ed in Cassazione in quanto, in questo ultimo caso, è evidente che l'autorevolezza all'interno del collegio ovvero della sezione per garantire il valore

della uniformità delle giurisprudenza, stante il compito nomofilattico dell'ufficio di legittimità, rende meno rilevante la distanza minore dall'età del collocamento a riposo del magistrato che è chiamato a svolgere le funzioni di cui al sopra detto art. 10, comma XIV, del d.lgs. n. 160/2006.

2. (Segue). L'applicazione dei magistrati dell'Ufficio del massimario e del ruolo alle sezioni della Cassazione ed il tirocinio formativo in Cassazione

Come già osservato in sede di commento al decreto legge n. 168/2016, l'art. 1, nel modificare l'art. 115 dell'Ordinamento giudiziario di cui al Regio Decreto n. 12/1941, ha disciplinato l'applicazione dei magistrati dell'Ufficio del massimario e del ruolo per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità.

I sopra detti magistrati saranno chiamati a comporre i collegi giudicanti, sia civili che penali, avvertendo il Legislatore che di ciascun collegio giudicante della Corte di Cassazione non potrà fare parte più di un magistrato dell'Ufficio del massimario e del ruolo, sempre che lo stesso abbia presso il sopra detto Ufficio una anzianità di servizio di almeno due anni.

In sede di conversione sono state apportate significative modifiche alla disposizione in commento.

In effetti, nel recepire le indicazioni date dal Consiglio Superiore della Magistratura in sede consultiva, si è previsto un limite temporale preciso alla destinazione dei sopra detti magistrati che, quindi, potranno essere applicati temporaneamente, per un periodo, cioè, non superiore a tre anni e non rinnovabile.

Ancora, si è previsto che può essere temporaneamente applicato il magistrato che abbia conseguito almeno la terza valutazione di professionalità, al fine di evitare l'applicazione di magistrati con poca anzianità professionale e, quindi, con una limitata esperienza giudiziaria.

La norma merita di essere segnalata in positivo perché con essa si tende a dare un vero contributo alla celere definizione dei procedimenti pendenti in Cassazione ed in tale ottica si inserisce anche la disposizione di cui al comma I dell'art. 2 del decreto legge che, nel modificare l'art. 73 del d.l. n. 69/13 convertito con l. n. 98/13, estende la previsione di tirocini formativi presso la Corte di Cassazione e la Procura generale presso la Corte di Cassazione.

Come già ricordato in sede di primo commento alla sopra detta disposizione, che in sede di conversione non ha subito alcuna modifica, il potenziamento dei tirocini formativi consentirà al Primo Presidente di costituire, anche con i magistrati assistenti di studio, "l'ufficio per il processo di cassazione", collegato cioè al potenziamento degli uffici spoglio sezionali.

Proprio questa ultima riflessione circa la possibilità di potenziare l'ufficio del processo di cassazione rende non condivisibile la riflessione contenuta nel parere del Consiglio Superiore della Magistratura che

aveva suggerito di armonizzare la norma sulla applicazione temporanea con la previsione della destinazione dei magistrati dell'Ufficio del massimario e del ruolo con funzioni di assistente di studio che, nel dichiarato scopo di dare un contributo all'eliminazione dell'arretrato pendente presso la Corte di Cassazione, sono destinati presso le sezioni della Corte, per svolgere attività preliminare di definizione dei ricorsi, redigendo relazioni, bozze di provvedimenti e partecipando alla camera di consiglio, senza però diritto di voto (così nel Decreto legge n. 69/2013 convertito in Legge n. 98/2013).

È evidente, infatti, che lo scopo delle due norme è comune ma le due previsioni normative riguardano ipotesi tra loro molto diverse che non confliggono affatto ma che al più rendono gravoso il compito del Primo Presidente di organizzare l'applicazione pratica di tale normativa comparando, da una parte, le esigenze dell'Ufficio del massimario e del ruolo e, dall'altra, prevedendo criteri di organizzazione interna tali da poter concretizzare il non più rinviabile processo di semplificazione ed accelerazione delle procedure, il tutto, in armonia con il Consiglio Superiore della Magistratura che sarà chiamato a prevedere criteri oggettivi e predeterminati di selezione degli applicandi (così anche il parere del Consiglio Superiore della Magistratura).

3. Il nuovo volto del procedimento dinnanzi alla Corte di Cassazione

La vera novità che costituisce il cuore pulsante della Legge n. 197/2016 è certamente quella che riguarda le molteplici e notevoli modifiche al procedimento in Cassazione, inserire in sede di conversione.

In effetti con la introduzione dell'art. 1 *bis* del decreto legge sono state previste misure per la ragionevole durata del procedimento per la decisione del ricorso per cassazione così intendendo il Legislatore affiancare, alle misure organizzative già previste, anche misure procedurali ritenute idonee a rendere più celere la definizione dei procedimenti civili che si svolgono dinnanzi alla Suprema Corte.

La tecnica utilizzata dal Legislatore è stata quella di apportare, a volte anche rilevanti, modifiche ad alcuni degli articoli del codice di procedura civile, risultando così nuove disposizioni che hanno lo scopo non solo di regolare i procedimenti futuri ma anche i procedimenti pendenti per una rapida definizione dell'arretrato che espone lo Stato agli oneri derivanti dall'indennizzo dovuto per la violazione del principio della ragionevole durata del processo.

Ciò si ricava espressamente dalla disciplina transitoria di cui al comma II dell'art. 1 *bis* sopra citato secondo cui le disposizioni introdotte si applicano ai ricorsi depositati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge (che è il 30 ottobre 2016), ma anche a quelli già depo-

sitati alla medesima data per i quali non è stata fissata udienza o adunanza in camera di consiglio.

Di seguito si segnalano le novità introdotte.

La trattazione in camera di consiglio nei procedimenti dinnanzi alle sezioni semplici della Corte (art. 375 e 376 c.p.c.)

Il comma I, lettera a) dell'art. 1 *bis* in esame prevede la regola dell'uso della trattazione in camera di consiglio nei procedimenti civili che si svolgono dinnanzi alle sezioni semplici della Corte di Cassazione con l'inserimento del comma II dell'art. 375 c.p.c. secondo cui, oltre a casi in cui la Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio, la Corte, a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio in ogni altro caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'articolo 376 c.p.c. in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio (come nel caso, per fare un esempio, del novellato art. 380-*bis* c.p.c.).

Accade quindi che per legge, e non più in base ad una valutazione del relatore e del collegio giudicante, viene effettuata la scelta di semplificare e rendere più celere il procedimento.

Dell'art. 375, comma I, c.p.c. vengono eliminati il numero 2 e 3 rispettivamente relativi all'ordine dell'integrazione del contraddittorio o alla disposizione circa la esecuzione della notificazione dell'impugnazione a norma dell'articolo 332 c.p.c. ovvero che alla sua rinnovazione (come vedremo di seguito disciplinata dal novellato art. 377 c.p.c.) e relativo all'ordine di estinzione del processo in ogni caso diverso dalla rinuncia (che trova la sua disciplina nel nuovo art. 391 c.p.c.).

Inoltre l'art. 376 c.p.c. (come modificato dalla lettera b) del I comma dell'art. 1-*bis*) prevede che se il ricorso assegnato alla c.d. sezione filtro (introdotta con legge n. 69/2009 che ha imposto una preventiva valutazione di ammissibilità ed infondatezza dei ricorsi, affidati ad una nuova sezione, cioè la sesta) da un sommario esame non deve essere dichiarato inammissibile o infondato, il Presidente, omessa ogni formalità, rimette gli atti alla sezione semplice.

Non è chiara l'indicazione su chi deve intendersi il Presidente ma, a giudizio di chi scrive, si tratta sempre del Primo Presidente cui è riconosciuto il potere di assegnazione dei singoli ricorsi alle singole sezioni, non potendo questo potere essere ritenuto trasferito né al presidente del collegio che ha deciso in via sommaria né al presidente della sezione.

La interpretazione è sistematica e si ricava sia dal novellato art. 377 c.p.c. che espressamente distingue tra Primo Presidente, presidente della sezione semplice e presidente della c.d. sezione stralcio e dalla lettura del vecchio testo dell'art. 376 c.p.c. che espressamente

prevedeva la remissione degli atti da parte della sezione sesta al Primo Presidente per l'assegnazione alle sezioni semplici nella ipotesi sopra esaminata.

L'introduzione della previsione del decreto preliminare del presidente (art. 377 c.p.c.)

Come detto anche l'art. 377 c.p.c. è stato modificato (lettera c), comma I dell'art. 1-bis in commento) non solo con la modifica della rubrica ma anche con l'inserimento di un ultimo comma che attribuisce o al Primo Presidente ovvero al presidente della sezione semplice o al presidente della sezione di cui all'articolo 376, comma I, nelle ipotesi in cui occorra, il potere di ordinare con decreto l'integrazione del contraddittorio o di disporre che sia eseguita la notificazione dell'impugnazione a norma dell'articolo 332, ovvero che essa sia rinnovata.

Anche in tal caso vi è una nuova forma di semplificazione del procedimento perché in precedenza per tale ipotesi era prevista la pronuncia con ordinanza in camera di consiglio (art. 375, comma I, numero 2) oggi abrogato).

Si ipotizza, quindi, un esame preliminare da parte del presidente come sopra indicato non potendosi ritenere altrimenti e cioè che una volta fissata l'udienza o l'adunanza in camera di consiglio e nominato il relatore si debba sottrarre tale potere al collegio, il quale, evidentemente, potrà anche rivedere la decisione assunta dal presidente.

La nuova udienza di discussione (art. 379 c.p.c.)

Rinnovata è anche l'udienza di discussione dinnanzi alla Corte.

In effetti, dopo la relazione a cura del relatore nominato, con la novella dell'art. 379 c.p.c. (lettera d), comma I, art. 1 bis), si prevede un'inversione nell'ordine di intervento delle parti nella discussione in quanto il presidente invita il pubblico ministero ad esporre oralmente le sue conclusioni motivate e, successivamente, i difensori delle parti a svolgere le proprie difese.

Si conferma, come per il passato, che non sono ammesse repliche ma, al fine di rendere più snello il procedimento, l'ultimo comma dell'art. 379 c.p.c. è stato modificato con la eliminazione della previsione della facoltà concessa agli avvocati delle parti di presentare alla Corte, nella stessa udienza di discussione, brevi osservazioni scritte sulle conclusioni del pubblico ministero.

Procedimento per la decisione in camera di consiglio sull'inammissibilità o sulla manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso (art. 380-bis c.p.c.)

Il novellato art. 380-bis c.p.c. prevede la modifica del procedimento filtro dinnanzi alla apposita sezione della Corte in quanto, una volta verificati i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi

dell'art. 375, comma I, n. 1) e 5) c.p.c. stante la proposta del relatore, il presidente della sezione filtro fissa con decreto l'adunanza della Corte, indicando se è stata ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso.

Viene, cioè, eliminata la relazione scritta da parte del relatore contenente la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la pronuncia ex art. 375, comma I, n. 1) e 5) c.p.c., rimettendo la sopra detta indicazione al presidente a mezzo dell'opposto decreto che fissa anche l'adunanza della Corte.

Viene conservata la facoltà di presentare da parte degli avvocati delle parti delle memorie non oltre cinque giorni prima della adunanza ma questi ultimi, a differenza dal passato, non potranno più chiedere di essere sentiti nel caso di loro comparizione.

Può accadere la Corte, in camera di consiglio, ritiene che non ricorrano le ipotesi previste dall'articolo 375, comma I, numeri 1) e 5) c.p.c., ed in tal caso, l'ultimo comma del novellato art. 380-bis c.p.c. prevede che la stessa rimetta la causa alla pubblica udienza della sezione semplice.

Il procedimento per la decisione in camera di consiglio dinnanzi alla sezione semplice (art. 380-bis 1 c.p.c.)

Completamente nuovo è il procedimento per la decisione in camera di consiglio dinnanzi alla sezione semplice come introdotto dall'art. 380-bis 1 c.p.c. (lettera f), comma I, art. 1-bis del decreto legge n. 168/2016, come modificato in sede di conversione).

Fissato il ricorso in camera di consiglio che, come sopra detto, è diventata la regola prevista dall'art. 375, comma II, c.p.c., viene data comunicazione agli avvocati delle parti e al pubblico ministero almeno quaranta giorni prima.

Il pubblico ministero può depositare in cancelleria le sue conclusioni scritte non oltre venti giorni prima dell'adunanza in camera di consiglio. Le parti possono depositare le loro memorie non oltre dieci giorni prima dell'adunanza in camera di consiglio. In camera di consiglio la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti.

Anche in tal caso, quindi, si prevede un contraddittorio di natura cartolare, senza l'intervento in camera di consiglio delle parti. In tal caso non appare ravvisabile una lesione al principio di difesa, segnatamente al diritto al contraddittorio, di rilevanza costituzionale in quanto lo stesso è assicurato attraverso lo scambio di scritti depositati dalle parti in un contesto che normativo ispirato anche da ragioni di urgenza.

Il procedimento per la decisione sulle istanze di regolamento di giurisdizione e di competenza (art. 380-ter c.p.c.)

L'art. 375, comma I, n. 4, c.p.c. prevede che la Corte è chiamata a pronunciarsi con ordinanza in camera di consiglio sulle istanze di regolamento di com-

petenza e di giurisdizione. Per tali ipotesi si prevede la modifica dell'art. 380-ter c.p.c. per cui il presidente richiede al pubblico ministero le sue conclusioni scritte che, unitamente al decreto presidenziale che fissa l'adunanza, viene notificato agli avvocati delle parti almeno venti giorni prima della data dell'adunanza, con facoltà per questi ultimi di presentare memorie non oltre cinque giorni dalla adunanza.

Anche in tal caso gli avvocati, a differenza rispetto al passato, non possono più chiedere di essere sentiti perché in camera di consiglio la corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti (ultimo comma del novellato art. 380-ter c.p.c.).

La rinuncia al ricorso: termini e pronuncia sulla rinuncia (artt. 390 e 391 c.p.c.)

Il Legislatore ha inciso anche sugli artt. 390 e 391 c.p.c. sia ampliando i termini per la rinuncia al ricorso, principale o anche incidentale, sia prevedendo un procedimento più snello e veloce per la pronuncia sulla rinuncia.

La ratio delle modifiche è evidentemente coerente con tutto il sistema in cui la riforma si inserisce per cui in tale prospettiva va vista la possibilità di rinunciare al ricorso anche sino alla data dell'adunanza camerale o finché non siano notificate le conclusioni scritte del pubblico ministero nei casi di cui all'art. 380-ter c.p.c.

Inoltre, quanto al procedimento, il novellato comma I dell'art. 391 c.p.c. stabilisce che sulla rinuncia e nei casi di estinzione del processo disposta per legge la Corte provvede con ordinanza in camera di consiglio, salvo che debba decidere altri ricorsi contro lo stesso provvedimento fissati per la pubblica udienza. Provvede il presidente, con decreto, se non è stata ancora fissata la data della decisione.

La novità consiste nella introduzione della regola della decisione con ordinanza in camera di consiglio (così si coordina anche l'eliminazione della previsione contenuta nel vecchio art. 375, comma I, numero 3) c.p.c.) e del potere rimesso al presidente di provvedere ancor prima della fissazione della data della decisione con decreto, che, unitamente all'ordinanza o la sentenza che dichiara l'estinzione può contenere la condanna alle spese per la parte che vi ha dato causa.

La correzione degli errori materiali e la revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione (art. 391-bis c.p.c.)

Anche l'art. 391-bis c.p.c. viene in parte modificato distinguendo il legislatore tra procedimento per la correzione degli errori materiali contenuti nei provvedimenti dalla pronuncia sul ricorso per revocazione.

Nel primo caso, la correzione può essere chiesta o rilevata anche d'ufficio dalla Corte in ogni tempo ed in tal caso, si applicheranno per la pronuncia le norme di cui al procedimento per la decisione in camera di consiglio sull'inammissibilità o sulla manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso (art. 380-bis c.p.c.).

Diverso è il caso della revocazione dei provvedimenti della Corte perché la stessa può essere chiesta entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla loro notificazione (termine breve) ovvero nei sei dalla pubblicazione del provvedimento (termine lungo).

In tali casi, ai quali si affiancano anche le altre ipotesi regolate dall'art. 391-ter c.p.c., la Corte pronuncia seguendo il procedimento di cui all'art. 380-bis c.p.c. solo se ritiene di dover dichiarare la inammissibilità del ricorso altrimenti rinvia ad una pubblica udienza della sezione semplice.

4. Una prima considerazione di carattere generale

Tutto quanto fin qui osservato porta a ritenere che anche le complesse modifiche al procedimento per la decisione del ricorso per Cassazione, introdotte in sede di conversione, si inseriscono nell'evidente straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione nell'ottica di definire l'arretrato pendente e creare norme dirette a rendere più celere la definizione dei procedimenti futuri.

In questa prospettiva si inserisce anche il recentissimo decreto n. 136 del 14 settembre 2016 emesso dal Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione che invita ad una sintetica motivazione dei provvedimenti civili e precisamente ad una concisa e funzionale esposizione dei fatti di causa strumentale a rendere comprensibili le ragioni della decisione ovvero alla omissione dell'esposizione dei motivi del ricorso quando la censura possa risultare dal medesimo tenore della risposta della Corte, laddove, si avverte, che la capacità di sintesi, anche mediante motivazione semplificata, deve essere specificatamente scrutinata nel rapporto informativo del Presidente di Sezione.

Inoltre non poco rilevante, per quel che qui interessa, è la decisione della Suprema Corte di Cassazione secondo cui gli atti processuali devono essere sintetici e quindi contenere una equilibrata esposizione che sia cioè esauriente e non prolissa, pena l'inammissibilità del ricorso stesso (ordinanza n. 14966/2016).

Del resto, sia pure non nell'alveo dei giudizi da celebrarsi dinanzi ai giudici ordinari, va sottolineato che, in sede di conversione del decreto legge, è stato introdotto l'art. 13-ter delle disposizioni di attuazione al Codice del processo amministrativo che introduce criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte, con particolare riferimento ai limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, collegati anche al valore effettivo della controversia, alla sua natura tecnica e al valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti.

In tal caso il giudice amministrativo è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei sopra detti limiti, perché, si ricava testualmente, l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione.

In ultimo, proprio richiamando il Codice del processo amministrativo ed ancor prima il Protocollo stipulato in data 17 dicembre 2015 tra Corte di Cassazione e Consiglio Nazionale Forense, la Corte di Cassazione (Sezione Seconda, sentenza n. 21297 depositata in data 20 ottobre 2016) ha dichiarato l'innammissibilità del ricorso per violazione del principio della sinteticità degli atti processuali.

5. Le modifiche all'art. 2 (misure straordinarie per contrarre i tempi di copertura delle vacanze nell'organico degli uffici giudiziari di primo grado)

Poche ma significative modifiche ha subito l'articolo 2 del decreto legge.

L'economia del presente commento impone di rinviare a quanto già pubblicato in questa Rivista per cui qui occorre solo ricordare che le disposizioni contenute nell'art. 2, commi da II a V, hanno inciso sul procedimento che va dal concorso per l'accesso in magistratura fino alla nomina a magistrato ordinario, attraversando sia le norme che attengono al tirocinio formativo dei magistrati ordinari che le disposizioni sulla attribuzione delle funzioni ai magistrati ordinari al termine del tirocinio.

Sulle norme circa la durata del tirocinio formativo occorre soffermarsi per ricordare che in sede di conversione è stato previsto che la durata del tirocinio dei magistrati ordinari, dichiarati idonei all'esito dei soli concorsi banditi negli anni 2014 e 2015 e nominati con decreto ministeriale adottato a norma dell'articolo 8 del d.lgs. n. 160/2006, venga articolato sempre in dodici mesi ma con una sessione della durata di un mese da effettuarsi presso la Scuola Superiore della Magistratura ed una della durata di undici mesi, anche non consecutivi, effettuata presso gli uffici giudiziari.

Il mese sottratto al tirocinio da effettuarsi presso la Scuola Superiore della Magistratura viene recuperato nel terzo periodo del tirocinio che è quello più significativo perché è da svolgersi presso un ufficio corrispondente a quello di prima destinazione del MOT, per cui lo stesso viene nuovamente aumentato da cinque mesi a sei mesi.

La modifica va certamente condivisa in considerazione del fatto che viene aumentato il periodo di tirocinio c.d. mirato che, in ogni caso, è il più caratterizzante perché proietta il MOT verso la funzione che effettivamente sarà chiamato ad esercitare al momento della immissione nelle funzioni.

Correttamente la norma, come suggerito dal Consiglio Superiore della Magistratura, esclude dall'applicazione di tale normativa straordinaria ai magistrati ordinari vincitori del concorso riservato alla provincia autonoma di Bolzano e nominati con decreto del Ministro della giustizia 10 dicembre 2015 perché lo stesso era già ampiamente in corso e quindi in uno stato molto avanzato.

Nessuna modifica in sede di conversione ha riguardato la norma che prevede l'attribuzione ai MOT delle funzioni monocratiche penali.

In tale sede, quindi, non occorre aggiungere altro rispetto a quanto già osservato nel precedente commento se non affrontare una questione di non poco momento.

Si legge, infatti, nel parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura che è apprezzabile la eliminazione per i magistrati che non abbiano conseguito la prima valutazione di professionalità del divieto di esercitare le funzioni di GIP/GUP, anche se si aggiunge che, tali delicate funzioni potranno essere conferite solo a magistrati dotati di una pregressa esperienza dibattimentale di congrua durata, stante la perdurante vigenza dell'art. 7-bis, comma II-bis, del r.d. n. 12/41 che esclude che le funzioni sopra dette possano essere assegnate a magistrati che non abbiano svolto per almeno un biennio le funzioni di giudice del dibattimento.

Non si condivide tale interpretazione, fatta propria dal Consiglio Superiore della Magistratura anche in precedenza, e cioè nella risposta al quesito del 21 febbraio 2008 circa l'applicabilità della disposizione normativa di cui all'art. 13, comma 2, del D.lgs. n. 160/2006, anche agli uditori già in servizio alla data di entrata in vigore della citata norma, laddove si legge espressamente che permane, perché non abrogato neanche implicitamente dalla Legge n. 111/2007, la condizione ulteriore per l'esercizio delle funzioni di GIP/GUP, prevista dall'art. 7-bis, comma 2-bis r.d. n. 12/41, e cioè l'esercizio per due anni delle funzioni di giudice del dibattimento.

A giudizio di chi scrive, però, la norma deve intendersi implicitamente abrogata se solo si pensi alla stessa natura di norma ordinamentale della disposizione in commento ed alla ratio che ispira la eliminazione del divieto contenuto nel sopra citato art. 13, comma II, che è quella di migliorare l'efficienza degli uffici giudiziari, specialmente di piccole dimensioni e/o meno appetibili, laddove il sopra detto divieto stava determinando, proprio in tali sedi, la paralisi della giustizia penale.

6. La limitata modifica alle disposizioni in materia di tramutamenti successivi dei magistrati

Non poche polemiche, oltre che notevoli dubbi interpretativi, aveva suscitato tra gli addetti ai lavori l'art. 3 del decreto legge n. 168/2016 che, nel modificare l'art. 194 del Regio decreto n. 12/1941, aveva ritenuto di allungare da tre a quattro anni il termine per permettere al magistrato di legittimarsi al trasferimento ad altre sedi o alla assegnazione di altre funzioni (c.d. tramutamenti successivi), estendendo tale ipotesi anche al caso della assegnazione d'ufficio, segnatamente anche all'ipotesi di prima assegnazione della sede in favore dei MOT, salvo evidentemente che ricorrano

gravi motivi di salute ovvero gravi ragioni di servizio o di famiglia.

Per l'applicazione della norma non era stato previsto alcun regime transitorio per cui ci si chiedeva cosa dovesse accadere per le procedure di tramutamento successivo in atto.

A tali interrogativi ha dato riposta il Legislatore che, in sede di conversione del decreto legge, ha introdotto il comma 1-*bis* dell'art. 3 recante norme esclusivamente transitorie e quindi non di sistema.

Infatti si è previsto che le disposizioni concernenti la modifica del termine per i tramutamenti c.d. successivi non si applicano ai magistrati assegnati in prima sede all'esito del tirocinio che hanno assunto l'effettivo possesso dell'ufficio da almeno tre anni alla data di entrata in vigore del presente decreto e che tali disposizioni non si applicano, in ogni caso, in riferimento alle procedure di trasferimento ad altra sede o di assegnazione ad altre funzioni già iniziate alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Due considerazioni.

Resta fermo per il futuro anche per i MOT il termine di quattro anni per permettere agli stessi di legittimarsi al trasferimento ad altre sedi o alla assegnazione di altre funzioni, visto che il sopra citato comma 1 *bis* si riferisce solo ed esclusivamente a quanti, all'esito del tirocinio, hanno assunto l'effettivo possesso dell'ufficio da almeno tre anni alla data di entrata in vigore del decreto legge.

Certamente la previsione secondo cui le nuove disposizioni non si applicano alle procedure di tramutamento in corso ha l'effetto di sgomberare il campo da problemi applicativi gravi che avrebbero potuto determinare l'inceppamento del sistema dei trasferimenti posto in essere dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Sulla possibilità di ricorrere allo strumento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.
in materia di licenziamenti, rispetto ai quali opera lo speciale "rito Fornero" I 192
di Francesco Di Sabato

DIRITTO PENALE

Problemi in ordine all'applicazione delle misure di prevenzione per i condannati a pene
di lunga durata I 195
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sulla legittimità delle interdittive antimafia "a cascata", ovvero basate esclusivamente sui legami
associativi tra imprese I 200
di Elia Scafuri



Diritto civile

Sulla possibilità di ricorrere allo strumento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. in materia di licenziamenti, rispetto ai quali opera lo speciale "rito Fornero".

abstract

In the field of appeal of dismissal, some recent judgment consider admissible the application for an urgency preliminary measure, although is applicable the particular summary procedure, introduced by the act n. 92/2012.

keywords

Dismissal – urgency preliminary measure – summary procedure.

abstract

In tema di impugnativa di licenziamento, alcune recenti pronunce della giurisprudenza ritengono ammissibile la richiesta di una misura cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c., sebbene trovi applicazione lo speciale rito sommario, introdotto dalla legge n. 92/2012.

parole chiave

Licenziamento – provvedimento cautelare d'urgenza – rito sommario.

Il presente *focus* prende le mosse da una recente pronuncia del Tribunale di Napoli che sembra iscriversi in un orientamento giurisprudenziale emergente, il quale postula una peculiare esegesi del rapporto tra il rimedio cautelare dell'art. 700 c.p.c. e quello previsto dall'art. 18 della legge n. 1, commi da 48 a 68, della legge n. 92/2012, il quale disciplina il rito relativo alle controversie sorte a seguito di impugnativa di licenziamento, rispetto al quale trova applicazione l'art. 18 della legge n. 300/1970.

Nel decreto n. 19267 del 5 settembre 2016, il giudice dott. Roberto Pellecchia ha ritenuto astrattamente ammissibile la richiesta della misura cautelare atipica ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nonostante l'applicabilità, in materia, del cd. rito Fornero, il quale, come meglio si vedrà in seguito, apporta in una prima fase una tutela quasi immediata del lavoratore licenziato mediante la previsione dell'adozione, in termini bre-

vissimi, e a seguito di un'istruzione sommaria, di un provvedimento provvisoriamente esecutivo e idoneo al giudicato. Il problema che il giudice ha dovuto affrontare consiste, in altre parole, nella compatibilità del provvedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* con lo speciale rito sommario.

In particolare, nel caso concreto il ricorrente aveva adito ai sensi dell'art. 700 c.p.c. l'autorità giudiziaria al fine di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, perso a causa del suo licenziamento, comminato dal datore di lavoro a seguito della contestazione in sede disciplinare di una serie di gravi violazioni e irregolarità, che avevano imposto l'adozione della massima sanzione, ovvero la risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro. Il giudice adito ha ritenuto ammissibile tale istanza cautelare.

La pronuncia in oggetto è particolarmente meritevole di attenzione in quanto rappresenta, insieme a poche altre, un *revirement* della tradizionale posizione della giurisprudenza, la quale ritiene non applicabile l'art. 700 c.p.c. ogniqualvolta la tutela possa essere apprestata in maniera subitanea ed efficace non solo da una misura cautelare tipica ma anche mediante un provvedimento adottato all'esito di un procedimento sommario non cautelare.

Al fine di comprendere meglio i termini della questione, risulta necessario partire da una breve analisi degli istituti che in questa sede rilevano, ovvero la misura cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* e il "rito Fornero", disciplinato dai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92/2012.

L'art. 700 c.p.c. dispone che "fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti di urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito".

Come si può evincere dalla semplice lettura della disposizione, il legislatore ha inteso introdurre nel sistema della tutela cautelare, strutturato intorno ad alcune misure tipiche, una norma di chiusura la quale, mediante la previsione dell'adozione di provvedimenti dal contenuto atipico, assicura che il privato riceva

una piena ed effettiva tutela ogniqualevolta gli ordinari strumenti processuali risultino inidonei al perseguimento di tale scopo.

La *ratio* che anima l'istituto, quindi, è quella di fornire uno strumento duttile attraverso il quale impedire che il diritto fatto valere in giudizio sia pregiudicato dalla verifica di eventi dannosi non altrimenti evitabili mediante il ricorso alle altre misure cautelari tipiche oppure perché è necessario un intervento d'urgenza, trattandosi di pericolo imminente, onde evitare che la lunghezza del processo possa andare a detrimento delle pretese dell'attore. Il provvedimento adottato dal giudice ai sensi dell'art. 700 c.p.c. presenta le principali caratteristiche comuni alle altre misure cautelari tipiche, ovvero la provvisorietà (*id est* l'inidoneità del provvedimento a disporre una disciplina definitiva del rapporto controverso), la strumentalità rispetto all'inizio e alla definizione del giudizio di merito a cognizione piena, cui si aggiunge l'anticipatorietà ovvero la capacità di anticipare, immediatamente ma in via provvisoria, gli effetti che deriverebbero dalla futura sentenza di merito.

Per quanto attiene i presupposti per la concessione del provvedimento cautelare atipico, essi consistono nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*: il primo consiste nella verosimile e probabile sussistenza del diritto a tutela del quale si richiede la misura cautelare mentre il pericolo, cui deve porre rimedio la misura d'urgenza, deve assurgere agli estremi dell'imminenza e della irreparabilità.

Tuttavia, l'art. 700 c.p.c. subordina l'ammissibilità dell'istanza cautelare alla circostanza dell'impossibilità di soddisfare l'esigenza cautelare specifica mediante l'adozione di un'altra misura cautelare tipica o con altre forme di tutela; tanto si ricava dall'inciso "*fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo*", che rinvia alle altre tipologie di misure cautelari disciplinate dal codice di procedura.

La norma sembrerebbe indicare che la residualità impedisca l'applicabilità della misura *ex art.* 700 c.p.c. solo qualora sia prevista dall'ordinamento una misura cautelare tipica idonea a garantire l'effettività della tutela; tuttavia, secondo autorevole dottrina¹ la residualità opera non solo limitatamente ai provvedimenti cautelari disciplinati dal codice di procedura civile, dal codice civile o da altre leggi speciali ma anche con riguardo alle tutele speciali non cautelari come, ad esempio, i procedimenti speciali sommari non cautelari destinati a concludersi con un provvedimento som-

mario esecutivo oppure a cognizione piena, ma con una fase sommaria urgente, che consenta l'emanazione di eventuali provvedimenti provvisori atti ad anticipare gli effetti della decisione di merito.

Tali limitazioni si giustificano proprio con la natura di norma di chiusura dell'art. 700 c.p.c., che può trovare applicazione solo qualora non sia offerto dall'ordinamento uno strumento processuale di qualsiasi tipo idoneo a garantire che restino impregiudicate le ragioni dell'attore.

Sulla base di tali motivazioni, la giurisprudenza, soprattutto quella di merito², tendenzialmente è orientata ad escludere l'applicabilità dell'art. 700 c.p.c. nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto il licenziamento di un lavoratore subordinato, quando esso ricade nell'ambito applicativo del novellato art. 18 della legge n. 300/1970. Infatti, la cd. legge Fornero – n. 92/2012 – ha introdotto con l'art. 1, commi 48-68, un nuovo rito speciale in materia di impugnativa del licenziamento.

Tale rito si struttura in due fasi: la prima, ad istruzione sommaria, è finalizzata all'adozione in termini brevissimi di un'ordinanza, immediatamente esecutiva e idonea a passare in cosa giudicata qualora non fosse oggetto di apposita opposizione, atto quest'ultimo che apre la seconda fase del primo grado, caratterizzata dall'essere un giudizio a cognizione piena a tutti gli effetti.

Tendenzialmente, il ricorrente potrebbe ottenere, in termini brevissimi, un provvedimento giurisdizionale con il quale ottenere una tutela immediata e diretta del proprio diritto, rispetto alla quale non sarebbe immaginabile alcun margine per il ricorso alle misure cautelari d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c.

In particolare, il comma 48 dispone che "[...] a seguito della presentazione del ricorso il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti. L'udienza deve essere fissata non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il giudice assegna un termine per la notifica del ricorso e del decreto non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché un termine, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza, per la costituzione del resistente"; inoltre in base al disposto del successivo comma 49 "il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 del codice di procedura civile e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda".

L'efficacia dell'ordinanza, ai sensi del comma 50, non può essere sospesa o revocata fino alla sentenza definitiva del primo grado di giudizio. La particola-

¹ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960; BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997; CALVOSA, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1968; COMOGGIO, *Il procedimento cautelare in generale - Le singole misure cautelari*, in Comoglio, Ferri, Taruffo (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Bologna, 2005; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *EG*, XXV, Roma, 1991.

² Per tutti, si veda l'ordinanza del Tribunale di Lecce del 27 novembre 2012.

re natura “ibrida” del rito Fornero è stata d'altronde evidenziata dalla sentenza n. 19674 del 18/09/2014 nella quale le sezioni unite della Corte di cassazione hanno rilevato che “si tratta, quindi, nella specie di una fase del giudizio di primo grado – la prima fase – che è semplificata e sommaria, ma non già cautelare in senso stretto: non occorre la prova di alcun concreto periculum, essendo l'urgenza preventivamente ed astrattamente valutata dal legislatore in considerazione del tipo di controversia. La sommarietà riguarda le caratteristiche dell'istruttoria, senza che ad essa si ricolleggi una sommarietà della cognizione del giudice, né l'instabilità del provvedimento finale (l'idoneità al giudicato è espressamente prevista per la sentenza resa all'esito dell'opposizione e non può essere esclusa per l'ordinanza conclusiva della fase sommaria, irrevocabile fino alla conclusione di quella di opposizione; sul passaggio in giudicato dell'ordinanza emessa nell'ordinario rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c. v. Cass., sez. un., 10 luglio 2012, n. 11512*)”.

Tale assunto è stato però superato dalla pronuncia in esame la quale, insieme a poche altre³, ha ritenuto ammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* proprio sulla base della diversa natura del rito Fornero.

Il rito in questione è sì sommario ma non cautelare e, come si è visto, è destinato a sfociare in tempi brevi nell'adozione di un provvedimento ontologicamente diverso rispetto alle misure cautelari. L'assunto sarebbe dimostrato proprio dalla diversità dei requisiti richiesti per l'adozione del provvedimento conclusivo della prima fase; infatti, non è necessaria la prova della sussistenza di esigenze cautelari e, quindi, del *periculum in mora*.

Il Giudice dott. Pellecchia nel predetto decreto n. 19267 del 05/09/2016, superate in questi termini le obiezioni basate sul principio di residualità e ritenuto applicabile anche in tali fattispecie l'art. 700 c.p.c., ha posto l'accento particolarmente sull'accertamento del requisito del *periculum in mora* e del relativo grado di imminenza tale da giustificare l'adozione di una misura d'urgenza anche nell'ambito di un rito, così particolarmente accelerato. In particolare, si è sostenuto che potrebbe essere adottato un provvedimento cautelare d'emergenza solo in presenza di un pericolo così imminente da non poter permettere nemmeno l'attesa della conclusione della prima fase sommaria del giudizio.

In termini analoghi si è espresso il Tribunale di Lecce in un'ordinanza del 20 dicembre 2012, il quale ha rilevato che “in mancanza di un'espressa previsione in tal senso non esiste un'incompatibilità tra il procedimento *ex art. 1 comma 48 l. 28 giugno 2012 n. 92* e il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* in quanto

non è astrattamente impossibile ipotizzare l'esistenza di situazioni in cui, nel tempo necessario a far valere il proprio diritto, questo possa essere minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile” (ordinanza del Tribunale di Lecce del 20 dicembre 2012).

In conclusione, si può ritenere che se la posizione assunta nella pronuncia del Tribunale di Napoli è sicuramente da salutare con favore in quanto garantisce e permette, in piena conformità al principio del diritto alla pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 della Costituzione, il ricorso alle misure cautelari atipiche, tuttavia, essa pone un gravoso onere della prova al ricorrente, in quanto quest'ultimo dovrebbe provare la presenza di un pericolo così imminente da dover rendere necessaria la quasi immediata adozione di un provvedimento cautelare d'urgenza, circostanza quest'ultima che, sebbene astrattamente ipotizzabile, sembra in concreto ardua a verificarsi e, conseguentemente, a dimostrarsi.

³ Si vedano, *ex multis* l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 25 settembre 2012, l'ordinanza del Tribunale di Lecce del 20/12/2012 nonché l'ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 12 febbraio 2013.

Giacomo Romano
Specializzato in Professioni Legali

Diritto penale

Problemi in ordine all'applicazione delle misure di prevenzione per i condannati a pene di lunga durata

abstract

The assessment of the social danger with regard to preventive measures. Practical problems, subjects and modalities.

keywords

Preventive measures – long-term prisoners – Constitutional Court.

abstract

L'accertamento della pericolosità sociale nel corso del procedimento di applicazione della misura di prevenzione. Problemi applicativi, soggetti e modalità.

parole chiave

Misure di prevenzione, detenuti di lunga durata, Corte Costituzionale.

La questione in esame trae spunto dal provvedimento del 13 aprile 2016 con il quale il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, seconda sezione penale, Pres. Urbano, Est. De Bellis, ha affrontato il tema dell'applicabilità delle misure di prevenzione a soggetti detenuti e condannati a pene di c.d. lunga durata.

Con il provvedimento in esame, i giudici campani hanno dato concretezza al principio astrattamente enucleato dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 291/2013¹, evidenziando non pochi problemi di ordine pratico.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere si era occupato della richiesta di applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale e di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno nel comune di residenza, avanzata dalla Direzione Distrettuale Anti-

mafia di Napoli ai sensi dell'art. 2, l. 575/1965. A tal proposito, il Collegio aveva preventivamente vagliato la possibilità di inquadrare il soggetto proposto dalla Procura all'applicazione della misura in una delle categorie di cui all'art. 1 della medesima legge. Com'è noto, infatti, l'art. 1 della legge n. 1 del 1965 stabilisce che l'organo proponendo possa richiedere l'applicazione della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza «agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso». La legge individua, pertanto, come presupposto applicativo della misura di prevenzione in questione una specifica pericolosità del soggetto proposto che può ricostruirsi anche in via indiziaria e che si estrinseca nella sua contiguità (o inserimento) con l'associazione di tipo mafioso.

Nella fattispecie, il tribunale riteneva che il soggetto avesse una stabile collocazione in un noto clan camorristico radicato in Campania ed operante su tutto il territorio nazionale, ricavando, in particolare, da diversi provvedimenti giudiziari l'esistenza e l'operatività dell'associazione, ma anche la posizione del proposto al suo interno, giungendo così a un suo inquadramento nei termini di cui all'art. 1, l. n. 575 del 1965 ed evidenziandone la pericolosità sociale.

Tuttavia, al giudice del provvedimento in esame non era sfuggito che l'accertamento della pericolosità

Il Giudice delle Leggi ha, pertanto, escluso che per le misure di prevenzione il giudizio di pericolosità del soggetto proposto sia affidato ad una presunzione *iuris tantum* – meccanismo per il quale è sufficiente che la verifica di pericolosità venga operata nella originaria fase applicativa, salvo vittoriosa contestazione da parte dell'interessato –, restando invece quel giudizio imposto al decidente anche d'ufficio, in ragione del necessario contemperamento con le esigenze di risocializzazione proprie del trattamento detentivo (art. 27 Cost.).

Trattasi di pronuncia che la dottrina tradizionalmente qualifica di natura additiva giacché con essa non risulta espunta una statuizione normativa in contrasto con principi costituzionali, che viene invece adeguata ad una dimensione di coerenza costituzionale mercé una sua integrazione, ovvero, per meglio dire, mercé la eliminazione di un ostacolo che ne impediva l'espandersi secondo profili comunque già contenuti nella norma (una integrazione della norma del tutto avulsa dal suo contenuto violerebbe la potestà legislativa del parlamento e trasformerebbe il giudice delle Leggi in legislatore).

¹ L'indicata pronuncia ha previsto che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resta sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione deve valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura.

qualificata al momento della richiesta della D.D.A., pur integrando una condizione necessaria per l'applicabilità della misura, non è al contempo condizione sufficiente. In particolare, il tribunale si era domandato se la richiesta di applicazione di tale misura potesse considerarsi compatibile con la condizione del detenuto (in particolare del detenuto di cd. lungo periodo) e, poiché la questione risultava rilevante ai fini del procedimento e i profili di incostituzionalità non manifestamente infondati, ne aveva investito la Consulta.

Come noto, quando uno stesso soggetto si trovi a essere contemporaneamente condannato a una pena detentiva e sottoposto a misura di prevenzione, l'esecuzione della seconda è sospesa fintantoché non sia stata espia la pena. Solo a seguito dell'espiazione, la misura già disposta nei confronti dell'ormai *ex* detenuto e rimasta sospesa sino ad allora dovrebbe essere eseguita.

Occorre rilevare che, prima della pronuncia della Corte costituzionale, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, confermato dalle Sezioni Unite con le sentenze n. 6 del 1993 e n. 10281 del 2008, era indirizzato nel senso di ritenere applicabili le misure di prevenzione personali anche ai soggetti ristretti in carcere (anche laddove condannati all'ergastolo) e, in tal caso, l'esecuzione della misura sarebbe posposta a quella della pena, salva la possibilità per l'interessato di chiedere la revoca del provvedimento applicativo della misura ai sensi dell'art. 7, comma 2, della legge n. 1423 del 1956 (oggi art. 11 d.lgs. 159/2011).

Il ragionamento svolto all'epoca dalla Suprema Corte di cassazione poggiava essenzialmente sulla considerazione che anche il detenuto può essere ritenuto soggetto socialmente pericoloso e non può darsi per scontato l'esito positivo del trattamento penitenziario.

In particolare, occorre distinguere la fase di deliberazione, nella quale la misura viene disposta, da quella di esecuzione, nella quale la misura produce concretamente effetto.

L'applicazione delle misure di prevenzione personali non può essere considerata incompatibile con lo stato di detenzione in espiazione pena del soggetto interessato, giacché la sola condizione richiesta a tal fine è la pericolosità sociale, da accertare con riferimento al momento in cui viene emessa la decisione che la afferma: pericolosità che non è necessariamente elisa dall'espiazione della pena in corso, anche perché la detenzione, di per sé stessa, non elimina totalmente i contatti con il mondo esterno.

L'impossibilità di una esecuzione attuale, secondo i giudici di legittimità, non esclude l'interesse ad adottare la misura, essendo concreta l'esigenza di predisporre le condizioni affinché questa possa essere immediatamente eseguita, «senza il rischio di pericolose dilazioni», nel momento stesso in cui il detenuto riacquista la libertà, tanto più ove si consideri che tale

evento può intervenire prima ancora della completa espiazione della pena, in forza di istituti quali la liberazione anticipata o il rinvio dell'esecuzione della pena stessa. Di conseguenza, una volta che la pericolosità sociale sia stata riconosciuta esistente al momento della decisione, la misura deve essere disposta senza che possa venire in considerazione l'eventualità di futuri mutamenti della personalità del soggetto, in particolare come conseguenza del trattamento rieducativo cui è sottoposto durante la detenzione e ferma restando la possibilità per l'interessato di attivare la procedura prevista dall'art. 7, secondo comma, l. n. 1423 del 1956 (ora art. 11 d.lgs. 159/2011).

La Corte costituzionale con sentenza n. 291/2013 è già stata investita del problema riguardante la compatibilità delle misure di prevenzione personali con i soggetti detenuti cd. di lunga durata sancendo l'illegittimità costituzionale – per violazione dell'art. 3 Cost. – degli artt. 12, legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e 15 d.lgs. 159/2011 nella parte in cui non prevedono che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura.

Come noto, la Corte costituzionale, su impulso del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ha evidenziato che tale disciplina si differenzia da quella contemplata nell'art. 679 c.p.p. concepita per le misure di sicurezza che prevede, invece, una doppia valutazione della pericolosità sociale: prima da parte del giudice della cognizione, al fine di verificarne la sussistenza al momento della pronuncia della sentenza; poi del magistrato di sorveglianza, quando la misura già disposta deve avere concretamente inizio, in modo tale da garantire l'attualità della pericolosità del soggetto colpito dalle restrizioni della libertà personale connesse alla misura stessa. In considerazione della comune finalità delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione – volte entrambe a prevenire la commissione di reati da parte di soggetti socialmente pericolosi e a favorirne il recupero all'ordinato vivere civile, al punto da poter essere considerate come due *species* di un unico *genus* – e dell'inesistenza di una un'indiscriminata esigenza costituzionale di omologazione delle rispettive discipline, nel caso di specie, comunque, tra i due modelli esaminati – cioè quello delle misure di sicurezza, che esige la reiterazione della verifica della pericolosità sociale anche al momento dell'esecuzione, e quello delle misure di prevenzione, che considera sufficiente la verifica operata in fase applicativa, salva l'eventuale iniziativa dell'interessato intesa a contrastarla – l'unico rispondente ai canoni dell'eguaglianza e della ragionevolezza è il primo.

Per tali ragioni, la Corte costituzionale ha dichi-

arato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e dell'art. 15 d.lgs 159/2011.

Ciò comporterebbe l'applicabilità della misura al detenuto di lunga durata, ferma restando la necessaria ed opportuna valutazione circa l'attualità della pericolosità anche al momento della – eventuale – esecuzione della misura.

Occorre dunque chiedersi in che cosa il sistema delle misure di prevenzione è stato modificato a seguito della pronuncia della Consulta. Ed in che modo i Tribunali chiamati a valutare le proposte di misura personale possono concretamente adeguarsi a quanto stabilito dal giudice delle Leggi.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere prova a rispondere a questi interrogativi dal momento che la sentenza della Consulta, pur introducendo l'irrinunciabile principio della revisionabilità *ex officio* della pericolosità del soggetto a seguito del periodo di espiazione della pena, non pare aver sciolto del tutto i dubbi in ordine alla concreta ed effettiva compatibilità dell'applicazione delle misure di prevenzione personali ai soggetti cd. detenuti di lunga durata o, nel caso limite, all'ergastolo.

Invero, l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale – accolto anche dalla Consulta – scinde il momento dell'applicazione della misura da quello della sua esecuzione, rendendo, con una *factio*, possibile la valutazione di pericolosità del proposto nonostante il destinatario della misura sia di fatto impossibilitato a manifestarla in quanto ristretto *in vinculis* per un periodo più o meno lungo di tempo.

Ciò sarebbe possibile in quanto la normativa che disciplina le misure di prevenzione prevede quale unico presupposto per l'applicabilità delle stesse la pericolosità (attuale) del soggetto.

La *ratio* ispiratrice di tale impostazione, come ribadito dalla Corte costituzionale, risiede nella esigenza della predisposizione della misura in modo che possa essere immediatamente posta in esecuzione alla cessazione della espiazione della pena senza pericolose dilazioni, tanto più in considerazione della possibilità per il detenuto di ottenere la liberazione anticipata o il rinvio dell'esecuzione della pena.

Appare, tuttavia, di dubbia logicità il sistema di applicazione delle misure di prevenzione personali così congegnato proprio alla luce dei principi affermati dalla medesima Consulta.

Invero, il tribunale, dovendosi necessariamente adeguare al principio espresso dalla Corte costituzionale entrato a far parte del diritto positivo, ma seguendo comunque il vecchio orientamento giurisprudenziale maturato *ante* pronuncia n. 291/2013, sarebbe chiamato a valutare due volte la sussistenza della pericolosità attuale del soggetto: una prima volta al momento della proposta ed una seconda volta all'esito dell'espiazione della pena, andando così – tale

impianto – a cozzare fragorosamente con il principio di economia processuale senza alcuna evidente utilità o effettivo perseguimento degli scopi preventivi prima richiamati.

Se, infatti, in passato si giustificava l'applicazione della misura nonostante lo *status detentionis* del proposto in ragione della ritenuta necessaria immediata esecuzione all'esito della espiazione della pena – ferma restando la possibilità di richiedere *ex post* la revoca della misura *ex art. 7 l. 575/65 poi art. 11 d.lgs. 159/2011* – oggi tale *ratio* appare del tutto svilita in virtù della necessaria preventiva revisione della pericolosità del soggetto da effettuarsi, anche d'ufficio, prima della esecuzione, come stabilito dalla predetta sentenza n. 291 del 2013 della Corte costituzionale.

In sostanza, non essendo più automaticamente eseguibile la misura all'esito del fine pena, non è più ravvisabile alcuna logica nell'applicazione preventiva della stessa laddove restino da scontare ancora diversi anni di reclusione essendo, il bisogno di prevenzione immediata, appagabile con un unico giudizio sulla pericolosità all'esito o comunque in prossimità della espiazione della pena. Ogni pronuncia emessa prima di tale termine sarebbe *inutiliter* data dovendosi poi, nuovamente ed obbligatoriamente (non più solo eventualmente), rivalutare la persistente pericolosità del sottoponendo.

Va, inoltre, considerato che il giudizio di pericolosità attuale del soggetto detenuto di lunga durata va svolto in concreto tenendo conto del percorso rieducativo realizzato nella struttura carceraria che, dunque, andrebbe esaminato all'esito del trattamento stesso restando altrimenti una valutazione del tutto astratta quella che svolgerebbe il tribunale laddove l'ammontare della pena residua sia ancora considerevole o addirittura il fine pena del tutto eventuale e incerto come nel caso degli ergastolani.

In questi stessi termini si è espressa la giurisprudenza di merito con riferimento alla dichiarazione di abitudine del reato *ex artt. 102, 103 c.p.* e conseguente applicazione della misura di sicurezza: «Attesa la stretta correlazione sussistente tra la dichiaratoria di abitudine nel reato e la diagnosi di una concreta ed attuale pericolosità sociale in capo al prevenuto, a norma degli artt. 658 e 679 c.p.p., la competenza del Magistrato di sorveglianza a procedere all'accertamento della pericolosità sociale del condannato ha ragione di attivarsi solo in prossimità dell'effettiva esecuzione della misura di sicurezza. [omissis] Anche se, per ipotesi, si riconosce la funzione cd. "preventiva" della decisione dichiarativa del Magistrato di Sorveglianza, che senso ha emettere una pronuncia siffatta la quale, a causa dell'ammontare della pena residua da espianare, non esplicherebbe per molti anni alcun effetto concreto (dunque, nemmeno di natura preventiva) sulla vicenda esecutiva del condannato?» ed ancora «tale pronuncia, risulterebbe contraria ai principi di economia

processuale, in quanto impone al Magistrato di sorveglianza una valutazione duplice del condannato, sia quando la dichiarazione viene chiesta, sia a fine pena per verificare la sussistenza dei presupposti applicativi di una misura di sicurezza che allora era stata disposta “al buio”².

Sebbene il tribunale di sorveglianza si sia pronunciato con riferimento alla necessità o meno di un duplice accertamento della pericolosità del soggetto ai fini della conseguente esecuzione della misura di sicurezza, il parallelismo con l’istituto delle misure di prevenzione appare obbligato in quanto è proprio in ragione della comparazione dei due sistemi che la Corte costituzionale è giunta ad affermare l’illegittimità delle norme predette per violazione dell’art. 3 Cost. trasponendo, nelle misure di prevenzione, i principi applicabili alle misure di sicurezza pur nella diversità ontologica dei due istituti.

Anche a voler superare tutte le perplessità sinora illustrate, sacrificando il principio di economia processuale a fronte di una poco chiara utilità preventiva della applicazione immediata della misura, vi è un ulteriore impedimento di natura pratica del tutto ostativo all’applicazione della misura nei casi suddetti.

La Corte costituzionale ha, con una pronuncia additiva, introdotto un principio – rivalutazione, anche d’ufficio, della pericolosità all’esito della espiazione della pena – senza però prevedere, essendo compito del legislatore, le concrete modalità attuative del principio medesimo, limitandosi ad individuare il giudice competente in quello che ha applicato a suo tempo la misura di prevenzione.

Tuttavia, il principio della necessaria rivalutazione della pericolosità «anche d’ufficio» da parte dell’organo che ha adottato il provvedimento sottointende una disciplina di attuazione che renda concretamente possibile una rivalutazione certa e rapida da parte dell’Autorità Giudiziaria all’esito della espiazione della pena. Ciò presuppone che il tribunale, in funzione di giudice della prevenzione, sia dotato di tutti gli strumenti necessari al controllo della durata e delle modifiche della pena in esecuzione nei confronti dei detenuti sottoposti; controllo, questo, che di fatto non può esercitare il tribunale in assenza di un impulso che provenga dai direttori delle case circondariali e/o dall’organo che cura l’esecuzione delle misure di prevenzione, non essendo competente in ordine all’esecuzione della pena e, quindi, impossibilitato a conoscere il momento effettivo di scarcerazione dei detenuti.

In tale situazione il giudice della prevenzione – non potendo di fatto valutare la pericolosità sociale nel suo profilo di attualità – corre il serissimo pericolo di applicare le norme in questione articolando un sillogismo decisorio, lontano dai canoni indicati come costi-

tuzionalmente coerenti dal giudice delle leggi.

In altri termini, l’interprete, e pertanto in primo luogo il giudice, rischia – al fine di seguire le regole ermeneutiche dettate dalla Corte costituzionale – di nascondersi dietro presunzioni ed automatismi appartenenti al passato.

Sul punto non può ritenersi condivisibile l’orientamento seguito in alcune decisioni della Corte di legittimità³ secondo cui in tema di revoca di misura di prevenzione personale disposta nei confronti di soggetto detenuto, e successivamente rimesso in libertà dopo la esecuzione della pena inflitta a seguito di condanna per il delitto di associazione di tipo mafioso, il dovere del giudice di compiere un nuovo giudizio sulla persistente attualità della pericolosità sociale è soddisfatto con il richiamo al pregresso accertamento dell’appartenenza alla associazione mafiosa contenuto nella sentenza irrevocabile ed al difetto di elementi dimostrativi dello scioglimento del legame associativo.

L’approdo ermeneutico dei giudici di legittimità sembra, invero, del tutto svilire la lettera della norma, conseguente allo scrutinio di legittimità costituzionale.

La suprema Corte ritiene, infatti, che il giudizio di pericolosità sociale finalizzato all’applicazione di una misura di prevenzione nei confronti di un indiziato di appartenenza ad un’associazione di tipo mafioso, che si trovi da lungo tempo in stato di detenzione carceraria, può compiersi agevolmente considerando che la detenzione, anche ove protrattasi nel tempo, non costituisce *ex se* una causa di recesso dal patto criminoso⁴; in tal modo, tuttavia, eludendo l’obbligo imposto dalla Consulta di effettuare un nuovo giudizio sull’attualità della pericolosità sociale dell’ex detenuto.

Un siffatto argomento riconduce la valutazione della persistenza nel tempo della pericolosità sociale di un soggetto - accertata giudizialmente in un momento anteriore – ad un giudizio basato su presunzioni.

Ebbene, il Giudice delle leggi ha invero escluso che per le misure di prevenzione il giudizio di pericolosità del soggetto proposto sia affidato ad una presunzione *iuris tantum* – meccanismo per il quale è sufficiente che la verifica di pericolosità venga operata nella originaria fase applicativa, salvo vittoriosa contestazione da parte dell’interessato –, restando invece quel giudizio imposto al decidente anche d’ufficio, in ragione del necessario contemperamento con le esigenze di risocializzazione proprie del trattamento detentivo (art. 27 Cost.).

Va innanzitutto chiarito che non appare praticabile la strada che, *prima facie*, sembrerebbe la più logica da seguire: applicazione in via analogica della disciplina dettata per la rivalutazione della pericolosità per la esecuzione delle misure di sicurezza.

² *cf.* Tribunale di Sorveglianza di Torino, ud. 6.03.2013, Pres. Cocilovo, Est. Del Piccolo, ric. P.M. Vercelli.

³ Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2015, (ud. 17 novembre 2015, dep.08 gennaio 2016), n. 567.

⁴ Sul punto, App. Reggio Calabria, sez. VI, 21 agosto 2014, n. 36081, De Castro.

Invero, va osservato che per le misure di sicurezza, oltre all'art. 679 c.p.p., vi è una disciplina specifica di settore ed un procedimento modellato sulla natura dell'istituto, la cui esecuzione interviene a seguito di una determinata pronuncia giurisdizionale e su impulso del P.M. ex art. 658 c.p.p., organo generalmente designato dall'ordinamento per la esecuzione delle pronunce giurisdizionali.

Non va, poi, trascurato il dato per cui il magistrato di sorveglianza è l'organo deputato a sovrintendere a tutta la fase esecutiva di espiazione della pena oltre che delle misure di sicurezza. È, invero, lo stesso magistrato di sorveglianza che approva il programma di trattamento e assume tutte le decisioni relative alla esecuzione della pena, ivi compresa la riduzione della pena per la liberazione anticipata ed esprime parere in ordine alle istanze di grazia dei detenuti.

In sostanza, il magistrato di sorveglianza ha una competenza specifica per ciò che concerne l'intera fase della esecuzione della pena, potendo, a ben vedere, conoscere meglio di chiunque altro le vicende afferenti il percorso penitenziario dei detenuti. Diversamente, l'organo che cura l'esecuzione delle misure di prevenzione non è il pubblico ministero, né tantomeno il tribunale cui residua il compito di vagliare le istanze ai sensi degli artt. 11 e 12 d.lgs. 159/2016, bensì l'Autorità di P.S.

Ebbene, in assenza di qualsivoglia disposizione normativa, si dovrebbe ritenere che l'Autorità di P.S. sia quella deputata al controllo del detenuto sottoponendo cui spetterebbe l'onere, se non l'obbligo, di dare impulso alla procedura di rivalutazione della pericolosità in quanto unico soggetto, congiuntamente ai direttori delle case circondariali, in grado di conoscere il momento di scarcerazione del detenuto nell'ambito della procedura di prevenzione.

Tuttavia, a parere del tribunale, non può farsi fronte al *vulnus* legislativo con una interpretazione analogica delle norme in materia di misure di sicurezza in quanto i due procedimenti, per le ragioni ora descritte, non sono sovrapponibili. Inoltre, non sembra possibile attribuire poteri ed obblighi ad organi dello Stato in assenza di specifiche norme attributive; diversamente si dovrebbe obiettare che in caso di inerzia degli organi deputati al controllo – individuati sulla scorta di una interpretazione giurisprudenziale – sorgerebbero forti dubbi in ordine alle responsabilità a carico degli stessi in difetto di norme specifiche che ne impongano l'attivazione.

A questi problemi si aggiunge che la sentenza della Corte Costituzionale nulla dispone circa il momento in cui la seconda valutazione di pericolosità del soggetto debba avvenire: in particolare, se a seguito della scarcerazione o a ridosso della completa espiazione della pena.

In sintesi, conclude il tribunale, la sentenza additiva del 2013 avrebbe introdotto un principio che di

fatto non può trovare concreta applicazione. In particolare, il collegio denuncia un «evidente paradosso» derivante dalla sent. n. 291/2013: «se oggi si applica la misura di prevenzione di sorveglianza speciale ad un detenuto cui resta da scontare una pena residua elevata o ad un ergastolano, si rischia di andare contro gli stessi principi che la Corte costituzionale vuole salvaguardare in quanto la misura, allo stato, in assenza di norme attuative, sarebbe automaticamente posta in esecuzione al momento della scarcerazione».

Non resta che auspicare una evoluzione della normativa, adeguandosi alla pronuncia della Consulta. Nel frattempo, il giudice della prevenzione ritiene di dovere dichiarare l'inammissibilità della proposta di applicazione avanzata dalla D.D.A. proprio perché «una pronuncia applicativa (...) contrasterebbe, oggi, anche con i principi espressi dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», in particolare con gli artt. 5 e 6, ma anche con l'art. 111 Cost. che garantisce il diritto a un giusto processo. Tali diritti sarebbero, secondo il tribunale, sacrificati dall'assenza di garanzie per il detenuto di ottenere una rivalutazione rapida ed effettiva, a causa delle lacune normative.

Diritto amministrativo

Sulla legittimità delle interdittive antimafia "a cascata", ovvero basate esclusivamente sui legami associativi tra imprese.

abstract

The establishment of a new society between an enterprise banned on signing contracts with public Authority and an enterprise that owns substantial share of this new society, does automatically force to extend the judgment about mafia permeability already made on the first enterprise to the second one.

keywords

Public contracts – Limited liability consortium – Anti-mafia trickle down ban on signing contracts with public Authority.

abstract

La costituzione di una società tra un'impresa già destinataria di un'interdittiva antimafia e un'impresa che detiene una quota significativa della nuova società impone di reputare automaticamente estesa a quest'ultima la valutazione sulla permeabilità mafiosa già posta a fondamento dell'informativa ostativa nei riguardi della prima.

parole chiave

Contratti pubblici – Società consortili – Interdittive antimafia "a cascata".

Il focus trae spunto da una recente sentenza del Consiglio di Stato in materia di informative antimafia cc.dd. "a cascata", ovvero esclusivamente basate sui legami associativi tra imprese: tema attuale e di grande intesse, con particolare riguardo al fenomeno della partecipazione degli operatori economici alle gare pubbliche in forma associata.

Stante la vigente normativa in materia di antimafia, di non sempre agevole coordinamento con le disposizioni del Codice dei contratti pubblici¹, appare

¹ Il previgente Codice dei contratti Pubblici d.lgs. n. 163/2006 stabiliva, all' art. 247, comma 1: «restano ferme le vigenti disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni e informazioni antimafia». Il nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, è entrato in vigore il 19 aprile 2016.

opportuna una breve premessa normativa.

L'obbligo di acquisizione della documentazione antimafia sorge in capo ai soggetti enumerati dall'art. 83 del c.d. Codice antimafia², ovvero "le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche"³. Tali soggetti, ai sensi della norma richiamata, "prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e sub-contratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67"⁴, secondo le soglie stabilite dallo stesso Codice all'art. 91, "devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84" tramite la Banca dati nazionale unica di cui all'art. 97.

Con riguardo alle categorie dei soggetti sottoposti a verifica al fine del rilascio della documentazione antimafia, l'art. 85 ne fornisce una puntuale descrizione-

² D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (in Suppl. Ordinario n. 214 alla Gazz. Uff., 28 settembre, n. 226). - *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e ss.mm.ii.*

³ Nonché in capo ai contraenti generali ai sensi dell'art. 176 del d.lgs. 163/2006, "vecchio" Codice dei contratti pubblici.

⁴ I provvedimenti dell'art. 67 del Codice Antimafia richiamato dall'art. 83 del medesimo testo sono: le licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio (lett. a); le concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali (lett. b); le concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici (lett. c); le iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso (lett. d); le attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici (lett. e); altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati (lett. f); i contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali (lett. g); le licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplosive (lett. h) (v. art. 67, I comma, d.lgs. 159/2011 e ss.mm.ii.).

ne: per quanto qui di interesse, le lettere *b)*, *d)* ed *h)* dell'art. 85, comma 2, fanno riferimento agli operatori economici in forma associata.⁵

Con riguardo, poi, alla documentazione antimafia di cui all'art. 84 del Codice, quest'ultimo mantiene la preminente distinzione tra comunicazione ed informazione antimafia: mentre la prima attesta la sussistenza o meno di cause di decadenza, di sospensione e di divieto di cui all'art. 67 dello stesso testo, derivanti dall'adozione di misure di prevenzione, o di sentenze di condanna, anche non definitive ma confermate in grado di appello, per talune tipologie di reati particolarmente gravi connessi all'attività della criminalità organizzata; la seconda comprende, oltre a tali ipotesi, anche l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese.

Il Codice disciplina le ipotesi in cui i soggetti onerati della suddetta verifica debbano richiedere la comunicazione o l'informazione antimafia: in ogni caso, ai sensi dell'art. 97, i soggetti di cui all'art. 83 acquisiscono le informazioni antimafia tramite la consultazione della suddetta banca dati.

Esclusivamente nei casi in cui la banca dati non sia consultabile per eventi eccezionali, o la consultazione venga eseguita per un soggetto non censito o, ancora, dalla consultazione emergano le circostanze di cui agli artt. 67 e 84, 4 comma, del Codice, in capo all'operatore economico, sarà il Prefetto competente a rilasciare l'informazione antimafia. In tali casi, dunque, questi procederà ad effettuare le opportune verifiche e, in caso di esito positivo, rilascerà l'informazione antimafia liberatoria; diversamente, rilascerà la comunicazione antimafia interdittiva.

Ai sensi dell'art. 94 del Codice, quando emergano le circostanze contemplate dai suddetti artt. 67 e 84, 4 comma, i soggetti di cui all'art. 83 cui siano fornite le

informazioni antimafia non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni. Ed ancora, quando il Prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti dallo stesso testo, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3, qualora la sussistenza di una causa di divieto o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i predetti soggetti devono revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. La stessa norma prevede una deroga alle disposizioni appena richiamate: quando l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi, i suddetti soggetti non procedono a revoca o recesso.

Ulteriore disposizione in materia, che merita di essere richiamata per quanto qui di interesse, è l'art. 95 del Codice. La norma prevede che quando una delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa interessi un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o ad un raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto (sostituzione che può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del Prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto).

La norma, che si applica "*anche nel caso di consorzi non obbligatori*" va certamente coordinata con l'art. 37, commi 18 e 19, del "vecchio" Codice degli appalti (d.lgs. 163/2006), ai sensi del quale quando una misura interdittiva antimafia colpisca un'impresa mandante o mandataria di un r.t.i., l'Amministrazione può proseguire il rapporto di appalto con l'impresa superstita alla condizione che quest'ultima risulti in possesso dei necessari requisiti di qualificazione richiesti dal bando. Diversamente, ovvero in mancanza di tali requisiti, la stazione appaltante potrà recedere dal contratto.

Tali disposizioni, che non sono state modificate neppure dal nuovo Codice degli appalti (d.lgs. 50/2016, art. 48, commi 17 e 18) incarnano la *ratio*, già insita nell'art. 12 del d.p.r. 252/1998⁶ (in materia di procedimenti relativi al rilascio della documenta-

⁵ Art. 85, comma 2, Codice Antimafia: "La documentazione antimafia, se si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto: (...) b) per le società di capitali anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, di consorzi cooperativi, per i consorzi di cui al libro V, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione, nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga una partecipazione superiore al 10 per cento oppure detenga una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbia stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, ed ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operino in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione; (...) d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate (lettera così modificata dall'art. 2, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 218 del 2012); (...) h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti".

⁶ Decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, *Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia* (G.U. n. 176 del 30 luglio 1998).

zione antimafia) di contemperare il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso, ogni volta che, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini volontariamente l'allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in pericolo di condizionamento mafioso⁷.

Delineato in maniera sommaria lo scenario normativo in materia, con sentenza n. 2774 del 2016 il Consiglio di Stato, sez. III, pronunciandosi sul dibattito tema delle interdittive cc.dd. a cascata, ha affermato il principio per il quale in caso di associazioni di imprese a carattere stabile – come le società consortili – è legittima l'informativa antimafia che, sulla base di una informativa “madre” che ha colpito una delle consorziate, estenda la valutazione del rischio di infiltrazione non solo al consorzio, così come previsto dall'art. 85, comma 2 lett b), del Codice antimafia, ma anche alle altre società consorziate, in virtù della sola esistenza del vincolo associativo consortile.

A meri fini chiarificatori occorre ripercorrere brevemente i fatti di causa dei due gradi di giudizio.

L'impresa di pulizie industriali X ricorreva innanzi al Tar Lazio per l'annullamento dell'interdittiva antimafia emessa nei propri confronti da parte della prefettura romana e del conseguente provvedimento di risoluzione del contratto avente ad oggetto il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani emanato da un comune romano sulla scorta di siffatta interdittiva.

Con sentenza n. 8690/2015 il Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, accoglieva il ricorso proposto dalla società, fondando il proprio convincimento sui seguenti rilievi:

- l'informativa impugnata dalla società ricorrente X appariva sprovvista di idoneo supporto motivazionale ed istruttorio, in quanto *medio tempore* la presupposta interdittiva antimafia (emessa dalla prefettura campana nei confronti dell'impresa Y, associata alla prima) era stata annullata dal Tar partenopeo (con sentenza 6069/2014);
- l'interdittiva presupposta era stata posta ad esclusivo fondamento dell'interdittiva gravata in ragione della costituzione tra la predetta impresa Y, per la quota del 40%, e la società X, per la quota del 60%, della società consortile Z.

Avverso la predetta decisione proponeva appello il Ministero dell'interno, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma. In particolare, l'Amministrazione appellante allegava, a sostegno del gravame, la sopravvenuta sentenza del Consiglio di Stato n. 5437 del 2015, che riformava la sentenza di annullamento (del 2014) del TAR partenopeo e, quindi, respingeva definitivamente le censure

proposte contro l'informativa ostativa emanata nei riguardi dell'impresa individuale Y.

Di contro, la società resistente riproponeva i motivi rimasti assorbiti nella decisione di primo grado ed in particolare l'inidoneità, di per sé, dell'adozione di un'interdittiva nei confronti di un'impresa a determinare “a cascata” la valida emissione di informative negative nei confronti di società legate alla prima da vincoli societari o consortili.

Sulla base di un *excursus* molto attento, che non ha tralasciato gli orientamenti già espressi in materia dall'autorevole giurisprudenza amministrativa, il Consiglio di Stato – con la sentenza n. 2774 del 2016 – ha accolto *in toto* l'appello intentato dal suddetto Ministero, affermando la legittimità dell'interdittiva antimafia emessa da una prefettura nei confronti di una società sotto il peculiare profilo della rilevanza delle vicende contenziose che interessavano la presupposta informativa emessa dalla medesima prefettura nei confronti di un'altra società e posta a fondamento di quella controversa in considerazione della costituzione, tra le due predette società, di una società consortile.

Vale la pena ripercorrere l'*iter* logico-motivazionale seguito dal Consesso amministrativo.

In primis, il Collegio giudicante ha affermato che se l'interdittiva che colpiva la società X risultava esclusivamente fondata sul legame consortile che la legava all'impresa individuale Y per effetto della costituzione, quali uniche due socie, della società Z, venuta meno l'illegittimità della presupposta interdittiva – come stabilito *medio tempore* con sentenza n. 5437 del 2015 del Consiglio di Stato – veniva meno anche il presupposto logico su cui si fondava la decisione del Tar, da riformare.

Il Collegio si è poi espresso sulla questione della legittimità di interdittive antimafia esclusivamente fondate sul rilievo della sussistenza di legami associativi stabili tra l'impresa colpita dall'informativa ostativa e quella gravata da un'interdittiva precedente e senza, quindi, diversi e ulteriori addebiti rivolti alla prima.

Sul punto il Consiglio di Stato non ha mancato di richiamare la recente decisione della medesima Autorità (sez. III, 7 marzo 2016, n. 923) con cui i Giudici di Palazzo Spada escludevano qualsivoglia automatismo tra l'adozione di un'interdittiva antimafia e la sua conseguente estensione alle imprese legate da vincoli associativi a quella attinta dalla prima misura. E, tuttavia, ha ritenuto di dover “(...) *chiarire i contenuti e i limiti del predetto principio, in esito ad un diverso percorso ricostruttivo, che tiene conto anche dei principi enunciati dalla sentenza Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.*”

Ed inverò, i giudici di secondo grado sembrano essere addivenuti al convincimento espresso nella sentenza 2774 (in esame) partendo dalle più recenti sentenze in materia, ed in particolare le citate pronunce 239 e 1743, che vale la pena analizzare.

⁷ Vedasi, *ex multis*: Cons. Stato, VI, n. 7345/2010; T.A.R. Campania, I, n. 94/2015; n. 4815/2012.

Nella sentenza 923 il Collegio approdava al suddetto principio (esclusione di qualsivoglia automatismo) richiamando il già citato art. 37, commi 18 e 19, del d.lgs. 163/2006 ed affermava: “Sembra corretto desumere da dette ultime disposizioni l’esclusione di qualsiasi “automatica” considerazione della sussistenza di rischi di infiltrazione mafiosa in capo ad una impresa per il solo fatto che si fosse associata ad altra impresa ritenuta controindicata; e ritenere, conseguentemente, che la “vicinanza” tra una impresa controindicata ed una impresa oggetto di valutazione nel procedimento volto alla definizione di un provvedimento interdittivo vada apprezzata caso per caso, in relazione alle concrete vicende collaborative tra le due imprese, che vanno adeguatamente approfondite allo scopo di accertare la sussistenza di fattori oggettivi di condizionamento, non della impresa controindicata rispetto a quella in valutazione, ma da parte delle medesime organizzazioni criminali che hanno compromesso la posizione della prima”. In altre parole il Collegio – ritenendo che non fosse possibile estendere a priori ed in via automatica l’interdittiva antimafia alle imprese associate, solo perché associate, e che invece tale possibilità dovesse essere apprezzata caso per caso – si pronunciava sull’illegittimità dell’interdittiva gravata non rinvenendo, nella specie, la sussistenza dei requisiti atti a determinare siffatta estensione.

Tornando alla sentenza in esame (2774) il Consesso, soffermandosi dapprima sul fondamento della misura dell’interdittiva antimafia – che “serve a precludere ad imprese che abbiano perso la fiducia delle Istituzioni sulla loro affidabilità e sulla loro trasparenza di costituire o di conservare rapporti negoziali con l’Amministrazione, al fine di contrastare, in una logica di prevenzione, ma anche di repressione, l’infiltrazione nell’ordine economico di organizzazione criminali di stampo mafioso” – la cui ratio è rinvenibile “nella più efficace tutela dell’interesse pubblico alla limitazione del novero delle imprese ammesse alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni a quelle (sole) che meritano la (imprescindibile) fiducia sulla liceità dell’oggetto e dello scopo dell’attività imprenditoriale”, è poi passato a declinarne i pertinenti principi nella peculiare fattispecie delle cc.dd. informative “a cascata”.

Sul punto, l’autorevole Consesso amministrativo - discostandosi in parte da quanto recentemente affermato nella sentenza 923 - ha ritenuto che “(...) a fronte della costituzione di una nuova società, tra un’impresa legittimamente colpita da un’interdittiva e un altro soggetto imprenditoriale, possa ragionevolmente presumersi l’estensione del giudizio di pericolo di inquinamento mafioso sia alla nuova società, sia alla seconda impresa, divenuta socia di quest’ultima, insieme a quella inizialmente ritenuta esposta al rischio di permeabilità alle influenze criminali”.

Il Collegio è addivenuto a tale conclusione sulla base delle seguenti argomentazioni: “Uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell’attività d’im-

presa – di per sé sufficiente a giustificare l’emanazione di una interdittiva antimafia – è stato identificato nella instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un’impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 26 maggio 2016, n. 2232). La ratio di tale regola dev’essere, in particolare, rinvenuta nella valenza sintomatica (del rischio di collusioni illecite con organizzazioni mafiose) attribuibile a cointeressenze economiche particolarmente pregnanti tra un’impresa certamente gravata da controindicazioni antimafia e un’altra che fa affari con essa. Perché possa presumersi il ‘contagio’ alla seconda impresa della ‘mafiosità’ della prima è, ovviamente, necessario che la natura, la consistenza e i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese siano idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici”.

Tanto premesso con riguardo agli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa, il Collegio ha distinto due diverse situazioni:

- a) quella in cui l’analisi dei rapporti tra le due imprese manifesti una plausibile condivisione di finalità illecite e una verosimile convergenza verso l’assoggettamento agli interessi criminali di organizzazioni mafiose, desumibili, ad esempio, dalla stabilità, dalla persistenza e dalla intensità dei vincoli associativi o delle relazioni commerciali, in cui può lecitamente presumersi l’esistenza di un sodalizio criminoso tra i due operatori;
- b) quella, speculare alla prima, in cui l’esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d’impresa e, pertanto, deve escludersi l’automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia dalla prima alla seconda società.

Ciò in quanto: mentre nella ipotesi *sub a)* la continuità e la particolare qualificazione della collaborazione tra le imprese giustifica il convincimento, seppur in termini prognostici e probabilistici, che l’impresa “mafiosa” trasmetta alla seconda il suo corredo di controindicazioni antimafia, potendosi presumere che la prima scelga come *partner* un soggetto già colluso o, comunque, permeabile agli interessi criminali a cui essa resta assoggettata (o che, addirittura, interpreta e persegue); in quella *sub b)*, al contrario, il carattere del tutto sporadico e scarsamente significativo dei contatti tra i due operatori impedisce di formulare la predetta valutazione in presenza di ulteriori e diversi indici sintomatici.

Da tali considerazioni il Collegio ha fatto discendere l’immediato corollario per il quale: “la costituzione di un nuovo e stabile soggetto giuridico tra le due imprese permette di estendere le controindicazioni antimafia anche alle imprese partecipate o socie di quella già verificata come ‘mafiosa’, mentre non altrettanto può essere affermato – quando non vi siano elementi tali da evidenziare la consapevolezza della realtà ‘mafiosa’ – per la mera ed

episodica associazione temporanea tra le due imprese o per la sussistenza tra di esse di 'inconsapevoli' relazioni commerciali (che risultano, da sole, inidonee, in difetto di ulteriori elementi di riscontro, a legittimare l'adozione di un'interdittiva nei confronti della società con cui quella controindicata ha concluso singole transazioni od episodiche operazioni economiche)".

Continuando, il Collegio ha affermato la coerenza di tale regola con la *ratio* dell'istituto in esame, non potendo considerarsi meritevole di quella fiducia delle Istituzioni – che costituisce un presupposto ontologico ed indefettibile dell'accesso alla contrattazione pubblica – una società partecipata da un'impresa esposta al pericolo di infiltrazioni mafiose, socia di quest'ultima o comunque consapevole della sua realtà mafiosa.

Sulla base di tanto, i giudici di secondo grado hanno dunque affermato che *“la costituzione di una società tra un'impresa già destinataria di una interdittiva antimafia e un'altra sola impresa (che detiene una quota significativa della nuova società) integra senz'altro gli estremi di quella situazione che consente (anzi: impone) di reputare automaticamente estesa a quest'ultima la valutazione sulla permeabilità mafiosa già posta a fondamento dell'informativa ostativa nei riguardi della prima”*.

Ciò in quanto *“La costituzione di un vincolo stabile e qualificato, come quello ravvisabile tra i due soci di una società, fonda, in particolare, la presunzione che la seconda impresa (quella, cioè, non già attinta da un'interdittiva), sia stata scelta per la condivisione degli interessi inquinati e illeciti già ravvisati nella gestione della prima. Appare, segnatamente, del tutto plausibile inferire dalla scelta del partner per la costituzione di una nuova società la presupposta (e logica) comunanza di interessi illeciti tra le due imprese. Mentre risulta, invero, del tutto improbabile che un'impresa già attinta da sospetti di permeabilità mafiosa selezioni, come socio, un'impresa del tutto estranea al circuito criminoso nel quale essa orbita o che, in ogni caso, accetti la proposta di collaborazione di un operatore del tutto impermeabile ad interessi contigui alla criminalità organizzata, appare, al contrario, del tutto verosimile che l'intesa di sinergie imprenditoriali ascrivibile a un'impresa certamente 'mafiosa' obbedisca al medesimo disegno illecito di asservimento agli interessi delle organizzazioni criminali. Risulta, in altri termini, estremamente probabile che, secondo l'id quod plerumque accidit, il legame societario trasmodi, nella fattispecie considerata, in sodalizio criminale o che, addirittura, quest'ultimo costituisca la causa della costituzione del vincolo associativo”*.

In definitiva, il Collegio ha ritenuto che gli indici:

- dell'elevata verosimiglianza che la nuova società sia costituita al fine di perseguire più efficacemente gli scopi illeciti delle organizzazioni criminali con cui una delle due imprese risulta collusa;
- e dell'estrema improbabilità che l'operazione societaria resti immune da condizionamenti mafiosi ed

impermeabile a qualsivoglia tentativo di condizionamento;

consentono di utilizzare la relativa presunzione quale fondamento di un'interdittiva che colpisca sia la nuova società, in via autonoma, sia il nuovo socio. Tali tipologie di interdittive, ad avviso del Collegio, sarebbero legittimate dal rilievo della partecipazione alla nuova società da parte di un'impresa già gravata da un'informativa ostativa.

E qui il Collegio ha richiamato la citata sentenza 1743: nella pronuncia, la sezione III del Consiglio di Stato individuava i principi ai quali si devono attenere le Prefetture in sede di emanazione delle informative antimafia, sia individuando gli elementi oggettivi rilevanti in materia, sia evidenziando i criteri per la motivazione di tali misure. In particolare, il Collegio enucleava un'ampia casistica di tali elementi che tuttavia, come pure specificato dal medesimo, non costituiscono un *numerus clausus*.

Ed anzi, in tale sede il Consesso chiariva che: *“Può essere sufficiente a giustificare l'emissione dell'informativa anche uno dei sopra indicati elementi indiziari: la valutazione del provvedimento prefettizio si può ragionevolmente basare anche su un solo indizio, che comporti una presunzione, qualora essa sia ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli elementi di giudizio ad essa contrari. Ciò in quanto, come afferma la consolidata giurisprudenza, il ragionamento indiziaro può fondarsi anche su un unico elemento presuntivo, purché non contrastato da altro ragionamento presuntivo di segno contrario, con la conseguenza che il requisito della concordanza, previsto dall'art. 2729 c.c., perde il carattere di requisito necessario e finisce per essere elemento eventuale della valutazione presuntiva, destinato ad operare solo laddove ricorra una pluralità di presunzioni (v., ex plurimis, Cass., sez. I, 26.3.2003, n. 4472)”. In altre parole, con la sentenza in esame, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato la legittimità dell'adozione delle interdittive antimafia quando *“l'unico indizio ravvisato risulti univocamente significativo del pericolo di infiltrazione mafiosa”*.*

Parallelamente, traslando tale principio al caso sotteso alla sentenza 2774, il Collegio ha dunque affermato che le interdittive “a cascata”, non solo nei confronti della nuova società ma anche nei confronti dell'associata, appaiono *“(…) giustificate dal mero rilievo della partecipazione alla nuova società di un'impresa già gravata da un'informativa ostativa e non necessitano dell'allegazione di ulteriori e diversi indici sintomatici. La pregnanza del predetto indice, infatti, consente l'adozione dell'interdittiva solo sulla base di esso, come deve intendersi consentito quando l'unico indizio ravvisato risulti univocamente significativo del pericolo di infiltrazione mafiosa (come già rilevato da Cons. St., sez. III, n. 1743 del 2016, cit.)”*. Pur affermando tale principio i giudici di secondo grado non hanno, tuttavia, ommesso di affermare che *“Rimane, in ogni caso, integra la possi-*

bilità della seconda impresa di smentire tale presunzione e di superarne, quindi, la relativa valenza probatoria”.

Ricostruiti, in astratto, i canoni che devono presidiare l'esercizio della potestà in relazione alle cc.dd. informative “a cascata”, il Collegio è passato, dunque, a verificarne il rispetto nella fattispecie controversa, dove: l'impresa Y è socia, con una quota del 40%, della società consortile a responsabilità limitata Z, nella quale l'impresa X detiene la restante quota del 60%; le censure rivolte contro l'interdittiva antimafia adottata dalla prefettura campana contro la prima impresa (Y) nell'aprile del 2014 sono state respinte (con statuizione definitiva) dal Consiglio di Stato (con la citata sentenza n. 5437 del 2015), sulla base delle condivise argomentazioni sopra esposte.

Alla luce di tanto, in applicazione dei principi sopra affermati il Consesso amministrativo, dunque, ha giudicato legittima anche la conseguente interdittiva emessa nei riguardi della impresa X, quale unica socia della Y nella società Z. Ciò alla luce del carattere stabile, qualificato ed attuale del vincolo societario esistente tra le due imprese (X e Y).

Nello specifico, con riguardo alla requisito della stabilità i giudici hanno affermato:

- da un lato, che *“la configurazione giuridica astratta del modello della società consortile, per come rinvenibile nelle disposizioni del codice civile richiamate dall'art. 276 del d.P.R. n. 207 del 2010, è connotata dalla durezza, dalla serietà e dalla consistenza del vincolo negoziale assunto dai soci”;*
- dall'altro che nella specie, oltre che per l'espletamento del servizio di igiene urbana in favore di un comune campano, come rappresentato dalla stessa società X in giudizio, la società Z veniva utilizzata come strumento per l'esecuzione di analogo contratto (poi risolto dal comune romano ed oggetto di controversia);

escludendo, dunque, che la società consortile fosse stata costituita per l'esecuzione di un solo appalto di servizi.

Con riguardo, poi, al requisito della qualificazione del vincolo consortile, il Collegio ha osservato che la rilevanza attribuita dall'ordinamento a siffatto vincolo è ricavabile dall'art. 85, comma 2, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Ed infatti, laddove il legislatore ha disposto la riferibilità della documentazione antimafia anche ai consorziati delle società consortili che detengano una partecipazione superiore al dieci per cento, ha evidentemente inteso estendere le verifiche amministrative antimafia anche alle imprese socie di società consortili, con ciò confermando la pregnanza dei legami consortili che non possono, pertanto, essere derubricati ad impegni occasionali, instabili o irrilevanti.

Con riguardo, infine, al requisito dell'attualità, il Collegio ha osservato che la circostanza dell'estromissione dalla società consortile dell'impresa Y (in una

data successiva a quella di adozione della nota interdittiva che l'aveva colpita) si rivela come ininfluyente, in quanto *“la valutazione contestata si appunta al momento genetico del vincolo consortile e si fonda proprio sull'originaria opzione sinergica tra le due imprese consorziate, sicché il tardivo scioglimento del vincolo non rileva in alcun modo ad inficiare l'attendibilità del giudizio della Prefettura”.*

Infine, il Collegio si è soffermato sull'inconferenza dell'argomento della portata precettiva dell'art. 37, commi 18 e 19, del d.lgs. n. 163 del 2006: sul punto, i giudici hanno chiarito che la costituzione di una società consortile - come quella in esame - implica un vincolo giuridico del tutto differente, quanto a consistenza e ad efficacia, da quello del raggruppamento temporaneo di imprese o del consorzio ordinario di concorrenti, ai quali resta esclusivamente dedicata la disposizione legislativa invocata del vecchio codice appalti (art. 37, nuovo art. 48 del d.lgs. 50/2016).

Attraverso l'interessante *iter* logico-motivazionale sopra esposto, i giudici di Palazzo Spada hanno dunque accolto l'appello intentato dal suddetto Ministero, affermando la legittimità della contestata interdittiva “a cascata”, e non mancando di discostarsi, in parte, da quanto affermato dal medesimo Collegio solo pochi mesi prima.

Le argomentazioni poste a base della sentenza esaminata (2774/2016) appaiono del tutto condivisibili e coerenti con l'istituto dell'informativa antimafia, che mira ad interdire l'operatore economico (sul quale gravi il pericolo di infiltrazione mafiosa) di iniziare o proseguire qualsivoglia rapporto con l'Amministrazione o di ottenere qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione.

Ciò con particolare riguardo agli operatori economici che si presentino nella forma di società consortili, formula che indica un legame associativo intrinsecamente stabile (l'art. 2604 c.c. stabilisce, in mancanza di diversa pattuizione, la durata decennale del consorzio) e rapporti qualificati caratterizzati da cointeressenze economiche (derivanti dallo svolgimento in comune *“di determinate fasi delle rispettive imprese”*).

Se infatti, *prima facie*, potrebbe sembrare inaccettabile l'automatica estensione della valutazione sulla permeabilità mafiosa alle imprese associate, in quanto fondata su una presunzione assoluta di ingerenza criminale, con precipuo riguardo alle società consortili un'estensione limitata alla sola società, e non anche all'impresa terza associata, potrebbe comportare un'ingiustificata restrizione del parametro d'indagine sui rischi da infiltrazione mafiosa.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

NOVITÀ
LEGISLATIVE

LA SVOLTA NEI RAPPORTI AFFETTIVI: UNIONI CIVILI E CONVIVENZE NELLA LEGGE

20 MAGGIO 2016 N. 76 I 208

di Teodora Scarfò



La svolta nei rapporti affettivi: unioni civili e convivenze nella legge

20 maggio 2016 n. 76

abstract

L'étude s'efforce de présenter une analyse discursive, et donc sans aucune prétention de l'aborder article par article, de la nouvelle loi concernant les "unions civiles" et la cohabitation hors mariage. Le but est justement celui d'avoir un vaste aperçu du nouveau cadre réglementaire des relations interpersonnelles, grâce auquel on peut juger plus aisément si le résultat de l'intervention législative est harmonieux, juste et complet vis à vis de l'essentielle et primaire fonction que les lois concernant les relations familiales, et en l'espèce interpersonnelles en général, doivent avoir: bâtir la société italienne du futur. La famille et les structures de la société, autres que la famille, constituent la formation primaire de la société, la cellule de base pourrait-on dire, dans laquelle l'individu reçoit sa première formation de la personne, et donc du comportement, la première sauvegarde des idées, des sentiments et des droits, l'éducation à la justice et à l'engagement pour l'amélioration des conditions de vie. Voilà pourquoi c'est des dispositions constitutionnelles et de droit privé concernant la personne la famille et les structures sociales en général, que doit partir la formation des citoyens, la réalisation des italiens que nous souhaitons pour la Nation à venir. Le pas suivant est celui de l'éducation scolaire et universitaire ou professionnelle, mais c'est un tout autre sujet.

mots clés

Unions civiles – Concubinage – Mariage.

abstract

Lo studio si propone di esporre in maniera assolutamente discorsiva, e perciò senza la pretesa di sviscerarla norma per norma, la nuova legge in tema di unioni civili e convivenze di fatto. L'intento è proprio quello di avere un panorama ampio del nuovo assetto normativo dei rapporti interpersonali, dal quale si possa più facilmente giudicare se il risultato dell'intervento normativo sia armonico, giusto e completo rispetto all'importantissima e primaria funzione che le leggi in tema di rapporti familiari e, nella fattispecie interpersonali in generale, hanno, ovvero la costruzione della società italiana del futuro. Dalle norme costituzionali e civilistiche in tema di persone, famiglia e strutture sociali diverse dalla famiglia, che sono le formazioni atomistiche della società, potremmo anche definirle le cellule base, all'interno delle

quali si ha la prima formazione della persona e quindi del comportamento, la prima salvaguardia delle idee, dei sentimenti e dei diritti, l'educazione alla giustizia ed all'impegno per il miglioramento delle condizioni di vita, parte la formazione dei cittadini, la realizzazione degli italiani che vorremmo per la Nazione che sarà. Il passo che segue è quello della formazione scolastica ed universitaria o lavorativa, ma questa è tutta un'altra storia.

parole chiave

Unioni civili – Convivenza – Matrimonio.

sommario

1. La chiave di lettura negli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione. – **2.** Natura dei nuovi istituti. Le unioni civili. La convivenza. – **3.** La specifica formazione sociale delle unioni civili. – **4.** Modalità di costituzione dell'unione civile e requisiti delle parti. – **5.** Diritti, doveri e normativa applicabile. – **6.** L'adozione. – **7.** Diritti successori. – **8.** Lo scioglimento dell'unione civile. – **9.** La delega al Governo per l'ulteriore regolamentazione dell'unione civile. – **10.** La convivenza di fatto. – **11.** Diritti dei conviventi di fatto. – **12.** Obbligo alimentare. – **13.** Domanda di interdizione ed inabilitazione. – **14.** Il contratto di convivenza. – **15.** Aspetti fiscali nell'ambito delle imposte indirette. – **16.** Conclusioni.

1. La chiave di lettura negli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione

L'introduzione della disciplina delle unioni fra persone dello stesso sesso e della regolamentazione delle convivenze di fatto segna nell'ordinamento giuridico italiano un cambio epocale, che riconduce, con il richiamo nell'*incipit* della nuova legge agli artt. 2 e 3 della Costituzione, i rapporti interpersonali interessati a quella parità di diritti fra i cittadini che ispira i principi fondamentali e la Parte Prima della Costituzione, dove sono naturalmente collocate le norme primarie a tutela della persona.

Il quadro, dal punto vista costituzionale, si completa con il mancato richiamo all'art. 29 della Costituzione, volendosi così escludere l'identità strutturale tra unione civile e matrimonio, poiché la famiglia ed

i suoi diritti, così come tutelati dall'ordinamento, devono trovare fondamento esclusivamente nel secondo¹.

Il rango dell'argomento è costituzionale, e quindi di straordinaria importanza, perché investe la costruzione della società italiana del futuro. Non è tuttavia facile capire, in una società come la nostra, fortemente caratterizzata dalla matrice cattolica e tutto sommato neanche particolarmente aperta alle diversità o alle minoranze o anche, più semplicemente, al c.d. sesso debole, se il cambiamento epocale nelle persone e nei rapporti, ignorato per molto tempo dal diritto, abbia portato il legislatore a regolare le c.d. unioni civili e le convivenze di fatto o se sarà la l. 20 maggio 2016 n. 76 a far accettare alla società il riconoscimento di una diversità ed a creare in maniera diffusa quel sentimento di inclusione di persone ritenute per molto tempo "altro da noi" che è alla base delle civiltà socialmente e culturalmente evolute².

Quel che è certo è che si è solo all'inizio di un percorso e che solo l'applicazione in concreto delle nuove norme ci dirà di fatto se i diritti civili di cui esse sono portatrici avranno effettivo riconoscimento e se l'istituto dell'unione civile sarà adottato in massa dalle coppie che possono aspirarvi o se rimarrà inutilizzato in parallelo con il declino dell'istituto matrimonio.

La genesi della l. 76/2016 ha avuto radici e storia in più di una legislatura³ e sicuramente in ambito giurisprudenziale, dove, come sempre, trovano il proprio capolinea le vicende simbolo di un problema. È infatti la Corte Costituzionale con due sentenze storiche del

2010⁴ e del 2014⁵, che, ritenuta inammissibile per certi versi ed infondata per altri la questione di legittimità costituzionale delle norme che sistematicamente inter-

⁴ Corte Costituzionale 15 aprile 2010 n. 138, secondo la quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità: per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. In proposito, è sufficiente l'esame delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta, dunque, al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, restando riservata alla Corte la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio).

⁵ Corte Costituzionale 11 giugno 2014 n. 170, secondo la quale Sono costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 2 Cost., gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione del sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore. Il cosiddetto "divorzio imposto", introdotto dalla normativa censurata, realizza un inadeguato bilanciamento tra l'interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio ed i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia. In particolare, la situazione di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone evidentemente fuori dal modello del matrimonio – la cui prosecuzione è impedita dal venir meno del requisito dell'eterosessualità – ma non è neppure equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un progresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili. Non è possibile la *reductio ad legitimitatem* della normativa censurata mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, perché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. È, quindi, compito del legislatore introdurre con la massima sollecitudine una forma alternativa – e diversa dal matrimonio – che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminazione, per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti coinvolti».

¹ Tale scelta è contestata da G. CASABURI, *Il sillabo delle Unioni civili: giudici, etica di Stato, obblighi internazionali*, in *Articolo 29.it*, 2015.

² Per un breve ma efficace riassunto del quadro sociale nel quale si inserisce la nuova legge v. C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, n. 4/2016, pp. 333-334.

³ Fin dal 1986, ma in concreto nella XIV legislatura (2001-2006 proposta di legge n. 3296) e nella XV legislatura (2006-2008 disegno di legge n. 1339 presentato dal Governo). Sono nel ricordo di tutti gli strani acronimi conati dai parlamentari che di volta in volta si sono fatti portatori di proposte di legge: PACS, DICO, CUS, DIDORE. Al legislatore del 2016 il merito di dare definizioni semplici a cose semplici: unioni civili e convivenze di fatto.

pretate negavano la possibilità del matrimonio alle persone di orientamento omosessuale, richiama il legislatore al dovere di intervenire per disciplinare i rapporti tra persone dello stesso sesso, dando impulso fondamentale alla svolta. A tale richiamo si sono aggiunte la condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo⁶ del 2015 e la pressione di quella parte dell'opinione pubblica interessata al problema della regolamentazione dei rapporti di convivenza tra persone dello stesso sesso o perché proprio o perché sentito come proprio per profondo senso civico.

Quindi al termine di un tormentato iter parlamentare, disseminato di ricorsi alla fiducia ed emendamenti⁷, si è giunti inopinatamente all'approvazione del testo normativo attualmente vigente, che può considerarsi, come è stato osservato⁸, «*il punto di approdo più avanzato*».

Qualche notazione preliminare va dedicata alla struttura della nuova legge. La legge 20 maggio 2016 n. 76 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 21 maggio 2016 ed in vigore dal 5 giugno scorso) si compone di un unico articolo di 69 commi, i primi 35 dedicati all'istituto realmente innovativo delle unioni civili, quelli dal 36 al 65 alla traduzione in norme dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di convivenze di fatto, sia eterosessuali sia omosessuali, infine i commi 66, 67, 68 e 69 volti ad individuare i mezzi di copertura finanziaria del provvedimento, solo in funzione degli oneri di spesa necessari per il nuovo istituto delle unioni civili.

Dalla struttura e dalle caratteristiche della legge emergono con chiarezza le difficoltà di conciliare le posizioni di chi avrebbe voluto equiparare le unioni civili al matrimonio e di chi invece reputava inutile l'intervento legislativo perché l'ordinamento conteneva già strumenti alternativi sufficienti a garantire tutele alle coppie di fatto omosessuali. A tal proposito chi scrive deve fare ammenda del fatto di appartenere a questo secondo gruppo in un senso particolare. Da tecnico del diritto ero convinta che gli strumenti di tutela esistessero e che non occorresse altro, anche perché spaventano gli interventi non organici sull'impianto generale del codice civile. Da comune cittadino pensavo dovesse essere assicurata, essenzialmente per ragioni di semplificazione nella regolamentazione dell'ordinamento, la posizione della famiglia costruita secondo quanto convenzionalmente si ritiene avvenga in natura. Leggendo la nuova normativa, soprattutto alla luce dei principi costituzionali, ed uscendo dalla freddezza dei tecnicismi, ho invece avvertito in maniera profonda la differenza tra l'avere lo strumento tecnico per tutelare un diritto e l'esistere invece come

soggetto di quel diritto, quindi la necessità irrinunciabile di assicurare a tutti, nell'ambito dei rapporti interpersonali, la possibilità di esistere prima che di difendere gli effetti e le conseguenze di una situazione fattuale.

La legge ha trovato aggancio e materiale utile per riempirsi di contenuti nel lavoro giurisprudenziale che nel frattempo aveva cercato di supplire il vuoto normativo con pronunce di merito⁹ in materia di trascrizione di matrimoni omosessuali contratti all'estero, di adozioni del figlio del proprio partner (la così tanto discussa *stepchild adoption*¹⁰) ed anche in tema di convivenza.

Il legislatore, per rimarcare l'autonomia tra matrimonio ed unione civile e volendo nel contempo anche intervenire sulle convivenze di fatto, materia non urgente e non al centro delle sollecitazioni della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, ha scelto la strada della legge *ad hoc*, cioè essenzialmente per poter meglio governare la soluzione dei forti contrasti politici esistenti attorno al provvedimento e per evitare, dal punto di vista della tecnica legislativa, il mettere mano al campo minato delle norme del codice civile, che quale corpo unico ed organico avrebbe richiesto sicuramente tempi ed impegno maggiori.

2. Natura dei nuovi istituti. Le unioni civili. La convivenza

La questione della natura dell'istituto dell'unione civile è legata al contrasto tra chi ne voleva l'equiparazione all'istituto del matrimonio contemplato dall'art. 29 della Costituzione e chi invece voleva che venisse costruito un istituto del tutto nuovo ed assolutamente differenziato dal matrimonio, struttura paradigmatica dell'unione eterosessuale. Per meglio percepire la difficoltà dell'impresa affrontata dal legislatore è interessante ricordare le parole pronunciate da Pietro Calamandrei all'Assemblea Costituzionale del 23 aprile 1947: «Dal punto di vista logico ritengo che sia un gravissimo errore, che rimarrà nel Testo della nostra Costituzione come una ingenuità, quello di congiungere l'idea di società naturale – che richiama al diritto naturale – colla frase successiva “”, che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico è per me una contraddizione in termini. Ma tuttavia, siccome di queste ingenuità nella nostra Costituzione ce ne sono tante, ce ne potrà essere una di più». Ha prevalso la posizione innovativa e perciò

⁹ Come è stato efficacemente detto «molte tra le nuove disposizioni non fanno altro che positivizzare il diritto pretorio (seppure controverso, dibattuto e certamente non univoco) espresso dalle corti di merito»: G. SPADARO - L. DELL'OSTA, *Unioni Civili e convivenze: tutte le novità*, in *Officina del Diritto*, 2016, p. 9.

¹⁰ Rispetto alla quale peraltro proprio la giurisprudenza di merito ha offerto una qualche apertura: Tribunale per i minori di Roma, 30 luglio 2014 n. 299, confermata in Corte di Appello con Sentenza del 23 dicembre 2015.

⁶ Causa Oliari ed altri c. Italia del 21 luglio 2015.

⁷ Si pensi all'aspro dibattito che ha portato allo stralcio dell'adozione del figlio del coniuge (la c.d. *stepchild adoption*).

⁸ G. SPADARO - L. DELL'OSTA, *Unioni Civili e convivenze: tutte le novità*, in *Officina del Diritto*, Giuffrè 2016, p. 7.

la legge esordisce con l'enunciazione dell'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione. In tal senso per la verità erano anche le "sentenze monito" della Corte Costituzionale del 2010 e del 2014. La prima riconduce le unioni tra persone dello stesso sesso alla nozione di formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione e, senza prendere una chiara posizione sulla possibilità di equiparare l'unione civile al matrimonio, esorta il legislatore ad intervenire sulla materia. La seconda esamina la questione partendo dall'esame del c.d. detto divorzio imposto a seguito della rettifica di sesso. Vengono portate all'attenzione della Corte le norme degli artt. 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164 e dell'art. 31, comma 6, della l. 1 settembre 2011, n. 150. Con tali norme si stabiliva che la rettifica di sesso comportava lo scioglimento automatico con effetti non retroattivi del matrimonio precedentemente contratto nell'ipotesi in cui né il soggetto che ha cambiato sesso, e quindi identità, né il coniuge abbiano intenzione di provvedere a tanto. I punti cardine del ragionamento seguito dai giudici costituzionali sono in sintesi questi: requisito essenziale del matrimonio è l'eterosessualità¹¹, quindi qualunque valutazione è fuori dal perimetro dell'art. 29 della Costituzione; non vi è violazione degli artt. 10 e 117, comma 1°, della Costituzione¹² in quanto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha rimesso al legislatore dei singoli paesi il riconoscimento di forme di tutela alle coppie omosessuali; è invece da prendere in considerazione l'art. 2 della Costituzione al quale vanno ricondotte le unioni omosessuali; *res sic stantibus* non c'è modo di ricondurre a legittimità le norme contestate poiché così si realizzerebbe l'equiparazione tra unioni omosessuali e matrimonio; pertanto è urgente un intervento legislativo in materia. Quindi la Corte indica al legislatore per la soluzione del problema la strada della «forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia» omosessuale¹³.

¹¹ In tal senso la giurisprudenza rilevante della Cassazione, formatasi soprattutto in tema di trascrizione in Italia di matrimoni omosessuali celebrati all'estero, e sia pure con manifestazioni di insoddisfazione per l'incompletezza del quadro normativo: Cass., Sez. I, 9 giugno 2000 n. 7877; Cass., sez. I, 15 marzo 2012 n. 4184; Cass., sez. I, 9 febbraio 2015 n. 2400; Cass., sez. I, 3 aprile 2015 n. 6855; ma così anche Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2015 n. 4899.

¹² Norme queste che vengono collegate agli artt. 8 e 12 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, relativi rispettivamente al diritto al rispetto della vita familiare ed al diritto di sposarsi e formare una famiglia.

¹³ La Corte di Cassazione (sez. I, 21 aprile 2015 n. 8097) in sede di riassunzione della causa a seguito della pronuncia costituzionale additiva di principio, con una legittima scelta ermeneutica, ha riconosciuto alla coppia ricorrente i diritti ed i doveri discendenti dal modello matrimoniale, ciò perché era necessario nel caso concreto evitare situazioni di incertezza fino al sollecitato intervento del legislatore.

La nuova legge, quindi, se avesse percorso strade diverse da quella indicata dai giudici costituzionali, sia pure giustificate da valide argomentazioni¹⁴, sarebbe inevitabilmente andata incontro a facili tentativi di declaratoria di incostituzionalità.

Il legislatore ha tuttavia scelto di operare richiamando spesso norme del codice civile in tema di matrimonio e famiglia. Tale *modus operandi* ha sollevato il problema del rispetto solo formale delle indicazioni della Corte Costituzionale. Ad una differenziazione solo formale corrisponderebbe una equiparazione sostanziale tra matrimonio ed unioni civili¹⁵, il cui effetto pratico sarebbe essenzialmente l'impossibilità di escludere nel futuro questioni di incostituzionalità per violazione dell'art. 29. In realtà le differenze di disciplina ci sono e sono di rilievo e peso sufficienti per poter dire che l'equiparazione non c'è stata sia in senso formale sia in senso sostanziale. Sono infatti inapplicabili all'unione civile, per espressa previsione di legge, la l. 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozioni¹⁶, la disciplina della separazione personale, l'obbligo di fedeltà e pare l'istituto dell'affinità, cosicché la formazione sociale fondata sull'unione civile è caratterizzata da un ambito di rapporti sensibilmente più circoscritto. Inoltre, come è stato osservato¹⁷, la Corte Costituzionale ha affermato con chiarezza che la formazione sociale matrimonio e famiglia è un *unicum* protetto dall'art. 29 e che quelle altre formazioni sociali che non ne abbiano le caratteristiche, prima fra tutte l'eterosessualità, possono al più ricondursi all'art. 2, ma nulla ha detto circa l'ampiezza delle tutele da offrire alle coppie omosessuali, che quindi in teoria avrebbero potuto essere anche più ampie di quelle riconosciute alle coppie eterosessuali.

Le differenti nature nel quadro costituzionale tra gli istituti del matrimonio e dell'unione civile non si riflettono nell'altra figura disciplinata dalla l. 76/2016, ossia le convivenze di fatto. Qui infatti il fenomeno è unico, riguarda sia le coppie eterosessuali sia quelle omosessuali e riceve identiche tutele a prescindere dagli orientamenti sessuali dei soggetti protagonisti.

¹⁴ La migliore argomentazione è probabilmente quella dell'impossibilità di cristallizzare in una determinata epoca un fenomeno, il matrimonio e la famiglia, che non esclude un suo ripensamento ad opera del legislatore. Si è rilevato che in nessuno dei suoi interventi la Corte Costituzionale ha fatto riferimento alla necessità di una legge costituzionale per provvedere in materia e questo fa pensare che un tale ripensamento avrebbe potuto esserci anche con legge ordinaria, ma come sappiamo ciò non è avvenuto.

¹⁵ Tanto da far parlare di matrimonializzazione dell'unione civile: così C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, n. 4/2016, pp. 336, con riferimento all'esperienza tedesca commentata da S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, p. 958.

¹⁶ Anche se resta fermo quanto previsto e consentito per le adozioni dalle norme vigenti, rispetto alle quali non possono prevedersi le reazioni della giurisprudenza.

¹⁷ G. SPADARO - L. DELL'OSTA, *Unioni Civili e convivenze: tutte le novità*, in *Officina del Diritto*, 2016, p. 14.

La natura delle convivenze è senza dubbio identica a quella delle unioni civili, anche in tal caso siamo in presenza di una formazione sociale riconducibile all'art. 2 della Costituzione. E questa resta l'unica ragione che legittima la produzione di un corpo normativo unico per le unioni civili e le convivenze. Restano sparse in altre leggi norme a tutela delle coppie di fatto e dei conviventi che avrebbero meritato di essere rielaborate e riprodotte in maniera organica in una legge *ad hoc*.

3. La specifica formazione sociale delle unioni civili

È proprio questa la definizione che il comma 1 della legge dà dell'unione civile: la specifica formazione sociale tra persone dello stesso sesso ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione. Da questa definizione emergono con immediatezza tre concetti. Innanzitutto che si tratta di istituto con un preciso ed inattuabile perimetro costituzionale, poi che è istituto inserito tra le formazioni sociali costituzionalmente garantite e tutelate a pari dignità del matrimonio ed, infine, che non è istituto accessibile agli eterosessuali. Ciò coerentemente alle differenze di disciplina innanzi rilevate ed in considerazione del fatto che, in sostanza, se si fosse resa possibile l'unione civile tra eterosessuali, si sarebbero potuti provocare una sensibile riduzione dei matrimoni e l'abbassamento dell'asticella dei diritti e delle tutele riconosciute alla famiglia in senso classico. Quindi gli eterosessuali che vogliano regolamentare il proprio rapporto hanno la sola via del matrimonio e delle sue tutele, unica alternativa la convivenza.

4. Modalità di costituzione dell'unione civile e requisiti delle parti

Ma come si costituisce un'unione civile e quali sono i requisiti dei contraenti? Non è certamente un contratto e, quindi, come il matrimonio, è un accordo o una convenzione diversa dal contratto¹⁸.

I soggetti contraenti, oltre ad essere dello stesso sesso, devono essere maggiorenni e l'assenza anche di uno solo di questi due elementi rappresenta un impedimento insanabile all'unione. Lo stentoreo richiamo alla maggiore età ed il mancato richiamo all'art. 84 del c.c. consentono di affermare con sufficiente tranquillità che non è ammissibile l'ipotesi, di cui al 2° comma del richiamato articolo, che il Tribunale autorizzi un minore che abbia compiuto i sedici anni a costituire una unione civile, quindi non troveranno applicazione le norme sull'emancipazione (artt. 390-397 c.c.), l'art. 90 c.c. in materia di assistenza del minore nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali e l'art. 165 c.c. in materia di capacità del minore nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali¹⁹.

¹⁸ F. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova 2008, p. 811.

¹⁹ Così in Segnalazione Novità Normative dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, M. L. CENNI, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *CNN notizie*, del 20 giugno

Non devono inoltre esistere le cause impeditive previste dal comma 4, la cui presenza comporta la nullità dell'unione civile.

Il procedimento di costituzione, registrazione negli atti dello stato civile e conseguente certificazione dell'unione civile risulta dalla lettura combinata dei commi 2, 3 e 9 dell'articolo unico della legge.

La costituzione dell'unione civile avviene mediante dichiarazione davanti all'ufficiale di Stato Civile ed alla presenza di due testimoni (comma 2), in maniera parzialmente analoga a quanto avviene nel matrimonio secondo le previsioni degli artt. 106 e 107 c.c. Il momento iniziale del rapporto nascente dall'unione civile si discosta da quello a fondamento del matrimonio quanto alla fase precedente la celebrazione del matrimonio, poiché non sono previsti adempimenti analoghi alle formalità preliminari del matrimonio (le c.d. pubblicazioni) e non trovano quindi applicazione gli articoli da 102 a 104 del c.c. in materia di opposizioni al matrimonio. Per l'unione civile ai commi da 6 a 8 dell'articolo unico della legge sono previste le ipotesi di impugnazione dell'unione. Quindi l'Ufficiale dello Stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile nell'archivio dello stato civile (comma 3) ed il procedimento costitutivo si conclude con la certificazione dell'unione civile, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e alla residenza dei testimoni.

Con Decreto Del Presidente Del Consiglio Dei Ministri 23 Luglio 2016, n. 144²⁰, contenente disposizioni transitorie e la cui emanazione era peraltro prevista dal comma 34 della legge, sono stati regolati nel dettaglio i termini della richiesta di costituzione dell'unione civile ed i corrispondenti doveri dell'Ufficiale dello Stato civile, le verifiche che egli dovrà effettuare circa le dichiarazioni delle parti nella richiesta, le modalità in concreto per la costituzione dell'unione e la registrazione degli atti nell'archivio dello stato civile, la dichiarazione di scelta del regime patrimoniale della separazione dei beni ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge, gli effetti della mancata comparizione, senza giustificato motivo, di una o di entrambe le parti nel giorno indicato nell'invito a presentarsi per l'unione, la scelta del cognome comune. Il regolamento interviene anche a stabilire le modalità di costituzione dell'unione a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi e di scioglimento dell'unione civile per accordo delle parti²¹.

2016.

²⁰ Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (16G00156) (*GU Serie Generale n. 175 del 28-7-2016*).

²¹ Gli ultimi articoli del Regolamento disciplinano aspetti pratici e burocratici dell'unione civile, come il contenuto del documento attestante la costituzione dell'unione, curandosi anche di fornire le formule che dovranno individuare nei documenti e atti in cui

Salvo diverse precisazioni ad opera dei regolamenti di cui al comma 28, lettera a), l'opponibilità ai terzi dei regimi patrimoniali dell'unione civile sarà data dal documento che certifica la costituzione dell'unione.

Il comma 4 della legge prevede le "cause impeditive" per la costituzione dell'unione civile ricalcando con i necessari adattamenti e richiamando le disposizioni degli articoli da 85 a 88 del c.c. per il matrimonio. Esse si sostanziano nella mancanza di libertà di stato, che va riferita anche ad una precedente unione civile e, perciò, il comma 32 della legge modifica l'art. 86 del c.c. aggiungendo appunto anche l'unione civile fra le cause che escludono la libertà di stato; nell'interdizione di una delle parti; nelle situazioni incestuose; nell'ipotesi dell'omicidio consumato o tentato già prevista dall'art. 88 c.c.

La conseguenza di una causa impeditiva è la nullità dell'unione (comma 5) che può quindi essere impugnata secondo la previsione del comma 6 della legge²².

Le altre cause di impugnazione dell'unione civile sono previste nei successivi commi 7 ed 8 e disciplinate in maniera sostanzialmente derivata dagli articoli 122 (violenza ed errore) e 124 del c.c. in materia di nullità del matrimonio; pertanto anche in assenza dell'espressa previsione si ritiene che tali cause di impugnazione siano causa della loro nullità.

Il cognome che gli uniti civilmente adotteranno è regolato in maniera innovativa rispetto al matrimonio in quanto il comma 10 stabilisce che i soggetti contraenti l'unione possono dichiarare all'ufficiale di stato civile di voler adottare un cognome comune scegliendolo fra i loro cognomi, oppure di voler formare il cognome anteposando o posponendo al cognome comune il proprio cognome se diverso. Sono evidenti le diversità rispetto all'art. 143-*bis* c.c. che disciplina il cognome nel matrimonio²³.

è prevista l'indicazione dello stato civile le parti dell'unione civile («unito civilmente» o «unita civilmente»), le modalità di trascrizione negli archivi dello stato civile delle unioni civili costituite all'estero secondo la legge italiana davanti al capo dell'ufficio consolare e la previsione del nulla osta all'unione civile per lo straniero che voglia contrarla in Italia. Prevedono anche alcune disposizioni transitorie in attesa dei decreti legislativi di cui all'articolo 1, comma 28, lettera a), della legge ai fini della trascrizione nel registro provvisorio di cui all'articolo 9 degli atti di matrimonio o di unione civile tra persone dello stesso sesso formati all'estero. L'istituzione del registro provvisorio è prevista presso ciascun comune.

²² «La mancata applicazione alle unioni civili di tutta la fase relativa alle pubblicazioni, e relative opposizioni, presente nel matrimonio può più facilmente portare ad una unione civile registrata e certificata ma nulla per l'esistenza di una causa impeditiva non rilevata e la cui nullità andrà dichiarata a seguito dell'impugnazione prevista dalla legge. Così in M. L. CENNI, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *CNN notizie*, del 20 giugno 2016, dove si manifesta anche la preoccupazione per le comunioni legali dei beni nel frattempo instauratesi.

²³ Anche sull'aspetto del cognome si sono appuntate le preoc-

5. Diritti, doveri e normativa applicabile

L'art. 143 del c.c., contenente la disciplina dei diritti e dei doveri reciproci dei coniugi, è sostanzialmente riprodotto nel comma 11 della legge sulle unioni civili.

È qui ritroviamo il secondo punto qualificante in minus lo status di unito civilmente, ossia l'assenza dell'obbligo di fedeltà.

Come *ex art.* 143 c.c. per il matrimonio, entrambe le parti dell'unione civile sono tenute "ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni.". Quindi abbiamo un identico obbligo caratterizzato dalla proporzionalità ed inderogabilità; allo stesso modo i commi 12 e 13 della legge riproducono rispettivamente l'art. 144 c.c. quanto all'indirizzo della vita familiare e alla residenza comune, e richiamano quale regime patrimoniale legale dell'unione civile la comunione e le disposizioni del Libro Primo del codice civile in materia di regimi patrimoniali coniugali. In argomento, dal comma 19, sono inoltre estesi alle unioni civili l'art. 2647 c.c. (in materia di trascrizione del fondo patrimoniale, delle convenzioni matrimoniali, dello scioglimento della comunione legale e degli atti di acquisto di beni personali), l'art. 2653, primo comma n. 4, c.c. in materia di trascrizione delle domande giudiziali di scioglimento della comunione dei beni e l'art. 2659 c.c. che disciplina la nota di trascrizione, per tutto ciò che riguarda il regime patrimoniale e i dati delle parti.

I commi dal 14 al 19 prevedono l'estensione dei provvedimenti relativi al c.d. ordine di protezione di cui all'art. 342-*ter* c.c.; la preferenza del giudice nella scelta dell'amministratore di sostegno, ove possibile, per la parte dell'unione civile e la possibilità che anche la parte dell'unione civile possa promuovere l'interdizione e l'inabilitazione; l'estensione anche all'unione civile della previsione dell'art. 1436 c.c. (violenza diretta contro terzi) in materia di annullamento del contratto per violenza che riguarda la persona o i beni dell'altra parte dell'unione civile, del diritto di ricevere le indennità derivanti dal rapporto di lavoro a seguito della morte dell'altra parte, di tutte le norme in materia di alimenti (artt. da 433 a 448-*bis* c.c.).

In materia di alimenti nasce un primo importante dubbio interpretativo che allo stato la legge non risolve. Essa infatti, nel comma 20 della legge in commento che prevede un adeguamento lessicale automatico in tutte le leggi, atti aventi forza di legge, regolamenti, atti amministrativi e contratti collettivi, con espres-

cupazioni dei notai «in quanto nelle unioni civili potremo avere una pluralità di scelte per il cognome dell'unione civile compresa la possibilità per una delle parti di "mutare" il proprio cognome assumendo quello dell'altra parte», con tutte le conseguenze del caso "per l'esatta identificazione negli atti dei soggetti che siano parti di unioni civili ed anche per eventuali valutazioni relative alle attività ed adempimenti conseguenti agli atti ricevuti».

sa esclusione però delle norme del codice civile non espressamente richiamate, non fa riferimento alcuno all'art. 78 c.c. sull'affinità, che risulterebbe quindi esclusa nelle unioni civili.

I regimi patrimoniali dell'unione sono regolati in maniera conforme a quanto previsto per il matrimonio e ragionevolmente non avrebbe potuto essere diversamente: subito dopo la tutela degli affetti e della loro dignità, la ragione immediatamente più importante della legge è la tutela dei rapporti patrimoniali tra le persone unite civilmente (tutti siamo rimasti colpiti dalle vicende patrimoniali successive alla morte di Lucio Dalla). Quindi il regime ordinario dell'unione civile, in assenza di diversa convenzione, è la comunione legale dei beni.

Non vi è un espresso richiamo all'art. 160 c.c., ma il suo contenuto è pedissequamente riportato nel comma 13 della legge, quindi anche per le unioni civili sussiste l'inderogabilità dei diritti e dei doveri previsti dalla legge, nello specifico dal comma 11.

Le convenzioni matrimoniali modificative del regime legale sono disciplinate in materia di forma, modifica, simulazione e capacità mediante il richiamo agli articoli 162 (forma delle convenzioni matrimoniali), 163 (modifica delle convenzioni), 164 (simulazione delle convenzioni) e 166 (capacità dell'inabilitato) del c.c. È invece escluso il richiamo all'art. 165 c.c. poiché, come abbiamo visto, uno dei requisiti essenziali per la validità dell'unione civile è la maggiore età, ma anche agli articoli 160, 161 e 166-*bis* del c.c., i quali si ritengono tuttavia applicabili come limiti generali all'autonomia negoziale delle parti nella stipulazione di convenzioni patrimoniali in quanto il divieto dell'art. 160 è testualmente riprodotto nella legge e le altre norme ne sono corollario.

Le norme codicistiche in tema di convenzioni patrimoniali sono nel complesso testualmente richiamate e va da sé che esse entrano nella regolamentazione dell'unione civile con lo stesso bagaglio interpretativo giurisprudenziale che le ha accompagnate nel matrimonio²⁴.

L'opponibilità ai terzi dei regimi patrimoniali dell'unione è legata all'atto di costituzione dell'unione civile estratto dai registri dello stato civile, al quale il regime patrimoniale diverso dalla comunione legale dovrà essere annotato. In assenza di annotazioni, come per il matrimonio, il regime patrimoniale degli uniti civilmente sarà appunto quello della comunione legale dei beni.

Esiste in argomento una particolarità rispetto alla quale occorre prestare particolare attenzione. È il caso della rettifica anagrafica di sesso di una delle parti.

²⁴ Sono infatti espressamente richiamati gli artt. da 167 a 171 c.c. in materia di fondo patrimoniale, da 177 a 197 c.c. che disciplinano la comunione legale, 210 e 211 c.c. che disciplinano la comunione convenzionale, da 215 a 219 c.c. in materia di separazione dei beni, 230-*bis* c.c. che disciplina l'impresa familiare.

In tal caso, quando i coniugi manifestino la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti, è infatti possibile il passaggio automatico dallo stato coniugale all'unione civile (comma 27 della legge) e le parti, in assenza di modifiche convenzionali sempre possibili, trattandosi di fattispecie automatica senza soluzione di continuità, saranno accompagnate dal regime patrimoniale iniziale adottato al momento del matrimonio.

Più semplice, rispetto al matrimonio, è la determinazione del momento in cui cessano gli effetti dei regimi patrimoniali adottati dagli uniti civilmente, ciò in quanto manca la fase nebulosa della separazione personale dei coniugi. Vi sarà pertanto perfetta coincidenza temporale tra scioglimento dell'unione e cessazione del regime patrimoniale adottato²⁵.

Lo scioglimento dell'unione civile va trascritto sia a margine dell'atto di costituzione dell'unione sia a margine dell'atto di nascita del soggetto interessato unitamente anche alle eventuali variazioni del cognome.

6. L'adozione

L'adozione è stato l'ostacolo al quale l'iter parlamentare della legge è rimasto ancorato per molto tempo e la cui esclusione soltanto ha consentito l'approvazione della legge. La questione in termini pratici era la possibilità per gli uniti civilmente di adottare il figlio minore di uno dei due, applicandosi l'art. 44, comma 1 lett. b della l. 184/1983. Tale norma prevede una forma particolare di adozione con effetti non legittimanti di minori che non siano stati dichiarati in stato di adottabilità, ossia non in stato di abbandono. Le ipotesi di legge sono quattro: l'adozione da parte di persone unite al minore stesso da vincoli di parentela, l'adozione da parte del coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge, l'adozione del minore handicappato ed orfano di padre e di madre, l'adozione del minore nei casi di impossibilità di affidamento preadottivo²⁶.

La norma che faceva parte della legge prevedeva l'adozione da parte del coniuge o della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso nel caso in

²⁵ Quindi il riferimento temporale sarà collegato alla morte di una delle parti, al passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia la dichiarazione di morte presunta di una delle parti, al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso, al passaggio in giudicato della sentenza di scioglimento dell'unione civile, pronunciata a seguito di apposita domanda, e successiva annotazione della sentenza stessa ai sensi dell'art. 10 della legge n. 898/1970 alla quale consegue l'efficacia a tutti gli effetti civili dello scioglimento, all'esito della convenzione di negoziazione assistita, munita di nulla osta del procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, da annotare per l'opponibilità ai terzi nei registri dello Stato Civile, all'accordo di scioglimento dell'unione civile concluso innanzi al sindaco, da annotare per l'opponibilità ai terzi nei registri dello Stato Civile.

²⁶ Per una migliore descrizione delle ipotesi normative di adozione v. G. SPADARO - L. DELL'OSTA, *Unioni Civili e convivenze: tutte le novità*, in *Officina del Diritto*, 2016, p. 37.

cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Essa, per le ragioni a tutti note dalla cronaca, essenzialmente consistenti nell'accusa di incentivare il ricorso al c.d. utero in affitto, è stata espunta dal testo approvato, ma con una clausola che non mancherà di creare problematiche infinite. In calce al comma 20 si è stabilito infatti che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". In sostanza, come è stato detto²⁷, non si è fatta la norma, ma si è lasciato il compito di scegliere alla magistratura, con la conseguenza che fiorirà una giurisprudenza contrastante a seconda delle diverse sensibilità, ma anche che nascerà la tendenza per le coppie determinate all'adozione a portare la residenza in aree di competenza dei Tribunali per i minorenni favorevoli alla stessa²⁸. In realtà forse il legislatore ha ritenuto che l'argomento non fosse disciplinabile in via astratta ed ha ritenuto perciò conveniente affidare alla magistratura a mezzo di una porta aperta la valutazione del singolo caso. In linea di principio, salva la negatività di un atteggiamento sicuramente pilatesco, l'idea del legislatore di addossare la responsabilità delle decisioni alla magistratura (cosa che in sé ha un peso per la collettività in termini di costi e di efficienza della giustizia), può condividersi nella misura in cui appare evidente l'importanza del caso concreto, la doverosità di valutare nei fatti quale sia l'interesse del minore, la necessità di verifica delle caratteristiche dei soggetti coinvolti per accertare la loro idoneità alle funzioni genitoriali. Ciò non toglie che, proprio per la congerie di questioni giurisprudenziali che potrebbero affollare i Tribunali per i minorenni, per la spinta proveniente dalle legislazioni straniere, tra le quali alcune a noi vicine (per es. Inghilterra, Spagna, Francia e Germania), che l'adozione da parte di coppie omosessuali spesso ammettono, per le istanze sempre più pressanti che sicuramente saranno avanzate dagli uniti civilmente in forza del riconoscimento legislativo al vincolo che li lega, in un prossimo futuro il legislatore si debba preoccupare di dare delle risposte, cosa sicuramente non facile in bilico tra tutela dei minori e riconoscimento del diritto ad essere genitori. Anche perché il diritto

²⁷ G. SPADARO - L. DELL'OSTA., *Unioni Civili e convivenze: tutte le novità*, in *Officina del Diritto*, 2016, p. 38.

²⁸ A favore si è pronunziato il Tribunale per i minorenni di Roma con Sentenza 30 luglio 2014, n. 299, confermata dalla Corte di Appello di Roma con Sentenza 23 dicembre 2015; la vicenda riguardava due donne omosessuali che in Spagna avevano fatto ricorso alla procreazione assistita ed avevano allevato una bambina. Le motivazioni del Tribunale sono guidate dalla valutazione del preminente interesse del minore. Nel senso dell'ammissibilità anche la Corte di Appello di Torino con Sentenza 29 ottobre 2014, la Corte di Appello di Milano con Sentenza 1 dicembre 2015 n. 2543 e la Corte di Appello di Napoli con Sentenza 30 marzo 2016, tutte relative al riconoscimento di adozioni effettuate da coppie omosessuali in altri Paesi.

ad essere genitori si scontra con il limite biologico ed etico ad esserlo che probabilmente non resta identico nel tempo, ma che sicuramente è ancora tale da non consentire la genitorialità ad ogni costo.

7. Diritti successori

Come si è più volte detto il legislatore ha operato con uno slalom continuo, volto a garantire molte delle tutele proprie dell'istituto matrimonio alle unioni civili, evitando però, per le esposte ragioni di legittimità costituzionale, di affermarne l'equiparazione. In materia successoria sono numerosi i richiami a norme del codice civile prima applicabili al solo matrimonio. Il comma 21 della legge prevede il rinvio espresso agli articoli da 463 a 466 (dell'indegnità), da 536 a 564 (Dei legittimari – dei diritti riservati ai legittimari – della reintegrazione della quota riservata ai legittimari), da 565 a 586 (Delle successioni legittime), da 737 a 751 (Della collazione) e da 768-*bis* a 768-*octies* (Del patto di famiglia). Conseguentemente ogni riferimento al coniuge contenute in queste norme dovrà essere esteso alla parte dell'unione civile.

Oggi, quindi, l'ordine dei successibili nelle successioni legittime fissato dall'art. 565 c.c. deve essere integrato inserendo, laddove ne ricorra la circostanza, in luogo del coniuge, la parte dell'unione civile²⁹. Devono parimenti essere lette con la medesima integrazione tutte le regole che presidono al concorso tra successibili (artt. 581 e ss. c.c.).

²⁹ L'attuale quadro successorio in assenza di testamento è il seguente:

SE IL DEFUNTO LASCIA	QUOTA	QUOTA DI RISERVA	QUOTA DISPONIBILE
Solo Coniuge/ Parte Unione	intera eredità	1/2	1/2
Solo Figlio	intera eredità	1/2	1/2
Coniuge/Parte Unione e un Figlio	1/2 coniuge o parte unione 1/2 figlio	1/3 ciascuno	1/3
Coniuge/Parte Unione e più Figli	1/3 coniuge o parte unione 2/3 figli	1/4 coniuge o parte unione 2/4 figli	1/4
Coniuge/Parte Unione e Ascen- denti	2/3 coniuge o parte unione 1/3 ascen- denti	1/2 coniuge o parte unione 1/4 ascendenti	1/4
Solo Ascendenti	Intera eredità 1/2 ascendenti in linea ma- terna 1/2 ascendenti in linea paterna (se però gli ascendenti non sono di eguale grado, l'eredità è devoluta al più vicino senza distinzione di linea)	1/3	2/3
Coniuge o Parte unione e Ascen- denti o Fratelli/ Sorelle	2/3 coniuge o parte unione 1/3 ascen- denti o fratelli/sorelle	1/2 coniuge 1/4 ascendenti	1/4 se con ascen- denti 1/2 senza ascendenti
Coniuge o Parte unione e Ascen- denti e Fratelli/ Sorelle	2/3 coniuge o parte unione 1/3 ascen- denti e fratelli/sorelle per capi (salvo in ogni caso agli ascendenti il diritto a un quarto dell'eredità)	1/2 coniuge 1/4 ascendenti	1/4
Solo Fratelli/ Sorelle	Intera eredità in parti uguali (i fratelli e le sorelle unilaterali conseguono però la metà della quota che conseguono i germani)		4/4
Ascendenti e fratelli/sorelle	Intera eredità per capi (purché in nessun caso la quota, in cui succedono i genito- ri o uno di essi, sia minore della metà)	1/4 ascendenti	3/4
Altri parenti sino al VI grado	la successione si devolve a favore del parente o dei parenti più prossimi, senza distinzione di linea		4/4

Identica integrazione riguarda:

- la categoria dei legittimari ed i diritti riservati ai legittimari (artt. 536-564 c.c.), osservandosi però che l'art. 585 c.c. (successione del coniuge separato), sebbene richiamato, non può trovare applicazione non esistendo nel rapporto generato dall'unione civile una fase di separazione;
- la disciplina sull'indegnità che vedrà perciò incluso tra i soggetti indegni a succedere ai sensi dell'art. 463 c.c. «chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o la parte dell'unione civile», «chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio», chi ha denunciato una di tali persone per reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni ovvero ha testimoniato contro le persone medesime imputate dei predetti reati»;
- la disciplina della collazione (artt. 737-751 c.c.) quanto ai soggetti tenuti alla collazione, ai limiti della collazione per il coniuge, e quindi per la parte dell'unione civile, alle donazioni ai discendenti o al coniuge dell'erede, e quindi alla parte dell'unione civile con l'erede, alle donazioni a coniugi o alle parti dell'unione civile che non sono soggette a collazione;
- la disciplina del patto di famiglia, contratto finalizzato a regolare il passaggio generazionale dell'impresa, con il quale, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti, disciplina che deve essere integrata per quanto concerne i soggetti partecipanti al patto anche con la parte dell'unione civile.

È stato rilevato³⁰ il mancato richiamo a norme o blocchi di norme, strumentali e funzionali a quelle richiamate in materia successoria, come per esempio le disposizioni generali contenute negli artt. da 456 a 461 c.c.; le norme in materia di rappresentazione; le norme in materia di accettazione di eredità, le norme dettate per la rinuncia all'eredità; le norme in materia di eredità giacente e di petizione di eredità; le norme in materia di divisione e di pagamento dei debiti ereditari. Non sono espressamente richiamati neanche l'art. 692 (sostituzione fedecommissaria) e l'art. 599 (persone interposte), né altre norme che logicamente non possono non avere come logica implicita integrazione il riferimento alla parte dell'unione civile. Alla mancanza di integrazione espressa sopperisce in ogni caso il già citato comma 20, ai sensi del quale «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le

disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»; quindi debbono ritenersi, ad esempio applicabili gli articoli 2118 e 2120 c.c., per i quali l'indennità di preavviso e l'indennità di fine rapporto, in caso di morte del lavoratore, sono corrisposte al coniuge; l'articolo 12-*bis* della l. 898/1970, per il quale anche la parte dell'unione civile avrà diritto al trattamento di fine rapporto (TFR) spettante all'altra parte al momento della cessazione del rapporto di lavoro, nella stessa misura in cui esso attualmente è riconosciuto all'*ex* coniuge divorziato e non risposato, titolare di assegno divorzile. Il diritto all'ottenimento della reversibilità della pensione secondo la normativa attualmente in vigore a vantaggio del coniuge spetterà anche alla parte dell'unione civile.

L'entrata in vigore della legge (4 giugno 2016) avrà anche un effetto dirompente sulle vicende successorie che avranno inizio a seguito del diffondersi delle unioni civili. I figli, che fino ad oggi non avevano concorrenti nella successione ereditaria del padre e della madre, vedranno comparire un nuovo legittimario nella persona della parte dell'unione civile.

Da oggi in poi per i professionisti (e principalmente per i notai che della materia successoria sono tra i principali attori) sarà quindi necessario accertarsi ancora con maggior attenzione dei rapporti familiari del *de cuius* che generano diritti di legittima, poiché l'esistenza di un'unione civile, al pari del rapporto di coniugio, attribuisce al compagno superstite diritti successori ed anche il diritto di uso e abitazione sulla casa del defunto di cui all'art. 540 c.c.

8. Lo scioglimento dell'unione civile

I commi da 22 a 27 prevedono le cause di scioglimento dell'unione civile richiamando molte delle disposizioni dettate per il divorzio (art. 3 della legge sul divorzio ed in particolare i casi previsti dall'articolo 3, nn. 1) e 2), lett. a), c), d) ed e), della l. 1 dicembre 1970, n. 898).

L'unione civile si scioglie per morte o dichiarazione di morte presunta di una delle parti (comma 22), a seguito della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di una delle parti (comma 26), in molte delle ipotesi in cui può essere chiesto il divorzio (comma 23) secondo il richiamo alla legge in materia. Sono invece ovviamente non richiamate tutte le ipotesi di cessazione degli effetti civili del matrimonio conseguenti alla fase della separazione tra coniugi e non sono previste le ipotesi del matrimonio non consumato, né quella del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 14 aprile 1982, n. 164, quest'ultima regolata

³⁰ M. L. CENNI, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *CNN notizie* del 20 giugno 2016.

in via autonoma dai commi 26 e 27 della nuova legge. Infine l'unione civile si scioglie quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento con dichiarazione innanzi all'ufficiale dello Stato civile alla quale segue la domanda di scioglimento dell'unione da proporsi entro tre mesi (comma 24).

Il legislatore sembra essere stato animato dal desiderio di rendere pressochè istantaneo lo scioglimento del vincolo interpersonale esistente tra gli uniti civilmente, escludendo, come più volte precisato, la fase della separazione ed estendendo alle unioni civili gran parte delle norme sul divorzio e le discipline acceleratorie dello scioglimento del matrimonio di cui agli artt. 6 (negoziato assistito) e 12 (procedura semplificata davanti al sindaco quale ufficiale dello stato civile) di cui al D. L. 12 settembre 2014 n. 132 convertito con legge 10 novembre 2014 n. 162³¹.

La norma di chiusura del comma 20, ai sensi del quale «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso», con esclusione però delle norme del codice civile e della L. 4 maggio 1983 n. 184, in materia di adozione ed affidamento dei minori, sarà probabilmente la breccia attraverso la quale passeranno moltissime delle questioni interpretative che ci aspettano nel futuro prossimo.

9. La delega al Governo per l'ulteriore regolamentazione dell'unione civile

Il cammino della legge in termini tecnico attuativi è ancora lungo. Il comma 28 prevede infatti la delega al Governo per l'emanazione dei regolamenti

³¹ Più tecnicamente può dirsi, nelle ipotesi dipendenti dalla volontà delle parti, che l'unione civile si scioglie:

- a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, con la precisazione che gli effetti della stessa decorreranno dal giorno dell'annotazione della sentenza a margine dell'atto di matrimonio;
- a seguito di convenzione di negoziazione assistita, munita di nulla osta del procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, e da annotare nei registri dello Stato Civile ai sensi del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, artt. 49, comma 1, lettera g-bis (annotazione nell'atto di nascita), 63, comma 2, lettera h-bis (trascrizione nell'atto di matrimonio) e 69, comma 1, lettera d-bis (annotazione nell'atto di matrimonio);
- a seguito di accordo concluso innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile a norma dell'articolo 1 del richiamato d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, del comune di residenza di una delle parti o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio (unione civile), e da annotare nei registri dello Stato Civile ai sensi degli del medesimo d.P.R. 396/2000, artt. 49, comma 1, lettera g-ter (annotazione nell'atto di nascita), 63, comma 2, lettera h-ter (trascrizione nell'atto di matrimonio) e 69, comma 1, lettera d-ter (annotazione nell'atto di matrimonio).

necessari. La delega, che ha quale termine il 5 dicembre ossia i sei mesi dall'entrata in vigore, ha tre filoni: l'adeguamento alle previsioni della legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni ed annotazioni; la modifica ed il riordino delle norme in materia di diritto privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo; la modifica e le integrazioni normative per il necessario coordinamento con la legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge e nei regolamenti e decreti. La legge dà anche indicazioni sui tempi e sui Ministri coinvolti nell'iter che porterà all'emanazione dei regolamenti. Il comma 34 imponeva anche l'emanazione di disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile. A tale urgente necessità, poiché dalle norme transitorie dipendeva l'effettiva possibilità di celebrare unioni civili, si è ottemperato con il d.P.C.M. 23 Luglio 2016, n. 144 (Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76), di cui si è già detto. È recentissima la celebrazione della prima unione civile in Campania, a Pomigliano D'Arco, alla presenza dell'on. Cirinnà, prima firmataria della legge.

Il lavoro che attende il governo sul piano dei regolamenti richiederà un forte impegno, in quanto dovrà tenere conto delle questioni sollevate in passato a seguito della Circolare del Ministero dell'Interno 7 ottobre 2014 prot. n. 10863, con la quale si era sancita l'intrascrivibilità in Italia dei matrimoni omosessuali e sulla quale si erano scontrati Sindaci, Prefetture, Tribunali Amministrativi Regionali, Consiglio di Stato e Magistratura Ordinaria³². Si tratterà di predisporre il recepimento di tutte le unioni omosessuali contratte all'estero, comunque denominate e regolate nei Paesi di origine, sulla base del principio indiscutibile che tutti i rapporti tra persone dello stesso sesso contratti all'estero debbano essere riconosciuti in Italia quali unioni civili regolate dalla legge in materia, senza eccezione alcuna. Il legislatore delegato dovrà quindi anche intervenire sulle norme che regolano nel nostro ordinamento il diritto internazionale privato (capo IV del titolo III della L. 31 maggio 1995 n. 218 rubricato rapporti di famiglia).

10. La convivenza di fatto

La convivenza diviene giuridicamente rilevante quando due persone maggiorenni (tra loro non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da

³² Per un breve resoconto v. G. SPADARO - L. DELL'OSTA, *Unioni Civili e convivenze: tutte le novità*, in *Officina del Diritto*, 2016, pp. 50-51.

matrimonio o da un'unione civile), unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, coabitano ed hanno dimora abituale nello stesso comune (e cioè *ex art. 4 del d.P.R. 223/1989* compaiano nel medesimo certificato di stato di famiglia)³³. Il fenomeno della famiglia di fatto ha negli ultimi decenni acquisito caratteri talmente macroscopici, peraltro spesso all'attenzione della giurisprudenza, da far senz'altro plaudire all'intervento legislativo³⁴.

La nuova legge introduce un primo nucleo di tutele con i commi da 36 a 49 legate alla persona dei conviventi, al quale si aggiunge con i commi da 50 a 63 la possibilità di regolare i rapporti patrimoniali con un contratto tipico definito contratto di convivenza.

11. Diritti dei conviventi di fatto

La nuova legge ribadisce l'irrelevanza della convivenza per ciò che concerne i rapporti personali tra i conviventi, ma trova naturalmente ragion d'essere nel riconoscimento a tale situazione di fatto di una serie di diritti relativi sia alla tutela della persona (ad esempio in materia ospedaliera) sia a quella patrimoniale (ad esempio il diritto a partecipare ad un'impresa familiare).

In ambito successorio, rispetto alle disposizioni dettate per le unioni civili, è nettamente diversa la situazione della convivenza di fatto, della quale il legislatore ha coerentemente stabilito l'irrelevanza sotto il profilo dell'ordine dei successibili. I diritti derivanti dalla morte di uno dei conviventi contemplati dalla l. 76/2016 sono perciò limitati da un lato ad un ristretto, sotto il profilo temporale, godimento della casa fa-

miliare e dall'altro al diritto all'indennità spettante in dipendenza della morte causata da fatto illecito. Ma vediamo nello specifico.

Quanto alla casa di abitazione possono presentarsi due diverse situazioni, a seconda che la casa sia di proprietà del convivente deceduto o fosse nel suo godimento in forza di un contratto di locazione.

In questo secondo caso molto semplicemente è prevista per il convivente superstite la facoltà di succedere al conduttore nel contratto di locazione della casa di comune residenza.

Più articolata l'ipotesi in cui il convivente deceduto sia proprietario della casa di abitazione.

Se il convivente superstite è solo ha diritto di continuare ad abitare nella casa per due anni dalla morte o per un periodo pari alla convivenza, se superiore, e comunque non oltre i cinque anni. La durata minima del diritto è aumentata a tre anni quando con il convivente superstite coabitino suoi figli minori o suoi figli disabili. Quando invece la coppia convivente abbia suoi figli minori l'assegnazione della casa familiare è regolata dall'art. 337-*sexies* c.c., applicabile quindi anche nel loro caso per l'assegnazione della casa familiare. Il diritto viene comunque meno nel caso in cui il convivente superstite smetta di abitare stabilmente nella casa di comune residenza oppure contragga matrimonio, unione civile o intraprenda una nuova convivenza di fatto.

Come detto innanzi in caso di morte del convivente derivante da fatto illecito spetta al convivente superstite il diritto al risarcimento del danno, così come già riconosciuto per il coniuge.

Non essendovi altri richiami normativi la convivenza rimane, quindi, del tutto irrilevante sotto il profilo dell'ordine dei successibili e, più in generale, per altri diritti successori diversi da quelli indicati. Quindi, nessun diritto successorio spetta al convivente superstite senza il ricorso al testamento e comunque nel rispetto dei diritti dei legittimari del convivente defunto.

Dalla lettura complessiva dei commi della legge sulle convivenze si evince che il legislatore si è limitato per pochissimi essenziali aspetti a normare principi già consolidati in giurisprudenza. E' evidente che diversamente non avrebbe potuto essere, poiché caratteristica delle convivenze è appunto la scelta individuale di libertà assoluta nel rapporto interpersonale; si è semplicemente voluto, in conformità alla realtà emergente dalla giurisprudenza, offrire quel minimo di tutele della persona nei casi in cui una scelta di libertà, a causa del deteriorarsi di un rapporto, si trasforma, anche in termini drammatici, in una violazione dei doveri minimi tra esseri umani.

Proprio perché siamo di fronte ad una situazione di fatto gli atti anagrafici hanno la specifica utilità di consentirne l'accertamento e quindi permettere l'applicazione della nuova disciplina, con la conseguente

³³ Su questo aspetto è intervenuta di recente ed opportunamente la circolare del Ministero dell'Interno del 1 giugno 2016 n. 1328, la quale, premessa la definizione contenuta nel comma 36 e richiamato il comma 37 per l'accertamento della stabile convivenza, richiamati i successivi commi 52 e 59 per le registrazioni conseguenti i contratti di convivenza e la loro risoluzione, marca la differenza fra iscrizione delle convivenze di fatto, che dovrà essere eseguita secondo le procedure già previste e disciplinate dall'ordinamento anagrafico ed in particolare dagli artt. 4 e 13 del d.P.R. n. 223/1989, espressamente richiamati dal comma 37, e la registrazione del contratto di convivenza che costituisce invece un adempimento nuovo per l'opponibilità del contratto ai terzi. Il nuovo adempimento consistente nella registrazione del contratto di convivenza, e della sua risoluzione, si realizza con la tempestiva annotazione da parte dell'ufficiale di anagrafe del comune di residenza dei conviventi sia nella scheda di famiglia dei conviventi sia nelle schede individuali, della data e del luogo di stipula del contratto di convivenza, della data e degli estremi della comunicazione da parte del professionista che ha curato la redazione dello stesso; il medesimo ufficiale di anagrafe deve assicurare la conservazione agli atti dell'ufficio della copia del contratto. La stessa circolare contiene poi indicazioni circa la registrazione della risoluzione del contratto di convivenza.

³⁴ Per una sintesi delle problematiche legate alla diffusione della famiglia di fatto v. C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, n. 4/2016, pp. 341-342.

opponibilità ai terzi dei contratti di convivenza, loro modifiche e loro scioglimento.

L'esistenza o meno di un contratto di convivenza consente di individuare due tipologie di convivenza, quella assolutamente libera, ma comunque giuridicamente rilevante nei profili essenziali (commi da 38 a 49 della legge), e quella assoggettata, oltre che alle tutele minime di legge, anche alle regole prodotte dall'autonomia privata ed espresse in un nuovo contratto tipico, appunto denominato contratto di convivenza (commi 50 e ss.).

Sommariamente può dirsi che ai conviventi di fatto spettano:

- i diritti per il coniuge in base all'ordinamento penitenziario (comma 38);
- un reciproco diritto di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali in ambito sanitario analogamente a quanto già previsto per i coniugi e i familiari (comma 39);
- la facoltà di designare, in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità, alla presenza di un testimone, il convivente come rappresentante, con poteri pieni o limitati per l'assunzione di decisioni in materia di salute, anche in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere ovvero, in caso di morte, per le scelte relative alla donazione di organi e alle modalità delle esequie (commi 40 e 41);
- i diritti inerenti alla casa di abitazione ai quali si è già fatto riferimento (commi da 42 a 45);
- il diritto a succedere nel contratto di locazione della casa di comune residenza, prevedendo tale facoltà per il convivente di fatto in caso di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto (comma 44);
- il diritto all'inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, equiparando il rapporto di convivenza a quello di coniugio ai fini di eventuali titoli o cause di preferenza nella formazione delle graduatorie stesse (comma 45);
- i diritti del convivente nell'attività di impresa *ex art. 230-ter* (comma 46). La nuova disposizione riconosce al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa del partner il diritto di partecipazione agli utili commisurato al lavoro prestato. Tale diritto non sussiste qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato;
- le facoltà ampliate nell'ambito delle misure di protezione delle persone prive di autonomia (commi 47 e 48).
- i diritti pari a quelli del coniuge ai fini del risarcimento del danno da fatto illecito (comma 49);
- i diritti in materia di trattamento dei dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche, che dovrà avvenire nel rispetto del codice della privacy

ed in modo tale da non costituire elemento di discriminazione a carico delle parti del contratto di convivenza (comma 55);

- il diritto agli alimenti che deve essere stabilito dal giudice in presenza dei presupposti mutuati dall'art. 438 del codice civile (stato di bisogno e impossibilità di provvedere al proprio mantenimento), nella misura prevista dall'art. 438 c.c., e per un periodo proporzionato alla durata della convivenza (comma 65).

12. Obbligo alimentare.

Cessato il rapporto di convivenza l'unico obbligo a carico dei conviventi è quello degli alimenti in caso di bisogno e dell'impossibilità di provvedere al proprio mantenimento. La misura degli alimenti è quella prevista in generale dal secondo comma dell'art. 438 del c.c. La durata dell'obbligo è proporzionale alla durata della convivenza; lascia perplessi il criterio temporale della proporzionalità che lascia ampio spazio a contestazioni e che forse richiederebbe un chiarimento normativo. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'art. 433 c.c., l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza su fratelli e sorelle.

13. Domanda di interdizione ed inabilitazione

Il comma 47 della legge modifica l'articolo 712 del codice di procedura civile ed inserisce fra i soggetti che devono essere indicati nella domanda per l'interdizione o l'inabilitazione anche il convivente di fatto. Il successivo comma 48 riconosce al convivente di fatto la facoltà di essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno del partner dichiarato interdetto o inabilitato o che presenti i requisiti per l'amministrazione di sostegno.

14. Il contratto di convivenza

Il contratto di convivenza è il contratto con il quale i conviventi di fatto possono disciplinare in autonomia i loro rapporti patrimoniali (comma 50). La legge detta una disciplina di tale contratto sotto il profilo formale, contenutistico e di validità, proprio per rendere compiuta la previsione di un nuovo contratto tipico.

Gli atti che ne contengono la conclusione, le modifiche e la risoluzione (commi 51 e 60) devono essere redatti, a pena di nullità, in forma scritta, con atto pubblico o con scrittura privata autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico. La forma prescritta è prevista dalla legge a pena di nullità. Tuttavia l'intervento del notaio è imprescindibile quando il contratto coinvolga il trasferimento di diritti reali immobiliari, cioè a protezione dei registri immobiliari, al cui presidio i notai sono da sempre preposti. La competenza atipica stabilita dal comma

51 per la forma di autentica che affida la stessa anche a soggetti non pubblici ufficiali, e quindi al di fuori delle categorie soggettive previste dall'art. 2703 c.c., è una smagliatura che certamente non giova al nostro sistema privatistico. Ne scaturiranno infatti una serie di questioni relative ai requisiti formali dell'autentica, agli obblighi di deposito e di conservazione ed ai connessi obblighi di rilascio di copie, nonché alla loro efficacia. Ma emergeranno anche aspetti legati alla concorrenza tra categorie professionali connotate in maniera alquanto differenziata. Il notaio è pubblico ufficiale espressamente previsto dall'art. 2703 c.c., con obblighi di redazione, conservazione degli atti e rilascio delle copie previsti e disciplinati dalla legge notarile, ed ha quale primario ed inderogabile obbligo professionale di assicurare la conformità degli atti che riceve od autentica alle norme imperative e all'ordine pubblico senza avere, per la sua stessa natura, obblighi di attestazione. Sarà quindi opportuno stabilire la fisionomia di tale autentica atipica e "minore", i suoi limiti e le regole di utilizzabilità.

Ai fini dell'opponibilità ai terzi è prevista la trasmissione, da parte del professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto, di copia del contratto medesimo al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli artt. 5 e 7 del d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223 (Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente). Poiché le parti possono anche prevedere e regolare regimi patrimoniali generali lascia perplessi il fatto che si sia affidata a certificazioni anagrafiche l'efficacia di pubblicità dichiarativa che è tipica invece degli atti dello stato civile, ai quali, finora, l'opponibilità ai terzi delle convenzioni patrimoniali era stata affidata (artt. 162 e 163 c.c. per le convenzioni matrimoniali e comma 13 della legge per le unioni civili)³⁵.

Ma quale contenuto deve o può avere il contratto di convivenza? La legge (comma 53 e non solo) non si diffonde in maniera particolare sull'argomento.

Poiché esiste la possibilità del recesso unilaterale e di comunicazioni inerenti il contratto in genere, una prima indicazione necessaria è quella del domicilio di ciascuna parte per le notifiche. È invece solo possibile l'indicazione della residenza, anche se normalmente una residenza comune preesiste come elemento sul quale si fonda la c.d. famiglia anagrafica.

Il primo elemento di rilievo del contenuto del contratto è la determinazione delle modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in proporzione alle sostanze di ciascuno e alla capacità

di lavoro professionale e casalingo. È obbligo assolutamente corrispondente a quello previsto come inderogabile nel matrimonio e nelle unioni civili, ma ovviamente, nelle convivenze, dove la minore vincolatività del rapporto è voluta, è possibile assumerlo ed imporlo solo in attuazione dell'autonomia negoziale delle parti. Proprio per questo sembra legittimo che le parti lo regolino anche in deroga al modello normativo, e quindi per esempio in misura non proporzionale alle possibilità di ciascuno, non però sottoponendolo a termine o condizione. Versandosi nel campo degli affetti l'efficacia o la durata di tale contratto non sono nella disponibilità dell'autonomia negoziale delle parti, tant'è vero che la legge prevede una sola particolare ipotesi in cui gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi al comma 58 e tassativamente le cause di risoluzione del contratto al comma 59. È possibile che nel contratto si inserisca il rinvio alla disciplina della comunione legale, per la quale il comma 53 lettera c) della legge fa esplicito rinvio agli articoli da 177 a 197 c.c. Qualunque regime venga adottato è comunque suscettibile di modifica in qualunque momento della convivenza con altro contratto concluso con le medesime forme prescritte per il contratto iniziale.

Il quadro dei regimi patrimoniali nelle convivenze è assolutamente coerente con la libertà che si è scelto di avere non giungendo al matrimonio o all'unione civile. Quindi in assenza di contratto con il quale si adotti il modello della comunione legale è evidente che il regime degli acquisti dei beni, della loro appartenenza e della loro amministrazione, è quello ordinario di diritto comune, in sostanza quello della separazione dei beni.

Questo significa che da oggi anche per il soggetto c.d. di stato libero, perché non sposato o unito civilmente, si imporrà un'attenta verifica, attraverso i certificati anagrafici e la c.d. scheda di famiglia, cioè il certificato di stato di famiglia e le schede individuali dei conviventi, per accertare lo stato patrimoniale della persona, ovvero l'inesistenza di contratti di convivenza che prevedano deroghe al regime ordinario della separazione dei beni.

Il regime di comunione legale dei beni, se instaurato con il contratto di convivenza, sebbene di fonte contrattuale, avrà gli stessi effetti di quello legalmente previsto per il matrimonio e per l'unione civile, quindi principalmente si produrrà l'automaticità degli acquisti per il convivente non costituito in atto. Anche qui è sconcertante che una deroga così forte alle regole ordinarie sugli acquisti e sugli effetti del contratto abbia fonte in un atto non solenne come le convenzioni matrimoniali, ma anche addirittura in una semplice scrittura privata autenticata (anche) da avvocato, quindi senza alcun obbligo di conservazione e rilascio di copia ed inoltre con l'opponibilità ai terzi affidata ad una iscrizione anagrafica. Sono molteplici le circostanze nelle quali si debba disporre di

³⁵ Così M. L. CENNI, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *CNN notizie*, del 20 giugno 2016. È infatti insoddisfacente la mancanza di organicità nel rendere diversa pubblicità a negozi portatori di contenuti identici a seconda che il negozio sia concluso nel matrimonio e nell'unione civile o nella convivenza, con i conseguenti dubbi sulla identità degli effetti della rispettiva pubblicità.

una copia conforme del contratto di convivenza per dare conto del proprio stato patrimoniale. Si potrebbe immaginare che deputato al rilascio di copia di tali atti sia l'ufficiale dell'anagrafe che, in base alla citata circolare del Ministero dell'Interno in data 1 giugno 2016, è tenuto ad assicurare la conservazione agli atti dell'ufficio della copia del contratto.

Intuitivamente viene da pensare con una certa tranquillità che il contratto di convivenza possa contemplare non solo la comunione legale, ma anche forme di comunione convenzionale nel rispetto dei limiti dell'art. 210 c.c.. Tuttavia il combinato disposto dei commi 53 e 54 della legge non si presta ad una lettura univoca. Secondo una prima interpretazione, poiché la legge parla di scelta, è pensabile che in prima battuta sia possibile solo scegliere la comunione legale, che potrebbe essere modificata nelle forme contrattuali previste solo in un secondo momento. Secondo una diversa interpretazione la comunione convenzionale potrà essere prevista nel contratto di convivenza sia come regime scelto originariamente dai conviventi sia come modifica di una comunione legale già esistente.

Sulla derogabilità di alcuni diritti patrimoniali riconosciuti espressamente dal legislatore, e segnatamente quanto al diritto del convivente di ricevere gli alimenti, si è asserita la possibilità di contrattarne la misura e le modalità di prestazione degli alimenti ma che il diritto agli stessi in presenza delle condizioni previste dalla legge è diritto indisponibile³⁶.

È esclusa invece la possibilità di costituire un fondo patrimoniale fra i conviventi, poiché quest'ultima è fattispecie che dà vita ad un patrimonio separato che come tale può essere consentito solo per espressa previsione di legge.

Il regime patrimoniale adottato si risolverà contestualmente al contratto di convivenza secondo l'eterogenea casistica normativa di risoluzione contenuta nei commi da 59 a 63.

La prima ipotesi è lo scioglimento volontario su accordo delle parti, nella quale il regime si scioglie in uno con il perfezionamento del contratto risolutivo del contratto di convivenza. Si tratterà di contratto nelle forme di cui al comma 51, opponibile ai terzi se iscritto negli atti anagrafici.

La seconda ipotesi è quella del recesso unilaterale, in deroga al principio generale contenuto nell'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso. Trattandosi di dichiarazione rivolta ad un soggetto specifico, è ipotesi di negozio unilaterale recettizio al quale si applica l'art. 1334 c.c., efficace quindi nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario; sono evidenti le difficoltà in questo caso, rispetto alle quali soccorre il principio della presunzione di conoscenza previsto

dall'art. 1335 c.c. Per l'opponibilità ai terzi dovrà sempre farsi riferimento alla iscrizione all'anagrafe, come previsto espressamente dal comma 61, che richiama gli adempimenti di cui al comma 52.

Altre cause di scioglimento del contratto di convivenza sono il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra un convivente e altra persona. Il contratto di convivenza presuppone la libertà di stato. Nel contratto di convivenza occorrerà quindi verificare e dare atto di tale circostanza, nonché dell'inesistenza di altro contratto di convivenza. Si tratta di requisiti richiesti per la validità del contratto unitamente agli altri previsti dal comma 36, ossia l'assenza di rapporti di parentela, affinità o adozione e la sussistenza di un legame affettivo stabile di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale. Il convivente che contrae matrimonio od unione civile ha l'obbligo di notificare il relativo estratto dello stato civile all'altro convivente ed al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, il quale sarà obbligato alla trasmissione di cui al comma 52 per l'opponibilità ai terzi dello scioglimento del contratto di convivenza. A tale conclusione si deve necessariamente giungere per chiudere sul piano pubblicitario la vicenda convivenza nel caso in cui intervenga un nuovo legame affettivo e ciò è confermato dall'espressa previsione in capo al professionista dell'obbligo di annotazione quando la fine della convivenza è causata dalla morte di uno dei conviventi.

L'ultima delle cause di scioglimento del contratto di convivenza è appunto la morte di uno dei contraenti.

Le cause di nullità del contratto di convivenza sono enunciate dal comma 57³⁷.

Il legislatore infine introduce nella legge 31 maggio 1995 n. 218, che disciplina il sistema italiano di diritto internazionale privato, il nuovo art. 30-bis in materia di contratti di convivenza, prevedendo che ai contratti di convivenza si applichi la legge nazionale comune dei contraenti ed, in caso di convivenza tra cittadini di nazionalità diversa, la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. La disposizione fa comunque salve le norme nazionali, internazionali ed europee che regolano il caso di cittadinanza plurima.

³⁷ Si tratta dei seguenti casi:

- presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza;
- se una delle parti è minore d'età;
- se una delle parti è interdetta;
- se una delle parti è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra (impedimento al matrimonio in base all'art. 88 c.c.);
- in mancanza degli ulteriori requisiti previsti dal comma 36 (assenza di rapporti di parentela, affinità o adozione; assenza di un legame affettivo stabile di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale).

³⁶ Sempre M. L. CENNI, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *CNN notizie*, del 20 giugno 2016.

15. Aspetti fiscali nell'ambito delle imposte indirette

La novella presenta interessanti ricadute anche sotto il profilo fiscale, ma non ha previsto una disciplina specifica; sarà perciò compito degli interpreti individuare i margini di applicabilità all'unione civile in via analogica e/o estensiva di normative ed elaborazioni della giurisprudenza e della prassi amministrativa formulate per i coniugi nel matrimonio.

A maggior ragione la norma chiave è in questo settore la norma del comma 20 che, ricordiamo ancora una volta, recita: Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. È norma chiave, ma non certamente risolutiva; non sembra infatti che un semplice ausilio terminologico possa chiarire in maniera semplice se si applichino anche alle nuove formazioni sociali della c.d. Legge Cirinnà tutte le elaborazioni giurisprudenziali e di prassi amministrativa costruite nel tempo per il matrimonio e per i coniugi. Va detto anche che il legislatore ha forse fatto bene a non intervenire specificamente in materia, ciò perché la casistica e le problematiche di natura fiscale sono talmente ampie che anche una parola scoordinata, senza risolvere il problema per le unioni civili e le convivenze, avrebbe potuto mettere in crisi il patrimonio ideologico contenuto in documenti della prassi amministrativa e in sentenze che magari avevano segnato un arresto di singole questioni.

Sono stati efficacemente fatti gli esempi della rilevanza della residenza del nucleo familiare ai fini della spettanza delle agevolazioni fiscali in materia di acquisto della prima casa e degli impedimenti collegati con lo stato di "coniuge" comproprietario di altro immobile nel medesimo Comune ove è posto quello da acquistare con le agevolazioni, per far comprendere l'ampiezza e la frammentarietà del campo di indagine. La risposta positiva all'applicabilità delle conclusioni raggiunte per i coniugi è dettata dalla constatazione dell'esistenza di un diritto di ciascuna delle parti della unione civile a concordare l'indirizzo della vita familiare e a fissare la residenza comune allo stesso modo dei coniugi nel matrimonio³⁸.

È ragionevole credere che la quasi totalità delle problematiche fiscali saranno risolte in maniera identica a quelle manifestatesi nel matrimonio, si dovrà sicuramente caso per caso giungere agli aggiustamenti necessari. È infatti evidente che è quasi impossibile

ravvisare ragioni che consentano di operare trattamenti diversi a situazioni che comunque hanno riguardo a fatti patrimoniali e di capacità contributiva e che certo non possono differenziarsi a seconda dell'omosessualità o della eterosessualità della coppia.

In materia successoria, essendo prevista l'applicazione di pressoché tutto l'impianto normativo, opereranno sicuramente anche le particolari esenzioni fiscali di quella materia, e quindi, a titolo esemplificativo l'esenzione da imposta di successione e donazione nei trasferimenti di compendi aziendali o quote di partecipazione societaria alle condizioni stabilite dal comma 4-ter dell'art. 3 del d. legs. n. 346/90) e la franchigia di cui al Testo unico. La parte dell'unione civile sopravvissuta all'altra parte avrà ovviamente l'obbligo della presentazione della dichiarazione di successione ex art. 28 T.U. n. 346, con le stesse modalità, e troverà applicazione anche la presunzione di liberalità prevista dall'art. 26 del T.U.R. e quindi l'obbligo di dichiarare negli atti ove tale presunzione possa operare gli estremi delle eventuali donazioni anteriormente fatte dal donante al donatario (parte dell'unione civile) e i relativi valori alla data degli atti stessi, a norma dell'art. 57 2° co. del T.U. n. 346/90.

Stante il richiamo frequente della legge alla normativa sul divorzio recata dalla l. 1 dicembre 1970, n. 898, per regolare lo scioglimento dell'unione civile, non si dovrebbe neanche dubitare dell'esenzione dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa di tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio...³⁹, nonché dell'estensione alle unioni civili di tutti gli orientamenti favorevoli in argomento dell'Autorità Finanziaria⁴⁰.

³⁹ Art. 19 della l. 6 marzo 1987 n. 74.

⁴⁰ V. Circ. Ag. Entrate n. 27/2012 riguardo agli atti di trasferimento a favore dei figli (ove si richiede che il testo dell'accordo omologato dal tribunale, al fine di garantire la certezza del diritto, deve prevedere esplicitamente che l'attribuzione patrimoniale a beneficio dei figli, contenuta nello stesso accordo, sia elemento funzionale e indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale); Ris. n.65/E del 2015 in merito agli effetti dell'accordo concluso in sede di negoziazione assistita, ove si precisa che il trattamento agevolato risulta applicabile sempreché dal testo dell'accordo medesimo, la cui regolarità è stata vagliata dal Procuratore della Repubblica, emerga che le disposizioni patrimoniali, contenute nello stesso, siano funzionali e indispensabili ai fini della risoluzione della crisi coniugale. Cass, sezione tributaria, 3 febbraio 2016, n. 2111, e Cass., sezione tributaria, 17 febbraio 2016, n. 3110, hanno affermato che il trattamento fiscale agevolato deve essere riconosciuto anche se l'atto sia posto in essere tra i partner solo in occasione del procedimento di separazione e di divorzio ed assuma la forma e il contenuto di una pattuizione contrattuale ai sensi dell'art. 1372 c.c., diversa dal contenuto necessario della separazione. La Corte prende in attenta considerazione le profonde modifiche legislative in materia di separazione e divorzio (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, artt. 6 e 12, convertito con modificazioni, nella l. 10 novembre 2014, n. 162, disposizioni sul c.d. divorzio breve recate dalla l.

³⁸ A. PISCHETOLA, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze, L'impatto fiscale nell'ambito delle imposte indirette*, in *CNN notizie*, del 20 giugno 2016.

Per le convivenze di fatto gli aspetti fiscali sono concernenti esclusivamente il contratto di convivenza. Il rapporto di convivenza è invece fiscalmente quasi del tutto irrilevante. Uniche tracce di un'attenzione del legislatore per i conviventi in materia fiscale si rinvencono nella legge di Stabilità per il 2016 (art. 1, comma 75, della l. n. 208/2015) dove testualmente si dice che «Le giovani coppie costituenti un nucleo familiare composto da coniugi o da conviventi *more uxorio* che abbiano costituito nucleo da almeno tre anni, in cui almeno uno dei due componenti non abbia superato i trentacinque anni, acquirenti di unità immobiliare da adibire ad abitazione principale, possono beneficiare di una detrazione Irpef del 50 per cento delle spese documentate sostenute, dal 1° gennaio 2016 al 31 dicembre 2016, per l'acquisto di mobili ad arredo della stessa unità abitativa ed in una circolare del 2014 (la n. 64/E dell'11 marzo 2014), con la quale l'Amministrazione Finanziaria ha dato istruzioni ai suoi uffici affinché, nella valutazione della capacità contributiva di ogni singolo contribuente per addivenire ad eventuale accertamenti sintetici del reddito complessivo delle persone fisiche, si prenda in considerazione la reale produttività reddituale di tutto il suo nucleo familiare (dal punto di vista anagrafico), anche se composto solo da conviventi di fatto.

In verità anche qui l'indifferenza del legislatore è sembrata opportuna: ci mancherebbe che chi sceglie una libera convivenza debba essere condizionato da vantaggi o svantaggi fiscali!

In conclusione sotto il profilo fiscale l'elemento interessante è il trattamento tributario dei contratti di convivenza, previsti in maniera tipica per disciplinare i rapporti patrimoniali tra conviventi.

Il primo quesito riguardante i contratti di convivenza è quello sull'applicabilità o meno del regime di esenzione fiscale dettato in materia di scioglimento del vincolo coniugale o separazione, e previsto dall'art. 19 della legge n. 74/87. In conformità all'assenza di volontà di assoggettarsi a vincoli di sorta sembrerebbe equo da un lato non accordare esenzioni fiscali, anche se per altro verso la tassazione disincentiverebbe l'utilizzo dello strumento contrattuale apprestato dalla legge.

Si riporta qui per grandi linee un diverso possibile inquadramento della questione che potrebbe in futuro trovare accoglimento⁴¹.

6 maggio 2015, n. 55) e prende atto della progressiva riduzione dell'intervento giurisdizionale in procedimenti aventi ad oggetto diritti indisponibili legati allo status coniugale ed alla tutela della prole minore, riconoscendo che quegli interventi normativi, compresi nell'ambito di quel fenomeno di degiurisdizionalizzazione che caratterizza oggi l'evoluzione del nostro ordinamento, hanno attribuito di fatto un peso importante al consenso tra i coniugi.

⁴¹ Autorevolmente e con logica stringente A. PISCHETOLA, in *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze, L'impatto fiscale nell'ambito delle imposte indirette*, in *CNN notizie* del 20 giugno 2016.

Il ragionamento parte dall'affermazione della Corte Costituzionale⁴² che il regime di esenzione disposto dal richiamato art. 19 risponde all'esigenza di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale che motiva e giustifica il beneficio fiscale con riguardo agli atti del giudizio divorzile... e di separazione, anche in considerazione dell'esigenza di agevolare e promuovere, nel più breve tempo, una soluzione idonea a garantire l'adempimento delle obbligazioni che gravano, ad esempio sul coniuge non affidatario della prole. È l'esigenza sottolineata dalla Corte esistente anche per i contratti di convivenza? Vi è certamente una differenza macroscopica nel fatto che i contratti di convivenza non sono elemento di alcuna vicenda processuale in atto, anzi sono proprio lo strumento voluto dal legislatore per evitare contenziosi tra i conviventi in materia patrimoniale; questa osservazione impedirebbe di ravvisare nei contratti di convivenza l'esigenza di facilitare l'exit patrimoniale dal rapporto impegnando i giudici secondo la ricostruzione della Corte Costituzionale. Eppure l'esperienza giurisprudenziale ci dice il contrario e dalle pronunzie dalle quali è spesso emersa la rilevanza del rapporto di convivenza *more uxorio* si percepisce come anche per le convivenze di fatto potrebbe porsi la necessità di una tutela giurisdizionale più agile e snella, ma anche meno onerosa. Nella nuova legge emergono ipotesi assai concrete di rilevanza ai fini di una rapida ed efficace tutela giurisdizionale, si pensi all'obbligo degli alimenti, al risarcimento del danno, ai rapporti da impresa familiare, al diritto all'assistenza in caso di malattia e di ricovero e al diritto di continuare ad abitare la casa adibita a residenza comune.

Invero in tutte le ipotesi, matrimonio, unione civile, convivenza di fatto, l'esigenza comune è sistemare, nel momento in cui il rapporto muore, velocemente e nella maniera più condivisa possibile i rapporti patrimoniali, evitando addirittura ove possibile il ricorso alla tutela giurisdizionale. In conclusione se... il vincolo coniugale, oggetto di scioglimento (in caso di divorzio), o in parte incrinato dalle vicende della separazione personale, è ciò che costituisce il presupposto della tutela e della protezione apprestata dall'ordinamento e quindi del medesimo regime fiscale agevolato qui in discussione, si potrebbe ritenere che anche il legame nascente da un rapporto di mera convivenza, laddove ritenuto meritevole di tutela in quanto costitutivo della formazione sociale ove si svolge la personalità dei conviventi *ex art. 2 Cost.*, possa costituire il presupposto logico e giuridico che ottenga ai detti contratti estensivamente un trattamento fiscale agevolato».

L'altro campo di indagine in tema di trattamento fiscale del contratto di convivenza riguarda il suo insorgere, ovviamente meno interessante perché

⁴² Sentenza 11 giugno 2003 n. 202.

non sono allo stato contemplabili agevolazioni fuori dall'ordinario.

L'imposizione indiretta dei contratti di convivenza va esaminata a seconda che il contratto abbia o non abbia convenzioni (e clausole) con efficacia traslativa.

Nel caso di assenza di effetti traslativi un'ulteriore distinzione va fatta tra convenzioni aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale e quelle prive di prestazioni a tale carattere.

Per queste ultime, a prescindere dal numero di clausole che il contratto contiene, è pacifico che l'imposta di registro si applichi in misura fissa; identico trattamento si ha anche nel caso in cui tra le clausole della convenzione sia contenuto l'atto di designazione di cui al comma 40 della nuova legge n. 76/2016, con il quale ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale rappresentante con poteri pieni o limitati in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute, ed in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie. Va precisato tuttavia che ciò è quanto avviene quando la clausola è contenuta in un atto notarile, per sua natura soggetto all'imposta di registro, quindi con un onere economico, ma con il grande vantaggio dell'autenticità e veridicità del contenuto, nonché della certa collocazione temporale della dichiarazione. La legge consente anche però che l'atto di designazione possa essere perfezionato in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità, che possa essere redatto alla presenza di un testimone, quindi senza oneri, ma anche senza garanzie circa la conservazione del documento, dalla quale dipende il suo utilizzo e quindi la realizzazione della volontà manifestata.

Volendo immaginare una casistica delle convenzioni e clausole non aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale si può pensare a convenzioni con le quali si stabilisce la titolarità dei beni con riferimento ad un inventario, si precisa il significato da attribuire alle attribuzioni patrimoniali, si concorda l'instaurazione di un regime di comunione o ci si accorda preventivamente sulla cessazione della convivenza o per la regolamentazione dei rapporti parentali di un figlio minore di un ex-convivente more uxorio riconosciuto o si stabiliscono gli oneri e le modalità di assistenza in caso di malattia o si fissa addirittura la durata del contratto di convivenza.

Per le convenzioni e le clausole con prestazioni a contenuto patrimoniale, ma prive di efficacia traslativa, le imposte dovranno essere determinate nel caso specifico, verificando quale sia la prestazione a contenuto patrimoniale che la convenzione comporta, a quale titolo avvenga, oneroso o gratuito, in modo da stabilire se si versa in ipotesi soggetta ad imposta di registro o di donazione.

I conviventi potranno anche regolare contribuzioni in danaro o in natura per il menage, che teoricamente

potrebbero essere unilaterali o bilaterali su di un piano di corrispettività e di sostanziale parità economico-finanziaria. Si è detto⁴³ che quando la contribuzione proviene da un solo convivente si potrebbe immaginare un'assimilazione alla rendita o alla pensione, per cui potrebbe trovare applicazione il sistema impositivo previsto dalla normativa fiscale vigente (*ex art. 2 commi 47 ss. del d.l. 3 ottobre 2006 n. 262 convertito in legge 24 novembre 2006 n. 286 ed ex T.U. n.346/90*) per gli atti a titolo "gratuito" (e quindi non necessariamente donativi o liberali) e nelle altre ipotesi invece potrebbe trovare applicazione il sistema impositivo previsto dalla normativa fiscale vigente per gli atti a titolo oneroso (e quindi applicando un'imposta di registro ad una base imponibile commisurata al valore della "prestazione che dà luogo all'applicazione della maggiore imposta" *ex lettera c) art. 43 del TUR*)⁴⁴. Una tale possibilità lascia perplessi. Nell'ambito del rapporto di convivenza, al pari di quanto avviene nel matrimonio e nelle unioni civili, l'apporto di ciascuna parte del rapporto alle necessità della vita conosce varie forme, dal lavoro casalingo all'assunzione di compiti esterni (fare la spesa tutti i giorni e disbrigare pratiche e servizi), tutti valutabili economicamente. Questo significa che difficilmente si potrà pensare ad un rapporto di convivenza con contribuzioni solo unilaterali, anche perché la coppia di fatto che giunge a stipulare un contratto di convivenza lo fa certo dopo aver valutato vantaggi ed oneri per ciascuna parte e sembra riduttivo immaginare in tutto questo un dare assimilabile alla pensione o alla rendita (senza sottacere la fuga dal contratto di convivenza tassato come pensione o rendita, tenuto conto che la convivenza di fatto non sempre è scelta radical chic, ma spesso la soluzione per coppie giovani prive ancora di adeguata autonomia economica, capita spesso nel nostro Sud sentir dire "andiamo a convivere perché non possiamo sposarci"). In sostanza, se decido di convivere e non stipulo alcun contratto di convivenza potrei teoricamente versare fiumi di denaro a vantaggio del convivente senza imposizioni fiscali, se stipulo invece un contratto di convivenza obbligandomi a contribuire con 1.000,00 euro al mese, che magari poi non avrò e non darò, sarò tassato sull'obbligo assunto. Va ancora osservato che le contribuzioni nel matrimonio e nell'unione civile, poiché non quantificate e non regolamentate se non dalla norma generale che stabilisce l'obbligo di contribuzione per quanto è nelle proprie possibilità, sfuggirebbero a questa logica, ed è giusto che così sia,

⁴³ A. PISCHETOLA, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze, L'impatto fiscale nell'ambito delle imposte indirette*, in *CNN notizie* del 20 giugno 2016, da dove è tratta anche la casistica.

⁴⁴ Lo stesso autore ha, però, precisato che l'imposta di donazione (applicata anche come detto anche ad atti gratuiti non donativi) presuppone che via sia un trasferimento di beni o diritti o che si ponga in essere la costituzione di una vera e propria rendita (consistente nella dazione di una somma di danaro o di una certa quantità di altre cose fungibili) o la costituzione di una pensione (*ex art. 1 del TU n. 346/90*).

ma secondo chi scrive non se ne può adottare una diversa per le convivenze, a prescindere dalla consistenza del prelievo fiscale.

D'altronde siamo in presenza di un nuovo contratto tipico, che, salvo il caso in cui produca un trasferimento di ricchezza con efficacia reale, dovrebbe avere un trattamento fiscale particolare, del tipo imposta fissa, come le convenzioni matrimoniali modificative del regime legale o come il fondo patrimoniale, per i quali solo eventuali effetti reali del contratto (apporto in comunione di un bene personale, esclusione dalla comunione di un bene della stessa, trasferimento ai coniugi o ad uno di essi del bene contestualmente vincolato con il fondo patrimoniale) comportano tassazioni proprie dell'effetto prodotto.

Per tutte le ragioni esposte non è accettabile che, nel caso in cui uno dei conviventi si obblighi nei confronti dell'altro a provvedere al suo mantenimento e a prestare qualunque tipo di assistenza morale e materiale, senza trasferire alcun bene o diritto, né costituire una rendita o una pensione, ma assumendo solo l'obbligo della prestazione di un "facere" dal più ampio e diversificato contenuto (obbligo del tutto analogo a quello proprio per natura dei coniugi e degli uniti civilmente), si possa pensare ad assoggettare la convenzione dalla quale scaturisce all'imposta di registro con l'aliquota del 3% (ai sensi dell'art. 9 della tariffa parte prima del T.U.R. n.131/86). Ipotesi questa complicata dalla difficoltà di individuare un valore quale base imponibile al momento della stipula dell'atto.

Probabilmente è meglio pensare che, laddove non siano chiaramente individuabili fattispecie tassabili consistenti in trasferimenti di ricchezza che l'ordinamento colpisce sul piano fiscale in ogni caso, e i contraenti si limitino a prevedere obblighi contributivi generici, assimilabili agli obblighi di legge del matrimonio e dell'unione civile, niente più si possa pretendere che l'imposta in misura fissa.

Sono state anche esaminate nei primi commenti⁴⁵ clausole particolari come quella "penale" o quelle contenenti dichiarazioni di "debito". Anche in questo caso si è evidenziato che l'imposizione dipenderà dalla possibilità o meno di considerarle ricomprese fiscalmente nella convenzione principale cui accedano⁴⁶.

⁴⁵ Sempre A. PISCHETOLA, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze, L'impatto fiscale nell'ambito delle imposte indirette*, in *CNN notizie* del 20 giugno 2016.

⁴⁶ Si sono fatti per le due categorie i seguenti esempi:

- clausola con cui un convivente, per il caso in cui risultasse inadempiente agli obblighi derivanti da una determinata clausola del contratto di convivenza, si obbliga a corrispondere all'altro, a titolo di penale, una determinata somma salvo l'eventuale maggior danno, che il convivente non inadempiente fosse comunque ammesso a provare;
- clausola di dichiarazione di debito, con la quale si stabilisce che al momento dell'apertura della successione di uno dei conviventi, l'altro possa assumere la posizione di creditore per un determinato ammontare o per una certa prestazione nei con-

Tra le clausole possibili assume infine grande rilevanza la convenzione con la quale uno dei conviventi costituisca a favore dell'altro un diritto di abitazione (personale o reale) sulla casa di sua proprietà o da lui condotta a titolo locativo. Solo la costituzione di un vero e proprio diritto reale di godimento soggiacerà all'imposta di donazione, non prevedendo il TU n. 346/90 imposizione fiscale per la concessione di diritti personali di godimento di un immobile. Ogni altra convenzione di effetto e contenuto diversi sconterà l'imposta di registro in misura fissa o, se a contenuto patrimoniale, in misura proporzionale, con aliquota del 3% *ex art. 9* della tariffa allegata al T.U.R.

Come è emerso chiaramente fin qui solo gli effetti riconducibili a fattispecie autonomamente tassabili, e non riconducibili alla convenzione principale, subiscono una tassazione autonoma aggiuntiva rispetto alla tassazione in misura fissa che colpisce per definizione la convenzione. I criteri guida nella tassazione dei contratti di convivenza recanti convenzioni e clausole ad efficacia traslativa trovano il primo punto di orientamento nella medesima conclusione tratta fin qui per le clausole diverse. Si dovrà verificare infatti prima di tutto se si è in presenza degli effetti di uno dei contratti tipici di trasferimento, a titolo gratuito od oneroso, ed in tal caso si applicheranno i principi generali in materia fiscale.

Più complesse le altre ipotesi prospettate⁴⁷. Potrebbero infatti individuarsi:

- un contratto traslativo che costituisca adempimento di una pregressa obbligazione contrattuale assunta dal disponente o di un'obbligazione "naturale" facilmente riconducibile al legame di convivenza in sé;
- un contratto con il quale un trasferimento avvenga a titolo di corrispettivo di una prestazione assistenziale, anche vitalizia; l'obbligo può anche essere posto a carico di un terzo vitalizzante, ed anche a favore di un primo beneficiario e anche, successivamente a favore di ulteriore beneficiario, dopo la morte del primo (*ex art. 1412 c.c.*);
- un contratto con il quale si costituisca un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*;

fronti del compendio ereditario dal quale risulti per ipotesi escluso come erede.

Quest'ultima è possibilità meno concreta in considerazione della dubbia validità di una tale clausola, in quanto portatrice di una situazione giuridica di vantaggio economico a favore del convivente sopravvissuto al di fuori e con forme diverse dal testamento. Per la clausola penale del primo esempio, qualora assuma autonomo rilievo fiscale, si applicherà il trattamento riservato all'atto sottoposto a condizione sospensiva; nel momento in cui si dovesse verificare l'inadempimento scatterà l'obbligo di denuncia *ex art. 19 TUR*.

⁴⁷ Le possibili fattispecie sono attentamente enucleate da A. PISCHETOLA, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze, L'impatto fiscale nell'ambito delle imposte indirette*, in *CNN notizie*, del 20 giugno 2016.

- un contratto connesso con la stipula di un trust.

Nell'ipotesi dell'adempimento dell'obbligazione pregressa sarà difficoltà di fatto stabilire se si sia in presenza di un atto a titolo gratuito, ovviamente esclusa la donazione o la liberalità non donativa, o di un atto qualificabile a titolo oneroso in quanto atto giuridicamente dovuto. Se atto a titolo gratuito troveranno applicazione le norme di cui al T.U. n. 346/90, diversamente le norme sull'imposta di registro.

Nell'ipotesi del contratto di natura assistenziale, per quanto fin qui detto, è evidente l'applicazione delle norme dettate per tali contratti dal T.U.R. n. 131/86; nel contratto dovrà quindi determinarsi una base imponibile ragguagliata *ex art.* 43 lett. c) al valore del bene ceduto o al valore della prestazione che dà luogo all'applicazione della maggiore imposta⁴⁸.

Per le ipotesi di contratti da cui nascono vincoli di destinazione o connessioni a trust varranno i criteri fissati dall'Autorità Finanziaria nella circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008⁴⁹; quindi se l'imposizione di un vincolo di destinazione *ex art.* 2645-*ter* c.c. è collegata ad un trasferimento di diritti si applicheranno le imposte di successione, donazione, ipotecaria e catastale in misura proporzionale, diversamente la mera imposizione del vincolo, in assenza di trasferimento di diritti, comporterà l'applicazione delle imposte di registro e ipotecaria in misura fissa. Il trasferimento generato da un trust è invece secondo la citata circolare 3/E connotato da un'unica causa fiduciaria e ciò giustificherebbe l'applicazione dell'imposta sulle donazioni anche qualora l'atto istitutivo non comporti trasferimento di alcun bene o diritto (c.d. trust "autodichiarato"); per l'aliquota va considerato il rapporto di parentela tra *settlor* e beneficiari" finali. Le imposte ipotecaria e catastale, sempre secondo l'A.F. sarebbero dovute in misura proporzionale esclusivamente con riferimento agli atti con efficacia traslativa.

Nelle convivenze di fatto purtroppo il legislatore ha ommesso di agevolare gli strumenti in mano ai conviventi per disciplinare gli aspetti successori del loro rapporto, o forse ha voluto escluderli da una disciplina premiante, riservata a chi assume un vincolo ed una responsabilità di livello superiore per l'ordinamento. Quindi eventuali disposizioni a titolo liberale o successorio a favore del convivente scontano ai sensi del T.U.S. l'aliquota nella misura massima dell'8% prevista per le liberalità tra estranei e non beneficiano di alcuna franchigia.

⁴⁸ In ipotesi di ulteriore prestazione assistenziale anche a favore di terzi da eseguire dopo la morte del vitaliziato originario dovrà essere valutato con riferimento alle disposizioni del T.U. n. 346/90 il trasferimento di ricchezza a titolo gratuito a favore di quest'ultimi.

⁴⁹ Sull'argomento si veda ampiamente lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 58/2010-T approvato il 21 gennaio 2011, La tassazione degli atti di destinazione e dei trust nelle imposte indirette, in *Studi e Materiali* n. 2/2011, p. 541 e ss.; e D. MURITANO – A. PISCHETOLA, *Considerazioni su trust e imposte indirette*, in *Notariato*, n. 3/2008, p. 320 e ss.

16. Conclusioni

La legge appare soddisfacente. Sono contemplati tutti gli aspetti che possono essere coinvolti da rapporti interpersonali di tipo omosessuale o solo di fatto. Piace l'inquadramento costituzionale e l'attenzione per il bagaglio giurisprudenziale che ha accompagnato la lunga storia dei tentativi di introdurre leggi analoghe nel Paese. Sembra riuscito anche il tentativo di porre su piani diversi matrimonio ed unione civile, anche se dispiace l'assenza dell'obbligo di fedeltà nelle unioni civili che non trova giustificazione alcuna, essendo i sentimenti delle persone coinvolte assolutamente di pari dignità, ed ancor più la clausola di salvaguardia in tema di adozione, la quale denuncia un'incertezza che nessun legislatore può permettersi. Tuttavia il legislatore della l. 76/2016 sembra aver avuto orecchie per tutti ed in ogni caso ha privilegiato una scelta di civiltà rispetto a qualunque possibile incongruenza del dettato normativo ed anche sapendo di dover affrontare oneri non indifferenti a carico del bilancio dello stato, come dimostrano i commi della legge dedicati al peso economico dell'attuazione della legge. Ovviamente come al solito è poco gradito il metodo della legge a sé, molto più giusta sarebbe stata l'introduzione delle norme nel codice civile dove si regolano le persone e la famiglia. Un tale intervento, in considerazione dell'impianto estremamente curato del nostro codice civile, avrebbe però richiesto un tempo che l'attuale legislatore, in presenza del vivacissimo dibattito in parlamento e nella società, non ha avuto ed una tecnica legislativa di livello superiore, alla quale il legislatore contemporaneo, infatuato della velocità più che della qualità delle leggi, dedica poca attenzione.

Recensioni

IL CLOUD COMPUTING. LEX MERCATORIA E TUTELA DEI DATI
di Flora Pirozzi, Giuffrè, 2016 I 228
di Fernando Bocchini



Il Cloud Computing. Lex Mercatoria e Tutela dei dati

di Flora Pirozzi, Giuffrè, 2016

La monografia tratta del fenomeno del Cloud Computing e del suo inquadramento giuridico nell'ambito della tutela della privacy.

Oggetto di indagine è l'identificazione delle posizioni ricoperte dai protagonisti del trattamento (utilizzatore e fornitore di servizi cloud) e i rapporti esistenti tra essi, tenuto conto dell'aspetto relativo al potere decisionale.

Il cloud è uno strumento che già opera al servizio di pubbliche amministrazioni come di organizzazioni private, con la possibilità di gestire i dati in territori e nella vigenza di ordinamenti diversi da quello dove i dati sono prodotti e sotto il cui ordinamento rilevano. I problemi sollevati sono perciò notevoli: si pensi alla necessaria riservatezza della gestione dei dati accumulati dalle pubbliche amministrazioni, che ineriscono alle dimensioni esistenziali e ai legami di cittadinanza dei soggetti; si pensi alla delicatezza della gestione dei dati prodotti dalle imprese private, che afferiscono alle capacità di ricerca e di innovazione quali leve essenziali di competitività e di concorrenza tra le imprese. Pure assumendo tali meccanismi telematici una rilevanza così essenziale, si stenta a trovare una governance mondiale del fenomeno, come stenta ad emergere una normativa di diritto uniforme materiale. In realtà c'è un contrasto in atto, neppure tanto sotteso, tra paesi e gruppi sociali che reclamano la riservatezza dei dati prodotti valorizzando i diritti della personalità, e paesi e gruppi economici che vogliono iniziativa di manovra dei dati raccolti: la gestione dei dati consente, per un verso, il controllo di istituzioni pubbliche e private e il dominio dei mercati; per altro verso, la profilazione dei soggetti al fine di indirizzare flussi di stimolazioni all'assorbimento dei prodotti. Seguendo tale percorso culturale, il lavoro si snoda attraverso più capitoli che rappresentano i volti tecnologico, sociale e giuridico che il cloud computing implica.

Nel primo capitolo si ha riguardo alle tecniche di erogazione e ai modelli di servizi. Il secondo capitolo è dedicato alla contrattazione nella gestione del cloud ed ai pericoli che la nuvola informatica prospetta, enucleandosi i contrappesi di sicurezza che tale sistema necessariamente sollecita. Il terzo capitolo raccoglie le fila della elaborazione in una dimensione giuridica, affrontandosi la tematica della gestione dei dati immessi in rete, nelle prospettive della conservazione e dell'ac-

cesso agli stessi nonché della protezione dei dati personali. Infine, nell'ultima capitolo, l'Autore si sofferma sui ruoli e sugli attori del cloud, analizzando anche la giurisprudenza in materia circa la legge del territorio applicabile, il domicilio informatico e le relative violazioni.

In definitiva il lavoro si fa apprezzare per la efficace elaborazione teorica, la dimensione morale e sociale che l'attraversa e per le applicazioni prospettate.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. un., 21.11.2016, n. 23633 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 18.11.2016, n. 23469 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 18.11.2016, n. 23463 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 17.11.2016, n. 23397 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 16.11.2016, n. 23304 s.m.
 Cass. civ. sez. un., 15.11.2016, n. 232256 s.m.
 Cass. civ., sez. IV, 07.11.2016, n. 22552 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 31.10.2016, n. 22042 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 30.09.2016, n. 19599 s.m.
 Cass. civ., sez. III, 23.09.2016, n. 18748
 (con nota di Sorrentino)
 Cass. civ., sez. lav., 30.08.2016, n. 17412
 (con nota di Alfano)
 Cass. civ., sez. II, 19.07.2016, n. 14766 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 12.07.2016 n. 1418
 (con nota di Berrino)

CORTE D'APPELLO

- App. Napoli, 10.05.2016, Pres. Giordano, Rel. D'Avino s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Bari, sez. Rutigliano, 03.11.2016, Giud. C. Mezzina s.m.
 Trib. Cosenza, 25.10.2016, Giud. M. Morrone s.m.
 Trib. Napoli, 21.10.2016, Giud. M. Sacchi s.m.
 Trib. Napoli, 13.10.2016, Giud. U. Lauro s.m.
 Trib. Cosenza, 10.10.2016, Giud. A. Rombolà s.m.
 Trib. Napoli, 06.10.2016, Giud. U. Lauro s.m.
 Trib. Verona, 28.09.2016, Giud. M. Vaccari s.m.
 Trib. Brescia, 14.09.2016, Giud. S. Franchioni s.m.
 Trib. Pisa, 20.07.2016, Pres. Laganà, Rel. Zucconi s.m.
 Trib. Verona, 07.07.2016, Giud. M. Vaccari s.m.
 Trib. Napoli, 04.07.2016, Giud. E. Pastore Alinante s.m.
 Trib. Ravenna, 22.06.2016, Giud. A. Medi s.m.
 Trib. Parma, 20.06.2016, Pres. Mari, Rel. Sinisi s.m.
 Trib. Milano, 19.05.2016, Giud. G. Fiengo s.m.

Diritto e procedura penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. pen., sez. un., 24.11.2015, n. 39131 s.m.
 Cass. pen., sez. III, 23.09.2016, n. 40663 s.m.
 Cass. pen., sez. II, 20.09.2016, n. 43688
 (con nota di Jazzetti)
 Cass. pen., sez. II, 09.09.2016, n. 40831 s.m.
 Cass. pen., sez. un., 21.07.2016, n. 41432
 (con nota di Pignatelli)
 Cass. pen., sez. III, 12.07.2016, n. 43242 s.m.
 Cass. pen., sez. IV, 08.07.2016, n. 39107 s.m.
 Cass. pen., sez. un., 23.06.2016, n. 40516 s.m.
 Cass. pen., sez. III, 22.06.2016, n. 38829 s.m.
 Cass. pen., sez. III, 19.05.2016, n. 38495 s.m.
 Cass. pen., sez. un., 28.04.2016, n. 40517 s.m.

CORTE D'APPELLO

- App. Napoli, sez. V, 23.01.2015
 (con nota di Amoroso)
 App. Napoli, sez. III, 13.01.2015, n. 165
 (con nota di Amoroso)

TRIBUNALE

- Trib. Nola, G.M., 08.11.2016, n. 3245 s.m.
 Trib. Nola, coll. C, 26.10.2016, n. 3112 s.m.
 Trib. Nola, coll. A, 27.09.2016, n. 2738 s.m.
 Trib. Nola, coll. A, 13.09.2016, n. 2569 s.m.
 Trib. Nola, coll. D, 12.09.2016, n. 2556 s.m.
 Trib. Nola, coll. C, 07.07.2016, n. 2430 s.m.
 Trib. Nola, coll. B, 06.07.2016, n. 2399 s.m.
 Trib. Nola, coll. B, 28.06.2016, n. 2273 s.m.

Diritto tributario

COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE

- C.T.P. Napoli, sez. XIV, 24.05.2016, n. 14390/2015
 (con nota di Stanziola)

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. V, 14.10.2016, n. 20784 s.m.
 Cass., sez. VI, 29.09.2016, n. 19334 s.m.

Cass., sez. V, 11.08.2016, n. 16960 s.m.

Cass., sez. V, 09.08.2016, n. 16713 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE
EUROPEA

Corte giust., 20.10.2016, C-24/2015, *Josef Plöckl*
s.m.

Corte giust., 05.10.2016, C-576/2015, *Maya*
Marinova s.m.

Diritto amministrativo

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

T.a.r. Lazio, sez. II-ter, 15.11.2016, n. 11323 s.m.

T.a.r. Umbria, sez. I, 19.10.2016, n. 653 s.m.

Diritto internazionale

HIGH COURT OF JUSTICE

High Court Of Justice, Queen's Bench Division,
Divisional Court, Cases: CQ/3809/2016 e
CO/3281/2016, sent. 03.11.2016 (con nota di
Romanelli)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte E.D.U., Affaire Cicad c. Suisse, Requête
n.17676/09, sentenza depositata il 7.06.2016

Corte E.D.U., sentenza Iglesias Casarrubios e
Cantalapiedra Iglesias contro Spagna, ricorso n.
23298/12, depositata l'11.10.2016.

Corte E.D.U., sentenza Rivard contro Svizzera,
ricorso n. 21563/12, depositata il 4 ottobre

Corte E.D.U., Case of Otgon v. The Republic of
Moldova, application n. 22743/07, sentenza del
25 ottobre

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE
EUROPEA

Corte giust. (Quarta Sezione), sentenza 27 ottobre
2016, causa C-439/16 PPU, Milev

