

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

Rivista quadrimestrale di giurisprudenza

del Distretto della Corte d'Appello di Genova, fondata nel 1999

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Riccardo Ferrante, Andrea Fusaro, Antonio Lovisolo, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Guido Colella, Luciano Di Noto, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Emanuele Lamberti, Riccardo Maoli, Roberto Negro, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:

Coordinamento
Alessandro Barca

Sezione di diritto civile:

Elena Bassoli (E.B.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (FDM.), Michela Ferraris (MLF.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale:

Roberta Barbanera (R.BA.), Raffaele Caruso (R.C.), Graziella Delfino (G.D.), Carola Flick (C.FLK.), Emanuele Olcese (E.O.), Elisabetta Pagano (EL.PAG.), Andrea Sciello (A.SC.)

Sezione di deontologia:

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Erika Adamo, Federica Adorni (FAD.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (FBGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (FBART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Lavinia Botto, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Ilaria Busca (I.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (S.O.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna (S.C.), Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Lara Cipriani (L.A.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Marcella Costa (M.COS.), Maria Chiara Costabile (M.C.S.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (FDA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Annamaria De Luca (A.DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (G.V.D.), Paolo Donadoni, Stefano Faccio, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F), Carlo Fava, Daniele Ferrari (D.F), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Cristina Girardi, Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Giuseppe Inglese

(G.ING.), Vladimir Kusmic (V.K.), Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.L.A.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, M. Francesca Lanznaster, Anita Liporace (A.LI.), Franco Longo (FLO.), Francesca Maberino (FMA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (FMLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (FS.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (FP), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLLP), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (FPI.), Elena Pizzorusso (E.PZ.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giuseppe Piccardo (GIUP.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Filippo Leone Roberti Maggiore (FL.RM.), Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (FBO.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Omar Caramaschi (O.C.), Marco Castagnola (M.C.), Luca Costanzo (L.C.), Federica Danini (F.D.), Federico Dottori, Simone Frega (S.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Francesco Gallarati (FR.G.), Sarah Garabello (SAR.G.), Chiara Graziani (C.G.), Giovanna Grilli (G.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Maria Paola Pessagno, Simone Pitto (S.P.), Federico Ponte (FP), Luca Saguato, Alessandro Salustri, Alessia Tranfo (A.T.), Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Federico Bertocchi (F.B.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Massimiliano Ferrando (M.F), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Caterina Oliva, Alessandra Piccardo (A.P), Lorenzo Ugolini (L.U.)

Sezione di diritto penale:

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Martina Caputo (M.CAP.), Annalisa Carella (AN.CAR.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (FMA.), Alessandro Magrassi, Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Naomi Moriano, Ruggero Navarra, Emanuele Olcese, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Ponteprino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Sezione di deontologia:

Roberta Caprioli, Fabio Cavaletti, Maria Grazia Gandolfo

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione: De Ferrari Comunicazione S.r.l.,

via Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova

Tel 010 0986820/2122 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it - info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona, 30 giugno 2020 **3**

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 settembre 2020 **7**

Corte di Cassazione, sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597 **11**

Tribunale di Genova, 8 settembre 2020, n. 1362 **21**

Massimario **25**

Documenti

Code is Law: *il bilanciamento dei valori e il ruolo del diritto.*
Guido Alpa **28**

Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata: tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico.
Riccardo Ferrante **32**

Ambulatoria est... ovvero la revoca (della revoca) del testamento.
Marco Tiby **44**

Recensioni

ALESSANDRO BARCA E CORRADO MARVASI, CON
PREFAZIONE DI GUIDO ALPA, *regime delle distanze nella
nuova dinamica proprietaria.*
Michela Ferraris **49**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte costituzionale, 27 luglio 2020, n. 168 **50**

Tribunale Amministrativo per la Liguria, sez. I, ord. 4
settembre 2020, n. 429 **52**

Corte Costituzionale, 6 luglio 2020, n. 134 **53**

I parchi liguri alla Consulta.

Luca Costanzo **53**

Documenti

Regionali in Liguria e “quote rosa” ...ma cosa?
Lara Trucco **55**

Sezione di diritto tributario

Massimario **56**

Documenti

Lo “stato” dei più recenti progetti di riforma del contenzioso tributario e il rischio di una “involuzione del sistema”, a fronte di inter-venti normativi ultimamente assunti.

Antonio Lovisolo **64**

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte di Cassazione, sez. III pen., 28 settembre 2018, n.
53319 **67**

Il caso “FORCE BLUE”: considerazioni sulla confisca in relazione all’intervenuta prescrizione del reato pre-supposto.
Martina Duina **68**

Massimario **75**

Sezione di deontologia

Documenti

La sospensione cautelare e il suo procedimento.
Fabio De Santis **77**

Il procedimento disciplinare (in pillole).
Maria Grazia Gandolfo **80**

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Savona, 30 giugno 2020, Giudice Unico Tagliasacchi.

CONTRATTO in genere - condizione - sospensiva o risolutiva unilaterale nell'interesse esclusivo di uno solo dei contraenti - ammissibilità - rinuncia alla condizione unilaterale - forma scritta ad substantiam - esclusione - conseguenze.

CONTRATTO in genere - caparra confirmatoria - inadempimento - risoluzione e risarcimento del danno - recesso e ritenzione della caparra - incompatibilità - conseguenze.

Le parti, nella loro autonomia contrattuale, possono pattuire una condizione sospensiva (o risolutiva) unilaterale, ossia posta nell'esclusivo interesse di uno soltanto dei contraenti, occorrendo al riguardo un'espressa clausola o, quanto meno, una serie di elementi concreti, idonei ad indurre il convincimento che si tratti di una condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse. Ne consegue che la parte nel cui interesse è posta la condizione unilaterale ha la facoltà di rinunziarvi sia prima, sia dopo l'avveramento o il non avveramento di essa, senza che l'altra parte possa ostacolarne la volontà. Inoltre, tale rinuncia, ove anche acceda a un contratto avente forma scritta, non deve necessariamente risultare, a sua volta, da atto scritto, potendo essere desunta anche da facta concludentia.

I rapporti tra azione (costitutiva) di risoluzione giudiziale per inadempimento con domanda di risarcimento integrale del danno secondo le forme ordinarie, da una parte, e azione (dichiarativa) di accertamento dell'avvenuto esercizio del diritto di recesso con ritenzione della caparra (o condanna alla restituzione del doppio della stessa), dall'altra parte, si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale, con riferimento non tanto al profilo relativo alle modalità di scioglimento del contratto, quanto, piuttosto, con riguardo a quelle concernenti il risarcimento. Pertanto, la domanda di ritenzione o di restituzione del doppio della caparra non risulta di per sé necessariamente incompatibile con le ipotesi di risoluzione automatiche (quali la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. e il termine essenziale ex art. 1457 c.c.) e con l'azione di risoluzione giudiziale, purché i rimedi risarcitori (risarcimento integrale nelle forme ordinarie e ritenzione della caparra o condanna alla restituzione della stessa) non siano proposti cumulativamente.

Con ricorso ai sensi dell'art. 702 bis cpc Marziano Bonavia conveniva in giudizio la società Immobiliare Tuttosole s.s. nonché i soci Silvana Miglioli, Paola Natucci Castaldo, Matteo Natucci e Marco Natucci, chiedendo che questo Tribunale, previa pronuncia di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. del contratto preliminare del 27 luglio 2017 e della successiva scrittura integrativa del 7 dicembre 2017, li condannasse al pagamento della complessiva somma di Euro 582.417,37.

Si costituivano in giudizio la società Immobiliare Tuttosole s.s. nonché Silvana Miglioli, Paola Natucci Castaldo, Matteo Natucci e Marco Natucci, chiedendo di rigettare l'avversa domanda, nonché, in via riconvenzionale, di pronunciare la

risoluzione del contratto preliminare del 27/7/2017 nonché delle successive due scritture private integrative, in ragione dell'esclusivo colpevole grave inadempimento di Marziano Bonavia, e, pertanto, di accertare e dichiarare il diritto di parte resistente di trattenere la somma di € 210.000,00 ricevuta a titolo di caparra confirmatoria ovvero, in subordine, di condannare il ricorrente al risarcimento dei danni subiti.

Alla prima udienza il Giudice, precedente titolare del fascicolo, disponeva la conversione del rito ex art. 702-bis cpc in rito ordinario e assegnava i termini per le memorie previste dall'art. 183 cpc.

In data 5.4.2018, il fascicolo veniva assegnato allo scrivente Giudice che escuteva il testimone Notaio Vercellotti. Successivamente le parti chiedevano al Giudice la formulazione di una proposta conciliativa ai sensi dell'art. 185-bis cpc, che il Giudice formulava con ordinanza del 5 dicembre 2019, con cui prevedeva la definizione della controversia mediante il pagamento della somma omnicomprensiva, anche a titolo di contributo spese legali, pari ad € 280.000,00.

Parte ricorrente accettava la proposta, mentre parte convenuta dichiarava di non accettarla. Il Giudice, pertanto, preso atto dell'impossibilità di raggiungere un accordo, fissava udienza di precisazione delle conclusioni.

Riferisce l'odierno ricorrente che in data 27 luglio 2017 sottoscriveva con la Società Immobiliare Tuttosole S.r.l. (poi trasformata in s.s.), con sede in Salita del Grillo n. 6, 17024, Finale Ligure (SV), in persona del socio-amministratore e legale rappresentante sig.ra Silvana Miglioli, un contratto preliminare di compravendita, in forza del quale si obbligava, per sé o per persona da nominare, ad acquistare l'immobile sito in Finale Ligure, Salita del Grillo n. 6, censito al Catasto Fabbricati del Comune di Finale Ligure (SV), al foglio 40, Particella 409, Subalterno 25.

Il prezzo pattuito dalle parti ammontava a Euro 1.600.000,00, di cui 160.000,00 versati contestualmente alla sottoscrizione del contratto preliminare di compravendita a titolo di caparra confirmatoria.

La data per la stipula del definitivo veniva fissata entro e non oltre il 30 giugno 2018. Le parti prevedevano, altresì, la condizione sospensiva, posta nell'esclusivo interesse di parte promissaria acquirente (come risulta chiaramente dall'art. 10 del preliminare), consistente nel rilascio di tutte le autorizzazioni comunali relative al cambio di destinazione d'uso dell'immobile, da turistico ricettivo a residenziale.

A causa della trasformazione della società promittente venditrice in società semplice e delle relative conseguenze sul piano fiscale, le parti provvedevano in data 7 dicembre 2017 a sottoscrivere una scrittura privata integrativa del contratto preliminare di compravendita, individuando il corrispettivo della compravendita nel minor importo di Euro 1.540.000,00. Inoltre, su richiesta della Miglioli (rappresentante della Tuttosole s.s.) il Bonavia versava l'ulteriore importo di Euro 50.000,00, quale integrazione della caparra, a mezzo assegno datato 7 dicembre 2017.

Risulta dagli atti di causa (cfr. doc 4 parte ricorrente) che l'iter amministrativo per il rilascio delle autorizzazioni amministrative necessarie per il mutamento della destinazione d'uso stava per concludersi favorevolmente per l'odierna re-

sistente già nel corso dell'anno 2012. Tuttavia, dette autorizzazioni non erano, poi, state rilasciate dal Comune di Finale Ligure a causa del mancato pagamento degli oneri in favore del Comune medesimo (quantificati in euro 312,124,11), con conseguente mancato rilascio del permesso di costruire (e, peraltro, successiva approvazione di una variante al NGA, implicante la necessità di un nuovo esame dell'istanza). Ne consegue, pertanto, che parte promittente venditrice, in epoca di molto antecedente alla stipula del preliminare, era già decaduta dall'iter per il rilascio delle autorizzazioni amministrative dedotte come condizione sospensiva, in quanto detto iter, pur avviato, già si era concluso in senso negativo. Tale circostanza, tuttavia, era stata taciuta al Bonavia.

Il ricorrente, tuttavia, una volta venuto a conoscenza della circostanza che parte promittente venditrice non si era attivata per ottenere le autorizzazioni necessarie per l'avveramento della condizione sospensiva, confermava ciononostante la propria intenzione di procedere all'acquisto e decideva di avviare un nuovo iter amministrativo, sostenendone i relativi costi e ottenendo un'ulteriore riduzione del prezzo di acquisto concordemente individuato nell'importo di Euro 1.480.000,00.

A fine giugno 2018, le parti incaricavano il Notaio Luigi Vercellotti di Alassio di redigere il contratto definitivo di compravendita. Tuttavia, in data 1° agosto 2018 né la Miglioli, né gli altri soci di Immobiliare Tuttosole si presentavano all'appuntamento concordemente fissato presso il predetto Notaio. In data 3 agosto 2018, inoltre, da una verifica effettuata nei registri immobiliari, il Bonavia veniva a conoscenza del fatto che in data 31 luglio 2018 l'immobile era stato alienato alla società BBM Srl con rogito Notaio dott.ssa Ylenia Zaninetti. Da tutto quanto precede il ricorrente ritiene, pertanto, che si possa desumere il grave e definitivo inadempimento della Tuttosole s.s..

Per contro, parte resistente nega ogni profilo di responsabilità a suo carico e attribuisce rilievo all'ulteriore scrittura integrativa (doc. 1 parte resistente), priva di data e sottoscritta dal solo Bonavia, in forza della quale la parte acquirente assumeva l'impegno di provvedere a tutte le pratiche edilizie e progettuali di cui all'art. 10 dell'originario preliminare (quelle, quindi, oggetto della condizione sospensiva) con trasferimento in capo allo stesso di ogni onere, imposta, costo e onorario professionale. Con la stessa scrittura integrativa veniva esclusa anche la previsione relativa all'introduzione del termine essenziale, originariamente fissato per il 30 giugno 2018 e veniva altresì concordato un nuovo prezzo pari ad Euro 1.470.000,00, fissando la stipulazione del rogito entro sessanta giorni dal cambio destinazione d'uso. Parte resistente, pertanto, ritiene di poter desumere l'inadempimento del Bonavia in relazione a tale scrittura integrativa, per non avere ottenuto le autorizzazioni amministrative.

La domanda di parte ricorrente è fondata per le ragioni di seguito esposte, mentre risulta infondata la domanda riconvenzionale della Tuttosole s.s..

Preliminarmente va rilevata la manifesta infondatezza dell'eccezione di sospensione per pregiudizialità in relazione all'esistenza di un procedimento penale relativo ai medesimi fatti oggetto del presente giudizio, non risultando dagli atti di causa che sia stata esercitata l'azione penale, bensì soltanto l'avvio delle indagini preliminari.

Tanto premesso, occorre rilevare che l'inadempimento della Tuttosole s.s. è pacifico, grave e presenta caratteristiche di definitività, in quanto, senza nemmeno curarsi di disdire in modo chiaro ed inequivoco l'appuntamento presso il Notaio

(cfr. testimonianza Notaio Vercellotti, che, appunto, dava per scontato che si provvedesse alla stipula del definitivo, nonché la dichiarazione scritta resa dallo stesso sub doc. 6 parte ricorrente) ha alienato a terzi l'immobile, pur essendo vincolata nei confronti del Bonavia dal precedente contratto preliminare del 27.7.2017. Da ciò deriva il grave, inescusabile e definitivo inadempimento di parte resistente.

Va subito precisato che il contratto preliminare del 27.7.2017 è da ritenersi senz'altro efficace. Esso prevedeva un termine essenziale per la stipula del definitivo, fissato al 30.6.2018, tuttavia, tale termine, originariamente previsto, è stato successivamente prorogato con la scrittura integrativa depositata in giudizio dalla Immobiliare Tuttosole sub doc. 1, nella quale testualmente si afferma *“si pattuisce tra le parti: che il termine risolutivo del 30/6/18 di cui al punto 10 del preliminare si intenda superato, potendosi provvedere al rogito anche in data successiva, il tutto sempre sospensivamente condizionato al solo ottenimento del cambio di destinazione d'uso”*. Il termine essenziale quindi era stato espunto e, parimenti, per le ragioni che di seguito si riportano, la condizione sospensiva è da ritenersi rinunciata. Ne consegue che la Tuttosole s.s. era ancora vincolata dal contratto preliminare, pienamente efficace, sicché la sua condotta è qualificabile come inadempimento di importanza non scarsa ai sensi dell'art. 1453 c.c..

Per contro, nessun rilievo può essere attribuito alla condotta che la Tuttosole s.s. imputa al Bonavia pretendendo di poterne desumere profili di responsabilità per inadempimento a suo carico, per il fatto di non aver ottenuto le autorizzazioni amministrative cui si era impegnato con la seconda scrittura integrativa.

Al riguardo, si deve rilevare, in primo luogo, la non corretta qualificazione giuridica della prospettazione di parte resistente, in quanto, essendo il comportamento in questione dedotto come condizione sospensiva, esso non potrebbe essere valutato come inadempimento, bensì, a tutto concedere, come un'ipotesi di mancato avveramento della condizione.

In secondo luogo, la condizione sospensiva relativa alla concessione delle autorizzazioni è certamente da ritenersi posta nell'esclusivo interesse dell'acquirente, come risulta espressamente dall'art. 10 del preliminare, il cui tenore letterale è inequivocabile. Tale clausola indicata sub art. 10, peraltro, riserva esplicitamente al promissario acquirente la facoltà di rinunciare alla condizione senza necessità di consenso della controparte. Inoltre, anche sul piano dell'assetto degli interessi negoziali, non può non attribuirsi rilievo al fatto che disporre di un immobile dotato delle autorizzazioni amministrative richieste corrispondeva all'interesse del promissario acquirente e non del promittente venditore, che se ne stava spogliando.

Ne consegue che la clausola in questione va qualificata come condizione unilaterale, posta nell'interesse esclusivo del Bonavia, sicché essa poteva essere oggetto di rinuncia in qualsiasi momento da parte sua. Per il costante orientamento della Corte di Cassazione, infatti, la parte nel cui esclusivo interesse è posta la condizione unilaterale ha la possibilità di rinunciare, come confermato ancora recentemente da Cassazione civile, sez. II, 10/04/2012, n. 5692 e Cassazione civile, sez. II, 17/11/2017, n. 27320, secondo cui *“Le parti, nella loro autonomia contrattuale, possono pattuire una condizione sospensiva o risolutiva nell'interesse esclusivo di uno soltanto dei contraenti, occorrendo al riguardo un'espressa clausola o, quanto meno, una serie di elementi, idonei ad indurre il convincimento che si tratti di una condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse. Ne consegue che la parte contraente, nel cui interesse è posta*

la condizione, ha la facoltà di rinunziarvi sia prima, sia dopo l'avveramento o il non avveramento di essa, senza che la controparte possa comunque ostacolarne la volontà”.

Nel caso di specie, l'inequivoca volontà di rinunciare risulta implicitamente dalla decisione del Bonavia di concludere comunque il definitivo, nonostante il mancato rilascio delle autorizzazioni, e di fissare quindi l'appuntamento presso il Notaio per il rogito del 1 agosto 2018.

Al riguardo, parte resistente ha obiettato che la rinuncia alla condizione non sarebbe efficace, in quanto avrebbe dovuto rivestire la forma scritta. A tal fine ha richiamato la nota sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. II, 05/11/2015, n. 22662, che ha affermato come “Ove in un contratto preliminare di compravendita sia stata prevista una clausola risolutiva con cui si subordini l'efficacia del contratto al verificarsi dell'evento ivi contemplato, ed ove le parti intendano rinunciare ai suoi effetti, tale pattuizione deve validamente essere adottata mediante forma scritta poiché trattasi di modifica contrattuale implicante una rilevante alterazione rispetto al precedente negozio”. La sentenza richiamata, invero, si pose in contrasto con quanto diversamente affermato in precedenza dalla Corte di Cassazione nel 2010, in un'ipotesi in cui era stata accolta la tesi secondo cui la condizione può essere considerata tacitamente rinunciata per effetto di comportamenti concludenti e, in particolare, in caso di adempimento spontaneo del contratto, sul punto cfr. Cassazione civile, sez. I, 26/04/2010, n. 9948 “L'adempimento spontaneo delle obbligazioni contrattuali, prima della verifica della condizione sospensiva pattuita, priva la condizione medesima dell'efficacia sua propria e, estinguendo le obbligazioni adempite, esaurisce la forza vincolante del contratto”.

Il riferimento di parte resistente alla sentenza n. 22662/2015, tuttavia, non è del tutto pertinente. In quell'ipotesi, infatti, veniva in rilievo un'ordinaria condizione bilaterale e non, come nel caso di specie, una condizione unilaterale.

Con specifico riguardo alla questione della rinuncia alla condizione unilaterale, parte resistente richiama i principi affermati da un'altra nota pronuncia (Cassazione civile, sez. II, 30/10/1992, n. 11816). Il riferimento giurisprudenziale, a differenza del precedente, è pertinente rispetto al caso di specie, tuttavia è espressione di un orientamento isolato, risalente e oggi superato.

Con la sentenza n. 11816/1992, la Corte di Cassazione aveva sostenuto la necessità della forma scritta per la rinuncia alla condizione unilaterale, ma tale approdo ermeneutico altro non era se non la conseguenza di una peculiare, e ormai per l'appunto superata, ricostruzione teorica della condizione unilaterale, in adesione alla teoria del c.d. “doppio contratto”, secondo cui, sul piano dogmatico, la condizione unilaterale si configura come un contratto bilateralmente condizionato, cui si affianca un secondo contratto, consistente in un'opzione avente ad oggetto quel medesimo contratto ma privo della condizione. Conseguentemente, in questa prospettiva, la rinuncia alla condizione unilaterale veniva tecnicamente qualificata come accettazione della proposta irrevocabile del secondo contratto (quello, quindi, non condizionato), mediante l'esercizio del diritto di opzione. Proprio per tale ragione tecnica era, pertanto, richiesta la forma scritta *ad substantiam* anche per la dichiarazione di rinuncia alla condizione unilaterale, in conformità con quanto avviene ordinariamente per l'esercizio del diritto di opzione. Al riguardo, cfr. Cassazione civile, sez. II, 30/10/1992, n. 11816, “Nel caso di condizione unilaterale (prevista nell'esclusivo interesse di uno dei contraenti) le parti stipulano un contratto normalmente condizionato con contemporanea previsione a vantaggio della parte

favorita di un diritto di opzione, il cui atto di esercizio richiede la forma prevista per il contratto cui la condizione accede”, nonché “Nel caso di condizione unilaterale, cioè prevista nell'esclusivo interesse di uno solo dei contraenti, la dichiarazione di questi di non volersi avvalere della condizione medesima non è rinuncia in senso proprio, bensì figura esercizio di una opzione (o diritto potestativo di analoga struttura), con efficacia modificativa del contratto, dunque soggetta alla forma prevista per il negozio cui la condizione stessa accede”.

La tesi del doppio contratto e della conseguente necessità della forma scritta per la rinuncia risulta attualmente minoritaria in giurisprudenza. Per la tesi più recente e oggi del tutto prevalente, infatti, la condizione unilaterale può essere oggetto di una rinuncia che risulti anche attraverso comportamenti concludenti. Sul punto, cfr. *ex multis*, da ultimo Cassazione civile, sez. II, 05/06/2008, n. 14938, secondo cui “Il promissario acquirente di immobile oggetto di contratto preliminare di compravendita può rinunciare alla condizione sospensiva convenuta nel suo esclusivo interesse e detta rinuncia non deve necessariamente risultare da atto scritto, ma può essere desunta anche da *facta concludentia*”.

In ogni caso, la previsione del trasferimento in capo al Bonavia dell'impegno di ottenere le autorizzazioni, come correttamente rilevato dalla difesa di quest'ultimo, deve essere valutato alla luce dell'inerzia della Tuttosole s.s. a fronte del medesimo impegno, precedentemente posto a suo carico in considerazione delle previsioni del contratto preliminare. Inoltre, anche ove la Tuttosole avesse avuto motivi di doglianza in relazione al comportamento del Bonavia, avrebbe dovuto, a tutto concedere, metterlo in mora ed eventualmente proporre apposita azione di risoluzione del contratto preliminare ovvero notificare l'avvenuto recesso. È appena il caso di sottolineare, infatti, la palese irrilevanza di qualsiasi comunicazione, ove anche questa risultasse provata, che fosse stata rivolta informalmente a un terzo estraneo al contratto (nella specie, la segretaria del Notaio Vercellotti). In assenza della proposizione della doverosa azione di risoluzione del preliminare (o della comunicazione del recesso), invece, la Tuttosole non può che essere rimasta pienamente vincolata all'obbligazione nascente dal contratto preliminare, sicché la sua condotta consistente nella deliberata ed autonoma decisione di non presentarsi all'appuntamento fissato dal Notaio per la stipula del definitivo e, soprattutto, la sua decisione di alienare a terzi l'immobile (senza nemmeno provvedere a comunicare tale decisione al Notaio e alla controparte) integra grave e definitivo inadempimento del contratto preliminare. Ne consegue che si può ritenere accertato l'inadempimento del contratto preliminare del 27.7.2017 da parte della Tuttosole s.s.. Per l'effetto, va dichiarato risolto, ai sensi dell'art. 1453 c.c. il contratto preliminare di compravendita del 27 luglio 2017, con condanna della Tuttosole s.s. alla restituzione della caparra a suo tempo versata dal Bonavia pari a complessivi euro 210.000,00.

La domanda di condanna al pagamento del doppio della caparra non può essere accolta, in ragione dei noti principi affermati dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite circa l'incompatibilità tra domanda di risarcimento nelle forme ordinarie e domanda di ritenzione della caparra (o restituzione del doppio), principi poi costantemente confermati dalla giurisprudenza successiva. Al riguardo cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 14/01/2009, n. 553, secondo cui “In caso di caparra confirmatoria, che ha la funzione di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, i rapporti tra azione di risolu-

zione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale sicché, proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersi consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione della caparra”.

Sul punto, il ricorrente richiama un recente - anche se non univoco - orientamento giurisprudenziale, secondo cui la domanda di ritenzione o di restituzione del doppio della caparra risulta compatibile con le ipotesi di risoluzione automatiche (ossia le ipotesi di risoluzione di diritto, quali la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. e il termine essenziale ex art. 1457 c.c.) e con l'azione di risoluzione giudiziale. Sul punto cfr. ex multis Cassazione civile, sez. II, 03/11/2017, n. 26206, secondo cui “*In tema di contratto preliminare cui acceda il versamento di una caparra confirmatoria, la parte adempiente che si sia avvalsa della facoltà di provocarne la risoluzione mediante diffida ad adempiere, ai sensi dell'art. 1454 c.c., può agire in giudizio esercitando il diritto di recesso ex art. 1385, comma 2, c.c., e in tal caso, ove abbia ricevuto la caparra, ha diritto di ritenerla definitivamente mentre, ove l'abbia versata, ha diritto di ricevere la restituzione del doppio di essa, con esclusione del diritto al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento che ha giustificato il recesso*”; Cassazione civile, sez. VI, 23/04/2020, n. 8050, secondo cui “*In tema di contratto preliminare cui acceda il versamento di una caparra confirmatoria, la parte adempiente che si sia avvalsa della facoltà di provocarne la risoluzione mediante diffida ad adempiere, ai sensi dell'art. 1454 c.c., può comunque esercitare il diritto di recesso ex art. 1385 c.c., comma 2, e in tal caso, ove abbia versato la caparra, ha diritto di ricevere la restituzione del doppio di essa, con esclusione del diritto al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento che ha giustificato il recesso*”.

Tuttavia, il richiamo al citato orientamento non risulta pertinente rispetto al caso di specie, atteso che esso è riferibile esclusivamente all'ipotesi in cui chi propone la domanda di risoluzione giudiziale costitutiva ovvero la domanda di accertamento dell'intervenuta risoluzione automatica abbia domandato fin da subito esclusivamente la ritenzione della caparra o la restituzione del doppio della stessa. Infatti, a ben vedere, tale orientamento intende sottolineare soltanto la compatibilità tra le modalità di risarcimento del danno mediante ritenzione della caparra (o restituzione del doppio) e le diverse forme di scioglimento del contratto (per effetto dell'esercizio del diritto di recesso ovvero per effetto di una pronuncia di risoluzione costitutiva ovvero ancora per effetto dell'accertamento dell'intervenuta risoluzione automatica). Ma nel caso di specie il ricorrente ha sempre domandato non solo la restituzione del doppio della caparra, ma anche il risarcimento del danno, sicché il profilo di incompatibilità non attiene al rapporto tra la domanda di restituzione della caparra e la forma di scioglimento del contratto scelta dalla parte non inadempiente (nel caso di specie, la risoluzione giudiziale), bensì al cumulo tra la domanda di risarcimento nelle forme ordinarie e la domanda di restituzione del doppio della caparra. E tale incompatibilità, definita dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 553/2009 “*assoluta, strutturale e funzionale*” non è stata revocata in dubbio dall'orientamento richiamato dal ricorrente, relativo esclusivamente al diverso profilo dell'irrelevanza del meccanismo di scioglimento del contratto rispetto alle modalità di risarcimento.

Poiché, però, si tratta di domande alternative (risarcimento

nelle forme ordinarie e ritenzione della caparra o restituzione del doppio), spetta la Giudice valutare la corretta qualificazione della domanda concretamente proposta in giudizio.

Nel caso di specie, l'azione proposta dal ricorrente non può che essere qualificata come azione di risoluzione ordinaria ai sensi dell'art. 1453 c.c. e non già come azione di accertamento dell'intervenuto recesso, con richiesta di condanna alla restituzione del doppio della caparra.

Infatti, in questo senso depone anzitutto l'espressa qualificazione come domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. compiuta direttamente dal ricorrente. Tale elemento, sebbene non sia del tutto trascurabile, non è, tuttavia, di per sé vincolante per il Giudice. Come affermato, infatti, ancora di recente dalla giurisprudenza (cfr. Cassazione civile, sez. VI, 23/04/2020, n. 8048), “*La proponibilità della domanda di ritenzione della caparra, nell'incipit del processo, prescinde dal nomen iuris utilizzato dalla parte nell'introdurre l'azione caducatoria degli effetti del contratto: se quest'azione dovesse essere definita di risoluzione contrattuale in sede di domanda introduttiva, sarà compito del giudice, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi di interpretazione e qualificazione in iure della domanda stessa*”.

Risulta, invece, determinante la circostanza che il ricorrente abbia fin da subito domandato la condanna al risarcimento del danno e non soltanto quella alla restituzione della caparra. Poiché, come è illustrato, le due domande sono alternative e non cumulabili, stante l'incompatibilità strutturale e funzionale tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento, deve senz'altro intendersi che il ricorrente abbia inteso proporre domanda di risoluzione giudiziale unitamente alla domanda di condanna al risarcimento del danno nelle forme ordinarie, avendo egli richiesto il risarcimento del danno ulteriore, quantificato in euro 162.417,33.

Ne consegue il rigetto della domanda di condanna alla restituzione del doppio della caparra.

Deve, tuttavia, essere accolta la domanda di restituzione della caparra versata, pari a 210.000,00 euro, poiché si tratta di un mero effetto restitutorio, conseguente all'effetto risolutivo. Sul punto, cfr., ancora recentemente, Cassazione civile, sez. II, 27/03/2019, n. 8571, secondo cui “*Qualora, anziché recedere dal contratto, la parte non inadempiente si avvalga dei rimedi ordinari della richiesta di adempimento ovvero di risoluzione del negozio, la restituzione della caparra è ricollegabile agli effetti restitutori propri della risoluzione negoziale, come conseguenza del venire meno della causa della corresponsione, giacché, in tale ipotesi, essa perde la suindicata funzione di limitazione forfettaria e predeterminata della pretesa risarcitoria all'importo convenzionalmente stabilito in contratto e la parte che allega di avere subito il danno, oltre che alla restituzione di quanto prestato in relazione al contratto od in esecuzione del medesimo, ha diritto anche al risarcimento dell'integrale danno subito, se e nei limiti in cui riesce a provarne l'esistenza e l'ammontare in base alla disciplina generale degli artt. 1453 ss. c.c.*”.

La domanda di condanna al risarcimento del danno emergente proposta dal ricorrente nelle forme ordinarie può trovare accoglimento nei limiti di seguito indicati. È certamente inammissibile, come domanda nuova, oltre che infondata in quanto non provata, la pretesa del ricorrente di vedersi riconosciuto a titolo di risarcimento del danno la somma corrispondente al doppio della caparra, determinata in via equitativa proprio in 210.000,00 euro. Non è infatti, consentito mutare semplicemente la qualificazione del titolo, pretendendo di ottenere a titolo risarcitorio quella stessa identica somma che sarebbe spettata come restituzione del doppio della caparra, in assenza di elementi volti a dimostrare la spe-

cifica entità del danno. Ne consegue che la somma di denaro non riconosciuta a titolo di restituzione della caparra non può neppure certamente essere riconosciuta a titolo risarcitorio per effetto di una determinazione della stessa in via equitativa.

Per contro va accolta la domanda di risarcimento del danno relativa a tutte le spese sostenute dal Bonavia in seguito alla stipulazione del preliminare ed evidentemente rese inutili in quanto deliberatamente frustrate a causa dell'inadempimento di controparte, per l'ammontare complessivo di euro 162.417,37, sussistendo il nesso di causalità immediata e diretta ai sensi dell'art. 1223 c.c. ed essendo le stesse analiticamente documentate da parte ricorrente (tutte sub doc. 11). Va, infine, rigettata la domanda di condanna al risarcimento del danno per lite temeraria formulata da parte ricorrente nei confronti di parte resistente ai sensi dell'art. 96 c.p.c., che risulta infondata. Parte ricorrente non ha infatti provato che le controparti abbiano resistito in giudizio con mala fede processuale, ovvero nella consapevolezza del proprio torto e nella coscienza dell'infondatezza delle proprie domande o, comunque, omettendo quel minimo di diligenza che avrebbe loro consentito di avvedersi dell'infondatezza della propria pretesa.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo secondo i parametri medi dello scaglione compreso tra 260.000,00 e 520.000,00 euro.

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, in persona del Giudice dott. Eugenio Tagliasacchi, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, definitivamente pronunciando, così provvede. Accerta e dichiara, in accoglimento della domanda di Marziano Bonavia, l'inadempimento di Immobiliare Tuttosole s.s. ai sensi dell'art. 1453 c.c. del contratto preliminare di compravendita del 27 luglio 2017 e delle successive modifiche e integrazioni; accoglie, per l'effetto, la domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. del contratto preliminare di compravendita del 27 luglio 2017 e delle successive modifiche e integrazioni; condanna la Immobiliare Tuttosole s.s. alla restituzione in favore di Marziano Bonavia della caparra versata, pari a euro 210.000,00, oltre interessi; condanna la Immobiliare Tuttosole s.s. a pagare la somma di euro 162.417,37 euro, oltre interessi, a titolo di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale; condanna la Immobiliare Tuttosole s.s. alla rifusione delle spese di lite in favore di Marziano Bonavia, spese che liquida in euro 22.000,00, oltre 15% per spese generali, IVA e CPA come per legge.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 24 settembre 2020 - Pres. Tuttobene - Rel. Lippi - Limoncini (Avv. Iavicoli) c. Ministero dell'Interno Ufficio territoriale di Governo - Prefettura di Genova (Avvocatura Distrettuale dello Stato).

SINDACO - sospensione automatica dalla carica per condanna non definitiva per peculato - D.Lgs. n. 235/2012 (c.d. Legge Severino) - questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 24 e 113 Cost. - rilevanza e non manifesta infondatezza - rimessione alla Corte costituzionale.

(Art. 11, co. 1, lett. a, e co. 4 D.lgs. 31-12-2012, n. 235; Artt. 24 e 113 Cost.).

La questione di legittimità costituzionale della mancata previsione da parte dell'art. 11, co. 1, lett. a e co. 4, D.lgs. n. 235/2012 (cd.

Legge Severino), che prevede la sospensione automatica per diciotto mesi dalla carica del Sindaco condannato con sentenza non definitiva per reato di peculato, della possibilità di effettuare una valutazione di proporzionalità tra la condanna riportata e la sospensione da pronunciarsi ex lege e della mancata previsione di giustiziabilità della sospensione, non paiono manifestamente infondate in relazione agli artt. 24 e 113 Cost. e sono rilevanti nel giudizio promosso dinanzi l'A.G.O. per ottenere la disapplicazione ex art. 5 della Legge n. 2248/1865, All. E. del provvedimento prefettizio di sospensione per cui il giudizio in corso va sospeso con trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

(Nel caso di specie il Sindaco di un Comune, avendo riportato una condanna non definitiva per peculato riferita a fatti anteriori alla assunzione della carica, è stato sospeso automaticamente dal Prefetto, in forza dell'art. 11, co.1, lett. a e co. 4 D. Lgs. n. 235/2012, per la durata di diciotto mesi, modificando con ciò la volontà dell'elettorato sulla base di una valutazione fatta in astratto ex lege senza che sia esperibile alcun rimedio che consenta l'apprezzamento da parte dell'Autorità Giudiziaria del fatto accertato in sede penale).

(...Omissis...) Ordinanza di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale *(...omissis...)*

Sui fatti dedotti e sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate da Marco Limoncini.

(...Omissis...)

Marco Limoncini è stato eletto sindaco del Comune di Cicagna in occasione delle consultazioni elettorali amministrative tenutesi nella primavera del 2017 e ha assunto la carica a partire dall'11 giugno dello stesso anno.

Con sentenza emessa in data 30.05.2019 il Tribunale di Genova lo ha condannato alla pena di anni tre di reclusione in ordine al reato di peculato per fatti commessi nel periodo dal 2010 al 2015, nel quale ha rivestito la carica di consigliere regionale in Liguria.

Con provvedimento prot. n. 0040237 del 31.05.2019 il Prefetto di Genova, avuta la comunicazione della sentenza non definitiva del Tribunale di Genova, ha sospeso di diritto Limoncini ai sensi dell'art. 11, comma 1 lett. a) e comma 5, del D.lgs. 31.12.2012, n. 2351 dalla carica di Sindaco del Comune di Cicagna.

Nel presente giudizio Limoncini ha rivolto al Tribunale le domande che vengono qui di seguito trascritte:

“Piaccia al Tribunale Ecc.mo, ogni contraria istanza, eccezione, deduzione e/o difesa, respinta e disattesa:

- in via principale: disapplicare, in quanto costituzionalmente illegittimo, ai sensi dell'art. 5, Legge n. 2248/1865 All. E, e comunque privare di ogni giuridica efficacia, il provvedimento prot. n. 0040237 in data 31.05.2019 del Prefetto titolare dell'Ufficio Territoriale del Governo di Genova con il quale l'attore Limoncini Marco è stato sospeso, ai sensi dell'art. 11, 1° comma lett. a e 4° comma, D.lgs. 31.12.2012 n. 235, dalla carica di Sindaco del Comune di Cicagna, con ogni conseguente pronuncia;

- in via alternativa o subordinata: a) - preso atto della questione di legittimità costituzionale sollevata dall'attore Limoncini Marco, ai sensi dell'art. 1 Legge Cost. 09.02.1948 n. 1 e art. 23, 1° comma, Legge 11.03.1953 n. 87, in relazione all'art. 11, 1° comma, lett. a e 4° comma, D.lgs. 31.12.2012 n. 235, con riguardo agli artt. 3, 1° comma, 25, 2° comma, 24, 1° e 2° comma, 27, 2° comma, 51, 1° comma, 113, 1° comma, Cost., nonché in relazione al principio di ragionevolezza e di tutela dell'affidamento ed in relazione agli artt. 6-7 CEDU, ritenuta la stessa questione rilevante al fine del decidere e non manifestamente infondata, disporre

con ordinanza, ai sensi del citato art. 23, 2° comma, Legge 11.03.1953 n. 87, la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale sospendendo conseguentemente il presente giudizio fino alla pronuncia, da parte della stessa in ordine alla sollevata questione, con ogni conseguente provvedimento; b) - all'esito della pronuncia della Corte Costituzionale, disapplicare ai sensi dell'art. 5, Legge n. 2248/1895 All. E, e comunque privare di ogni giuridica efficacia, il provvedimento prot. n. 0040237 in data 31.05.2019 del Prefetto titolare dell'Ufficio Territoriale del Governo di Genova con il quale l'attore Limoncini Marco è stato sospeso, ai sensi dell'art. 11, 1° comma lett. a - 4° comma D.lgs. 31.12.2012 n. 235, dalla carica di Sindaco del Comune di Cignana, con ogni conseguenziale pronuncia.

In ogni caso, con vittoria di spese e competenze di giudizio”.

Limoncini ha quindi chiesto, in via principale, la disapplicazione ex art. 5 Legge n. 2248/1865 All. E del provvedimento prefettizio e in ogni caso la declaratoria di inefficacia per illegittimità e in via alternativa o subordinata, per il caso che il Tribunale non ritenesse di immediata applicabilità il principio di gerarchia delle fonti, ha proposto eccezione di incostituzionalità dell'art. 11, 1° comma lett. a e 4° comma, D.lgs. n. 235/2012 per contrasto con diversi principi costituzionali.

In particolare ha denunciato la violazione del principio di presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, 2° comma, Cost. sostenendo che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte costituzionale con la pronuncia n.236/2015, la misura della sospensione abbia carattere sanzionatorio, sia per essere conseguenza di una condanna penale non definitiva che per il suo carattere afflittivo, consistente nella limitazione dell'esercizio dell'elettorato passivo, diritto personalissimo ed assoluto costituzionalmente garantito.

Dalla natura sanzionatoria della sospensione deriverebbe la violazione dell'art. 27, 2° comma, Cost., in quanto la misura viene applicata automaticamente sulla base di una presunzione legale di colpevolezza conseguente ad una pronuncia di condanna non definitiva e per un periodo di tempo prestabilito.

Sempre per la natura vincolata del provvedimento prefettizio, la disciplina della sospensione, secondo l'attore, si porrebbe in contrasto con il diritto inviolabile di difesa di cui all'art. 24, 1° e 2° comma, Cost., il diritto di impugnabilità degli atti della P.A. di cui all'art. 113, 1° comma, Cost., nonché con il diritto ad un equo processo di cui all'art. 6 CEDU.

L'istituto della sospensione sarebbe inoltre in contrasto con il principio di ragionevolezza per quanto riguarda il bilanciamento tra la finalità di tutela perseguita e il sacrificio imposto all'interessato. La sospensione infatti si applica anche per fatti non necessariamente concernenti la carica pubblica, comportando la privazione per diciotto mesi del diritto costituzionale di elettorato passivo, con conseguente lesione dell'immagine pubblica e privata dell'interessato, sulla base di una illegittima presunzione di colpevolezza, senza possibilità di 'ripristino' di detta privazione, nemmeno in caso di successiva assoluzione.

Inoltre nel caso specie, essendo i fatti per cui è stata pronunciata la condanna non definitiva anteriori alla entrata in vigore del D.lgs. n. 235/2012 ed anteriori anche alla candidatura ed alla assunzione della carica di sindaco, si configurerebbe la violazione del principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. e dell'art. 7 CEDU.

La misura della sospensione contrasterebbe anche con il principio di eguaglianza ex art. 3, 1° comma, Cost. in quanto situazioni analoghe sono disciplinate in maniera diversa senza alcuna giustificabile ragione, posto che il candidato sindaco condannato con sentenza non definitiva per il reato di cui all'art. 314 c.p., anteriormente alla candidatura ed alla elezione,

può esercitare il proprio diritto di elettorato passivo, mentre se la stessa condanna interviene nel periodo di esercizio della sua carica ex art. 11, 1° comma, del medesimo D.lgs. n. 235/2012 opera automaticamente la sospensione dalla carica. Infine, la sospensione, in quanto fondata su una sentenza di condanna non definitiva lederebbe sia il legittimo affidamento del soggetto che riveste un ruolo istituzionale a proseguire nell'incarico ricoperto costituente espressione del diritto costituzionale di elettorato passivo, sia la tutela dell'affidamento di coloro che hanno esercitato legittimamente il loro diritto di elettorato attivo mediante il quale un candidato è stato eletto.

Secondo le difese svolte nel presente giudizio dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura, invece, tutte le doglianze espresse dall'attore non sono meritevoli di accoglimento in quanto fondate sulla natura sanzionatoria della misura di sospensione prevista dal richiamato art. 11, che deve essere esclusa sulla base del consolidato orientamento della Corte Costituzionale di cui alle sentenze 236/2015 e 276/2016 e 36/2019.

La Corte, infatti, investita in più occasioni della valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della normativa in oggetto, ha affermato costantemente che la sospensione *“costituisce una misura cautelare diretta ad evitare che coloro che sono stati condannati anche in via non definitiva per determinati reati gravi o comunque offensivi della PA rivestano cariche amministrative, mettendo così in pericolo il buon andamento dell'amministrazione stessa e la sua onorabilità, e anche in questi casi il bilanciamento operato dal legislatore fra il menzionato interesse pubblico e gli altri interessi, pubblici e privati, in gioco, non appare irragionevole.”* La Corte ha escluso che *“le misure della incompatibilità, della decadenza e della sospensione abbiano carattere sanzionatorio”* rappresentando solo *“conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche amministrative e della PA”* trattandosi la sospensione *“di mera anticipazione dell'effetto interdittivo derivato dal giudicato, anch'esso parimenti non diretto a finalità punitive”*. E ancora: *“la sospensione della carica prevista nella disposizione all'esame di questa Corte è limitata a diciotto mesi, decorsi i quali la sospensione viene meno”* e pertanto *“risulta assente quel connotato di speciale gravità necessario perché la misura che non presenta finalità deterrente e punitiva possa essere assimilata, sul piano della sua afflittività, a una sanzione penale o a una sanzione amministrativa.”*

La natura latu sensu cautelare dell'istituto era già stata riconosciuta dalla Consulta con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 15 co. 4 bis della legge 19 marzo 1990 n. 55. Secondo i convenuti non coglie nel segno la tesi secondo cui l'art.11 del D.lgs. n.235 del 2012 costituirebbe un vulnus al diritto alla difesa in quanto non è vero che contro la misura sospensiva non sia dato strumento giurisdizionale, tanto meno in sede di urgenza. La legge infatti non sottrae al vaglio giurisdizionale il provvedimento, ma semplicemente sottrae all'Amministrazione la scelta dell'applicazione della misura a carattere vincolato.

Anche la doglianza relativa all'asserita violazione del principio di irretroattività della sanzione penale sarebbe infondata perché si basa sull'assunto erroneo della natura sanzionatoria della misura. In ordine alla violazione dell'art. 7 CEDU la Corte asserisce che *“dal quadro delle garanzie apprestate dalla CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo non è ricavabile un vincolo ad assoggettare una misura amministrativa cautelare, quale la sospensione dalle cariche elettive in conseguenza di una condanna penale non definitiva, al divieto convenzionale di retroattività della legge penale”* (Corte Cost. 276/2016).

Infine non sarebbe ravvisabile la violazione del principio di uguaglianza in quanto in entrambe le ipotesi prospettate dall'attore, opererebbe - in ogni caso - la misura della sospensione di cui all'art. 11 del D.lgs. n. 235/2012, in ossequio alla sua indiscutibile natura cautelare (il candidato condannato con sentenza non definitiva già al tempo della candidatura, se eletto, dovrebbe essere subito sospeso per 18 mesi ai sensi del richiamato art. 11, lett. a), D.lgs. n. 235/2012).

Sulla giurisdizione del Giudice Ordinario e sulla competenza per territorio del Tribunale di Genova.

Le S.U. della Corte di Cassazione hanno costantemente enunciato il principio di diritto secondo cui *“in materia di contenzioso elettorale, amministrativo sono devolute al giudice ordinario le controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo, né la giurisdizione del giudice ordinario incontra limitazioni o deroghe per il caso in cui la questione di eleggibilità venga introdotta mediante impugnazione del provvedimento di decadenza, perché anche in tale ipotesi la decisione verte non sull'annullamento dell'atto amministrativo, bensì sul diritto soggettivo perfetto inerente l'elettorato attivo o passivo”* (cfr Cass., S.U. n. 5574/2012, Cass., S.U. n. 11646/2003; Cass., S.U. n. 8469/2004).

Inoltre con la sentenza n. 11131/15 resa a Sezioni unite la Suprema Corte, risolvendo il conflitto con la giurisdizione amministrativa, adita in prima battuta, ha rilevato che *“in tema di enti pubblici locali la sospensione dalla carica elettiva a norma dell'art.11 del d.lgs. 31.12.2012 n.235 consegue direttamente ed esclusivamente alla condanna penale dell'eletto in quanto il decreto prefettizio che accerta la sussistenza della causa di sospensione è provvedimento non discrezionale ma vincolato. Ha ritenuto pertanto che l'impugnazione della sospensione rientri nella giurisdizione ordinaria a tutela del diritto soggettivo di elettorato passivo, che non si esaurisce con la partecipazione all'elezione, ma si estende allo svolgimento della funzione elettiva”*.

Quanto alla competenza del Tribunale di Genova essa è radicata in virtù dell'art. 25 c.p.c., essendo convenuta in giudizio una amministrazione dello Stato, oltre che per il fatto che la controversia ha ad oggetto il diritto di elettorato passivo di organi di amministrazione locale operanti nell'ambito del circondario del Tribunale di Genova (art. 82, 1° comma, D.P.R. 16.05.1960 n. 570).

Sull'interesse attuale e concreto del ricorrente.

Il ricorrente è portatore di un interesse attuale e concreto ex art. 100 c.p.c. ad ottenere una sentenza che accerti il diritto di elettorato passivo, diritto soggettivo costituzionalmente garantito ex art. 51, 1° comma, Cost., in quanto riveste tuttora la carica di sindaco, pur essendo stato temporaneamente sospeso per il periodo di diciotto mesi dalle funzioni per effetto del provvedimento prefettizio emesso ai sensi dell'art. 11, 1° comma, lett. a, e 4° comma, del D.lgs. n. 235/2012 di cui chiede la disapplicazione e denuncia l'illegittimità costituzionale.

Sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale.

L'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, stabilisce che: *«La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e ritenuta dal giudice non manifestamente infondata, è rimessa alla Corte Costituzionale per la sua decisione»*.

Detta disposizione si salda con quella dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la quale, con terminologia letteralmente più

restrittiva, prevede che: *«Nel corso di un giudizio dinanzi ad un'autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza»*.

In base ad esse il giudice può sollevare questione relativamente a una disposizione di legge solo e nei limiti in cui essa deve essere applicata in una controversia concreta.

La necessaria applicabilità dell'atto sindacato costituisce una logica, diretta derivazione del carattere incidentale del controllo di costituzionalità. Se non si richiedesse l'applicazione nel giudizio a quo della disposizione asseritamente illegittima, il giudice potrebbe formulare questioni di costituzionalità del tutto sganciate dalle vicende applicative della legge e, dunque, astratte od ipotetiche; la rilevanza è ciò che assicura la concretezza della questione e instaura un legame fra il giudizio costituzionale e il giudizio a quo.

Gli interessi tutelati nei due distinti ed autonomi procedimenti (giudizio costituzionale e giudizio a quo) devono quindi essere diversi e non sovrapponibili.

Nel giudizio a quo si fa valere l'interesse soggettivo e concreto delle parti a ottenere un bene della vita o a non subire una limitazione della propria libertà per effetto di una legge incostituzionale; nel giudizio costituzionale si salvaguarda l'interesse obiettivo dell'ordinamento alla legalità costituzionale.

Il Giudice a quo deve quindi accertare ai sensi dell'art.1 della legge costituzionale n.1/1948 e dell'art.23 comma 2 della legge 87/1953 la sussistenza dei due presupposti per la proponibilità della questione: la *rilevanza* e la *non manifesta infondatezza*.

Per il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale la *rilevanza* della questione ricorre quando il giudizio a quo non può essere definito se prima non viene risolto il dubbio di legittimità costituzionale che investe la disposizione di legge che deve essere applicata.

Solo in seconda battuta il giudice a quo deve accertare che la questione *non sia manifestamente infondata* e deve quindi valutare la serietà e la non pretestuosità della proposta questione, escludendo anche che non sia esperibile nei confronti della disposizione contestata una interpretazione conforme a Costituzione.

Nel caso in esame, sul profilo della *rilevanza* della questione di legittimità costituzionale, si osserva che l'art. 11 del D.lgs. n.235/2012 prevede la sospensione di diritto dalla carica di Sindaco, provvedimento in relazione al quale il Collegio ritiene che non si possa procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo, così come richiesto dall'attore in via principale ex art. 5 legge n.2248/1865 (legge sul contenzioso amministrativo) che presuppone la non conformità a legge dell'atto amministrativo, ipotesi che nel caso di specie certamente non ricorre, essendo pacifico che il ricorrente ha riportato una condanna per i reati indicati dall'art.10 del D.lgs. n.235/2012 e si trova dunque nelle condizioni previste dall'art.11 per la sospensione di diritto dalla carica di sindaco.

Inoltre, sempre sotto il profilo della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, il Collegio ritiene di non poter addivenire alla soluzione della controversia attraverso un'*interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata* dell'art.11 del D.lgs. n.235/2012, posto che i dubbi prospettati dalla difesa del ricorrente e rilevati dal Tribunale, anche alla luce delle pronunce già rese dalla Corte Costituzionale, non possono essere superati sul piano ermeneutico.

La disapplicazione del provvedimento prefettizio non può quindi prescindere dal giudizio di costituzionalità sull'art.11 del D.lgs. n.235/2012.

Quanto al presupposto della *non manifesta fondatezza* della questione di legittimità costituzionale si evidenzia, in primo luogo, che con l'ordinanza n.64 del 27.12.2019 pubblicata sulla G.U. n.25 del 17.6.2020 il Tribunale di Genova ha promosso incidente di costituzionalità con riferimento all'art.8 del D.lgs. n. 235/2012- che, analogamente all'art.11, prevede la sospensione di diritto dalle cariche regionali - e che la citata ordinanza richiama alcuni dei parametri costituzionali che vengono in rilievo nel presente procedimento.

Al riguardo osserva il Collegio che peraltro non sia possibile ricorrere allo strumento della "*sospensione impropria*" del presente procedimento in attesa dell'esito del giudizio di costituzionalità sull'art. 8 della Legge citata in quanto l'eventuale declaratoria di illegittimità di tale disposizione non potrebbe produrre effetti nel presente giudizio nel quale viene in rilievo l'art.11.

Tanto premesso, riguardo alle questioni di legittimità prospettate per violazione degli artt. 27 co.2, 3 co. 1, 25 co.2 della Costituzione sul presupposto che la misura della sospensione dalla carica elettiva abbia natura sanzionatoria, ritiene il Collegio che i congrui precedenti della Consulta debbano portare a valutare come manifestamente infondati i dubbi di incostituzionalità dedotti dalla parte ricorrente con riferimento ai predetti parametri costituzionali.

In particolare si rileva che la giurisprudenza costituzionale, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha chiarito che i provvedimenti di sospensione conseguenti alle condanne penali riportate per determinati reati non hanno natura sanzionatoria e svolgono una funzione meramente cautelare, operante ex lege, volta ad evitare la permanenza in cariche pubbliche di rilievo di soggetti fortemente indiziati di gravi condotte delittuose ovvero riconosciuti responsabili delle stesse.

Le misure della incandidabilità, della decadenza e della sospensione dalla carica non costituirebbero sanzioni o effetti penali della condanna, ma "*l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche elettive*" che il legislatore può disciplinare discrezionalmente sulla base dell'art.51 della Costituzione (cfr. le pronunce della Corte Costituzionale n. 236/2015 e n. 276/2016).

Al contrario, ritiene il Collegio che siano non manifestamente infondate, con riferimento all'art.11 del D.lgs. n. 235/2012, le questioni di illegittimità costituzionale che sono già prospettate in parte da codesto Tribunale nell'ordinanza n.64 del 27.12.2019 per le ragioni che sono qui di seguito illustrate.

Questione di legittimità dell'art.11 in relazione agli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Come già evidenziato l'art.11 del D.lgs. n. 235/2012 introduce l'automatica sospensione dalla carica di sindaco come conseguenza della condanna per determinati reati, elencati all'art.10 del medesimo D.lgs., e quindi prescinde dalla valutazione della gravità del fatto accertato in sede penale e dal criterio di proporzionalità della misura applicata rispetto alla fattispecie concreta.

La Corte Costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di ragioni pubbliche sufficienti a giustificare la disciplina introdotta con la legge Severino, nata come misura anti-corrruzione e volta a tutelare la trasparenza e il buon andamento della pubblica amministrazione.

Cionondimeno il rigido automatismo della struttura normativa introdotta con il D.lgs. n. n. 235/2012 che considera esclusivamente il rapporto tra la permanenza in una carica elettiva e l'intervenuta condanna penale per determinati reati- senza

possibilità per il soggetto interessato di sindacare il provvedimento di sospensione e decadenza sotto il profilo della proporzionalità- si pone in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, in quanto è fortemente limitativo del diritto di difesa.

La normativa in questione considera infatti de iure "pericolosa" la permanenza in carica del condannato in ragione della valutazione fatta ex ante dal legislatore e considera il condannato "indegno" della carica elettiva, circostanze entrambe che contrastano con la ritenuta natura cautelare e non sanzionatoria della misura della sospensione.

Si sottolinea a tal proposito che per i titoli di reato in relazione ai quali sono previste decadenza e correlata sospensione non è consentito al giudice penale - di apprezzarne in concreto la gravità dei fatti.

Invero ad alcune fattispecie minori di peculato e di corruzione (si pensi, quanto al reato di peculato, all'utilizzo di alcuni fogli di carta dell'amministrazione per scrivere una lettera personale e, quanto al reato di corruzione impropria, al regalo di modesto valore economico da parte di un soggetto beneficiario da un determinato provvedimento) non è applicabile la causa di non punibilità prevista dall'art. 133-bis del codice penale (introdotto dal decreto legislativo n. 28 del 2015) in virtù del quale la punibilità può essere esclusa previo vaglio concreto del giudice delle ipotesi di lieve entità.

Tale disposizione infatti non è applicabile a reati con pena edittale massima superiore ad anni cinque.

Ne consegue che gli autori di condotte di peculato e corruzione lievi, de iure condito, sono soggetti alla decadenza e alla sospensione da cariche politiche ottenute anche con larghissimo consenso nella consapevolezza da parte dell'elettorato dell'esistenza di un procedimento penale e dei fatti in esso ascritti all'eletto.

Il risultato è che anche in questi casi, in forza della normativa che si intende sottoporre al vaglio di costituzionalità, viene modificata la volontà dell'elettorato sulla base di una valutazione fatta in astratto ex lege, senza che sia esperibile alcun rimedio che consenta l'apprezzamento da parte dell'Autorità giudiziaria del fatto accertato in sede penale.

Al riguardo si osserva che la pericolosità presunta ex lege è ormai totalmente espulsa sia dal novero delle misure cautelari sia dallo stesso ambito delle misure di sicurezza personali, laddove è stato ritenuto sulla base dei soli principi dell'ordinamento costituzionale italiano la necessità assoluta dell'esame in concreto del caso.

L'eccezione attinente alla mancata previsione da parte della legge Severino nel caso in esame da parte dell'art.11 del decreto legislativo n. 235/12) della possibilità di effettuare una valutazione di proporzionalità tra la condanna riportata e la sospensione da pronunciarsi non pare quindi manifestamente infondata in relazione al diritto di azione sancito dall'art.24 della Costituzione e dall'art.113 della Costituzione.

L'art.24 dispone che "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*", mentre l'art.113 della Costituzione co.1 e 2 prevede che "*contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*".

Va precisato che la possibilità ammessa dalla giurisprudenza di legittimità di adire l'Autorità giudiziaria ordinaria per impugnare il provvedimento sospensivo non consente un'interpretazione adeguatrice dell'art.11 del D.lgs. n. 235/2012, nell'ottica di sindacare il provvedimento sospensivo sotto il pro-

filo della proporzionalità, essendo a tal scopo indispensabile l'intervento correttivo del giudice delle leggi o del legislatore. La mancanza di giustiziabilità della sospensione, anche per l'impossibilità di ottenere tutela giurisdizionale in via cautelare allo scopo di riesaminare gli accertamenti del giudice penale, appare dunque in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e si ritiene pertanto che il dubbio di costituzionalità dell'art.11 del D.lgs. n. 235/2012 per violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione non sia manifestamente infondato e necessiti del vaglio della Corte.

P.Q.M.

Il Tribunale di Genova dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11, 1° comma lett. a e 4° comma, D.lgs. n. 235/2012 per contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione. Sospende il giudizio in corso. Dispone, a cura della Cancelleria, la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e la notificazione della presente ordinanza alle parti e al Procuratore Generale nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e la comunicazione della stessa ai Presidenti delle Camere del Parlamento.

Corte di Cassazione, sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597 - Pres. Mammone - Rel. Nazzicone.

(Corte d'Appello di Genova 30 luglio 2014, rinvia alla stessa Corte per la decisione dei motivi 8, 9 e 10).

USURA - interessi di mora - disciplina antiusura - applicabilità - effetti - tasso di interesse legale.

(Artt. 1224 e 1815 c.c.)

USURA - interessi di mora - decreti ministeriali di rilevazione del tasso medio - mancata indicazione degli interessi moratori nel T.e.g.m. - irrilevanza - disciplina antiusura - superamento tasso-soglia - applicabilità.

(L. n. 108 del 1996)

USURA - interessi usurari - declaratoria di usurarietà - interesse ad agire - tasso concretamente applicato - irrilevanza del saggio astrattamente pattuito.

(Artt. 1224 e 1815 c.c.; art. 100 c.p.c.)

CONSUMATORE (tutela del) - contratto di finanziamento - clausole vessatorie - disciplina antiusura - cumulo di rimedi - sussiste.

(Artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c.; art. 33, comma 2, lett. f e 36, comma 1, D.lgs. n. 206 del 2005)

USURA - interessi di natura usuraria - onere della prova sul debitore - tasso concretamente praticato - misura del T.e.g.m. - superamento del tasso-soglia.

(Art. 2697 c.c.)

La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso. Ne discende, pertanto, non solo l'applicabilità dell'art. 1815, comma 2, c.c., per il quale non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma anche la vigenza dell'art. 1224, comma 1, cod. civ.,

con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti.

La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché "fuori mercato", donde la formula: "T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto". Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista.

Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento e non a quello astrattamente dedotto in contratto.

Nei contratti conclusi con un consumatore, nei quali quest'ultimo riceve in prestito dal professionista una somma di denaro a titolo di finanziamento, la disciplina antiusura, applicabile anche con riferimento alla pattuizione di interessi moratori, concorre pur sempre con la tutela contro le clausole vessatorie prevista dagli artt. 33, comma 2, lett. f e 36, comma 1, del codice del consumo, di cui al d.lgs. n. 206 del 2005, già artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c.

L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., si atteggia nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto.

MI.F.

(...Omissis...) sul ricorso 24760-2015 (...omissis...) avverso la sentenza n. 1057/2014 della Corte di Appello di Genova, depositata il 30/07/2014 (...omissis...).

Fatti di causa.

1. - Con sentenza del 30 luglio 2014, la Corte d'Appello di Genova ha respinto le impugnazioni, principale ed incidentale, avverso la decisione del Tribunale della stessa città in data 12 giugno 2008, la quale aveva revocato il decreto ingiuntivo di Euro 18.500,94, oltre interessi al tasso del 17,57% annuo, emesso su istanza della (...omissis...) s.r.l. contro (...omissis...) a titolo di rate insolte, capitale residuo, interessi moratori e penale, relativi ad un finanziamento concesso con contratto di credito al consumo stipulato il (...omissis...), ed aveva condannato quest'ultima al pagamento della minor somma di Euro 12.294,01.

La Corte territoriale, per quanto ancora rileva:

a) ha ritenuto ammissibile l'intervento spiegato in appello dalla (...omissis...)s.p.a., in qualità di cessionaria del credito controverso, osservando come i mutamenti susseguiti nella titolarità del credito non avessero determinato nessuna com-

pressione del diritto di difesa dell'appellata o limitazione alla pienezza del contraddittorio, ed escludendo il carattere vessatorio della clausola contrattuale che autorizzava la cessione dei diritti derivanti dal contratto;

b) ha condiviso il giudizio di primo grado, con riguardo al fatto che il carattere oneroso del mutuo escluda l'applicabilità dell'istituto della decadenza del termine, di cui all'articolo 1186 c.c., norma in cui il termine deve essere stato fissato a favore del debitore, ritenendo, dunque, che alla comunicazione della decadenza dal beneficio del termine sia stato correttamente attribuito dal tribunale un effetto risolutivo, anch'esso espressamente previsto dal contratto, nè avente portata alternativa rispetto alla suddetta decadenza;

c) ha condiviso anche il giudizio sul carattere vessatorio delle clausole contenute negli articoli 4 ed 8 delle condizioni generali di contratto, le quali impongono al debitore inadempiente l'immediato pagamento di tutte le rate scadute ed a scadere, comprensive d'interessi, nonché dell'ulteriore interesse di mora al tasso dell'1,5% mensile (18% annuo), della penale pari al 30% degli importi insoluti e di un'ulteriore penale di Euro 250,00, e le ha ritenute inefficaci, ai sensi dell'articolo 1469-bis c.c., non avendo la società creditrice fornito la prova ex articolo 1469-ter c.c., u.c., relativa alla negoziazione delle clausole stesse, onde la debitrice è tenuta al pagamento della sola sorte capitale residua, individuata alla data dell'ultimo pagamento risalente al mese di (...omissis...);

d) ha confermato, altresì, l'applicabilità della L. 7 marzo 1996, n. 108, agli interessi moratori, in virtù del fatto che il Decreto Legge 29 dicembre 2000, n. 394, nel fornire l'interpretazione autentica dell'articolo 644 c.p. e articolo 1815 c.c., comma 2, fa riferimento agli interessi convenuti "a qualunque titolo" ed il criterio di cui alla L. n. 108 del 1996, articolo 2, comma 4, è applicabile anche per l'accertamento del carattere usurario degli interessi moratori pattuiti anteriormente all'entrata in vigore del Decreto Ministeriale 25 marzo 2003, che ha provveduto per la prima volta alla rilevazione del tasso di mora, sicchè, venendo in rilievo, nella fattispecie concreta, un interesse di mora del 18% annuo (superiore al cd. tasso soglia), la relativa clausola è nulla, ai sensi dell'articolo 1815 c.c., comma 2, non rilevando il tasso in concreto applicato, pari al 17,57% annuo, in quanto, da un lato, esso deriva da una clausola comunque nulla, e, dall'altro lato, si tratta di una clausola vessatoria.

2. - Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione, affidato a dieci motivi ed illustrato da memoria, la (...omissis...) s.p.a., in qualità di avente causa della (...omissis...) s.p.a., per effetto della retrocessione del credito precedentemente ceduto.

L'intimata ha resistito con controricorso, parimenti depositando la memoria.

3. - Con ordinanza interlocutoria del 22 ottobre 2019, n. 26946, la prima Sezione ha rimesso la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, sulla questione, sollevata fra le altre nel ricorso, relativa all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori ed alle conseguenze dell'avvenuto superamento del tasso soglia.

Con provvedimento del 24 ottobre 2019 è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti di (...omissis...) s.p.a., già intervenuta nel processo di appello, quale cessionaria del credito. L'integrazione è stata eseguita con atto notificato alla suddetta il 23 dicembre 2019. L'atto è stato notificato "per quanto d'occorrenza" anche alla (...omissis...) s.p.a., cessionaria di ramo d'azienda in data 1 luglio 2018, pur dandosi atto che la retrocessione del credito de quo è anteriore a detto trasferimento.

4. - La causa é, in tal modo, pervenuta alle Sezioni unite. La ricorrente ha depositato la memoria di cui all'articolo 378 c.p.c.

Ragioni della decisione.

1. - I motivi. Il ricorso propone dieci motivi d'impugnazione, che possono essere come di seguito riassunti:

1) Violazione dell'articolo 112 c.p.c., avendo la sentenza impugnata - confermata la riqualificazione della decadenza dal beneficio del termine come risoluzione del contratto e reputata non dovuta la quota d'interessi compresa nelle rate insolte - omesso di pronunciare in ordine al motivo d'impugnazione, con cui era stata contestata l'efficacia retroattiva della risoluzione, affermata dalla sentenza di primo grado, posto che, nei contratti di durata quale il mutuo, la risoluzione non opera retroattivamente e non travolge le rate già scadute, le quali devono, pertanto, essere pagate per intero, ivi compresa la quota di interessi in esse inclusa;

2) Violazione dell'articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4, articolo 156 c.p.c. e articolo 118 disp. att. c.p.c., ove il vizio dedotto nel precedente motivo sia meglio così individuabile, in quanto la sentenza impugnata, nell'escludere l'obbligo di pagare per intero le rate scadute in conseguenza della risoluzione del contratto, non ha motivato affatto, avendo accennato alla questione unicamente nella parte in cui ha riconosciuto l'obbligo di corrispondere il solo capitale residuo alla data dell'ultimo pagamento;

3) Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1458 c.c., ove si reputi che la decorrenza della risoluzione ex tunc sia stata implicitamente affermata, posto che allora la sentenza impugnata si porrebbe in contrasto con la predetta disposizione, non avendo considerato che il contratto di finanziamento con rimborso rateale é riconducibile al genus del mutuo, configurandosi pertanto come un contratto di durata, con la conseguenza che le rate scadute e non pagate alla data della risoluzione non restano travolte, ma vanno corrisposte nella loro interezza, ivi compresa la quota d'interessi corrispettivi inclusa nelle stesse;

4) Violazione o falsa applicazione dell'articolo 1815 c.c., articolo 644 c.p., L. 7 marzo 1996, n. 108, articolo 2, Decreto Legge 29 dicembre 2000, n. 394, articolo 1 convertito dalla L. 28 febbraio 2001, n. 24, e del Decreto Ministeriale n. 22 marzo 2002, avendo la sentenza impugnata esteso agli interessi moratori l'applicabilità della disciplina antiusura: al contrario, essi hanno pacificamente la funzione di risarcire il danno derivante dal ritardo nell'adempimento, sono funzionali all'ordine pubblico economico ed hanno il ruolo di deterrente rispetto all'inadempimento, trovando la loro disciplina nell'articolo 1224 c.c., il quale non é stato modificato dalla normativa antiusura e dispone che essi siano comunque dovuti nella misura legale, ma possano anche essere determinati dalle parti, con pattuizione riconducibile alla clausola penale, quindi suscettibile di riduzione ai sensi dell'articolo 1384 c.c.; invece, sia l'articolo 1815 c.c., sia l'articolo 644 c.p. hanno ad oggetto i soli interessi promessi in corrispettivo, con disciplina che non é stata modificata dal Decreto Legge n. 394 del 2000, convertito dalla L. n. 24 del 2001, il quale, nel dichiarare usurari gli interessi dovuti a qualunque titolo se convenuti in misura superiore al tasso soglia, non ha mutato l'ambito applicativo dell'articolo 1815 c.c. e articolo 644 c.p., avendo natura meramente interpretativa; il contrario orientamento della giurisprudenza di legittimità trae origine da un obiter dictum contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2002, non avente carattere vincolante, in

quanto riguardante esclusivamente l'ammissibilità della questione dalla stessa esaminata; osserva, inoltre, che solo a seguito della predetta pronuncia ha avuto inizio la rilevazione dei tassi medi degli interessi moratori, la quale, come precisato dal Decreto Ministeriale n. 25 marzo 2003, è stata effettuata a fini meramente conoscitivi, e si è comunque arrestata al 2002; in definitiva, la pattuizione di interessi moratori in misura superiore al tasso soglia non comporta la nullità della relativa clausola e l'esclusione dell'obbligo di corrispondere qualsiasi interesse, ma solo l'inefficacia di essa, ai sensi degli articoli 1469-bis e 1469-quinquies c.c., o la possibilità di chiedere la riduzione, ai sensi dell'articolo 1384 c.c.;

5) In via subordinata, violazione o la falsa applicazione dell'articolo 14 preleggi, della L. n. 108 del 1996, articolo 2 e del Decreto Ministeriale 22 marzo 2002, avendo la sentenza impugnata, nel ritenere applicabile la disciplina antiusura, omesso di rilevare che il contratto di finanziamento posto a fondamento della domanda è stato stipulato nel 2002, in epoca anteriore all'emanazione del Decreto Ministeriale 25 marzo 2003, che per primo ha proceduto alla rilevazione del tasso medio degli interessi moratori; essa non ha considerato che l'articolo 1815 c.c. e l'articolo 644 c.p. hanno natura di norme in bianco, demandando la determinazione del tasso soglia ad altre disposizioni, e segnatamente ai decreti ministeriali previsti dalla L. n. 108 del 1996, articolo 2 che non si applicano agli interessi pattuiti in epoca anteriore alla loro emanazione, poiché la disciplina antiusura non ha efficacia retroattiva;

6) Violazione dell'articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4, articolo 156 c.p.c. e articolo 118 disp. att. c.p.c., avendo la sentenza impugnata ritenuto che gli interessi richiesti sulla somma dovuta nella misura del 17,57% siano superiori ad un ipotetico tasso soglia riferito agli interessi moratori, senza affatto spiegarne le ragioni;

7) Violazione dell'articolo 112 c.p.c., ove il vizio appena esposto integri, invece, omessa pronuncia;

8) Violazione dell'articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4, articolo 156 c.p.c. e articolo 118 disp. att. c.p.c., perché, nel ritenere d'ufficio l'inefficacia degli interessi, in quanto oggetto di una ravvisata clausola vessatoria, ha omesso del tutto di motivare al riguardo; del pari, nulla ha argomentato circa la diminuzione dei medesimi, operata dalla stessa banca, alla misura del 17,57%, in linea con il tasso corrispettivo all'epoca consentito dal Decreto Ministeriale 22 marzo 2002; né, infine, ha esposto alcunché in ordine all'eventuale applicabilità degli interessi legali; nemmeno la corte territoriale, nel confermare il carattere vessatorio della clausola contrattuale che stabilisce il tasso degli interessi moratori, in virtù della mancata dimostrazione che la stessa costituisca il frutto di una specifica trattativa, ha considerato che essa ricorrente non aveva l'onere di proporre impugnazione al riguardo, dal momento che la sentenza di primo grado aveva ritenuto assorbita la questione, in conseguenza della dichiarazione di nullità della clausola per effetto del superamento del tasso soglia;

9) Violazione dell'articolo 101 c.p.c., perché, nel dichiarare l'inefficacia della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, in quanto vessatoria, la corte territoriale ha rilevato d'ufficio la relativa questione, non riproposta da controparte con l'atto di appello, omettendo d'invitare le parti a dedurre sul punto e di assegnare alle stesse un termine per il deposito di memorie;

10) violazione o falsa applicazione dell'articolo 1224 c.c., comma 1, articolo 1469-bis c.c., comma 3, n. 6, articolo 1469-quinquies c.c. e articolo 1815 c.c., comma 2, posto che,

a seguito dell'accertamento del carattere vessatorio della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, la sentenza impugnata non si è limitata a dichiararne l'inefficacia, donde la conseguente applicazione del tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto, ma ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'articolo 1815 c.c., comma 2.

2. - Ammissibilità della produzione documentale di parte ricorrente.

Come già rilevato dalla ordinanza interlocutoria, non ha pregio l'eccezione d'inammissibilità della documentazione depositata unitamente al ricorso, per contrasto con l'articolo 372 c.p.c., trattandosi di documenti atti a comprovare la retrocessione del credito azionato in giudizio (Cass. 21 giugno 2017, n. 15414; Cass. 11 dicembre 2013, n. 27762) e delle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai fini della legge sull'usura, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 23 agosto 2001 (le quali, sebbene meri atti amministrativi, sono depositate ai fini del rilievo della mancata indicazione degli interessi moratori).

Gli stessi argomenti possono estendersi alla documentazione prodotta dalla ricorrente in una con l'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti di (OMISSIS) s.p.a., richiesto dalla Corte.

3. - Legittimazione attiva al ricorso.

Del pari, vanno condivisi i rilievi contenuti nella ordinanza di rimessione circa la legittimazione al ricorso della (...omissis...)s.p.a., atteso che, ai sensi dell'articolo 111 c.p.c., il processo è proseguito nei gradi di merito anche nei confronti della cedente, non essendone stata disposta l'estromissione ai sensi della norma menzionata, onde (anche indipendentemente dalla retrocessione del credito) alla ricorrente va riconosciuta, già nella qualità di dante causa e parte originaria, la legittimazione ad impugnare la sentenza.

4. - Le questioni.

La sentenza impugnata fonda la decisione su di una duplice ratio decidendi: da un lato, la vessatorietà delle clausole sugli interessi moratori, ai sensi degli articoli 1469-bis ss. c.c., con l'affermata inefficacia delle stesse e la non debenza di nessun interesse, né corrispettivo né moratorio ("può dunque legittimamente esigere dalla (...omissis...) il solo capitale residuo, individuato alla data dell'ultimo pagamento da lei effettuato, nell'(...Omissis...)": p. 8 della sentenza); dall'altro lato, l'usurarietà di tali interessi per superamento del tasso-soglia, con la, del pari ritenuta, nullità del patto sugli interessi di mora, ai sensi dell'articolo 1815 c.c., comma 2.

Entrambe vengono censurate dai motivi proposti.

Secondo un ordine logico-giuridico, le questioni poste dal ricorso sono le seguenti:

- disciplina antiusura ed interessi moratori (motivi da 1 a 7): la questione, che ha motivato la rimessione alla Sezione unite, consiste nel valutare se la disciplina prevista dall'ordinamento con riguardo agli interessi usurari (articolo 1815 c.c. e articolo 644 c.p., nonché L. n. 108 del 1996, articolo 2, Decreto Legge n. 394 del 2000, convertito dalla L. n. 24 del 2001, e relativi decreti ministeriali, nella specie Decreto Ministeriale 22 marzo 2002) sia estensibile agli interessi moratori; vengono, inoltre, proposte questioni specifiche, concernenti il fatto che il Decreto Ministeriale 22 marzo 2002 non conteneva la rilevazione del tasso medio degli interessi moratori, e la mancata enunciazione,

da parte della corte territoriale, delle ragioni del giudizio sulla usurarietà del tasso degli interessi, pur applicato dalla banca nella minor misura del 17,57% (motivi da 4 a 7); rientra in tale tematica anche la debenza residua di interessi, dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento, e, dunque, la questione se sia corretta, in presenza di riscontrata nullità o inefficacia della clausola sugli interessi moratori, la statuizione di un residuo obbligo di pagamento della sola sorte capitale per le rate scadute e a scadere, nonché se esista una motivazione al riguardo;

- vessatorietà della clausola sugli interessi moratori nei contratti dei consumatori (motivi da 8 a 10): se sia qualificabile come vessatoria la clausola negoziale sugli interessi moratori, previsti in contratto al 18%, pur applicati in concreto nella misura del 17,57%, e se comunque debba trovare applicazione, in ipotesi di inefficacia o nullità della clausola, il tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto; nonché, nella specie, se esista una motivazione al riguardo o la violazione del diritto al contraddittorio (cd. terza via).

Il primo gruppo di questioni, legate al tema dell'interesse moratorio usurario, viene di seguito affrontato.

5. - Le tesi.

I precedenti di questa Corte, gli orientamenti della giurisprudenza di merito ed il dibattito dottrinale inducono al riepilogo degli argomenti spesi dall'una e dall'altra tesi, miranti a ricondurre o no gli interessi di mora - pattuiti dalle parti o determinati unilateralmente dalla banca nell'esercizio del lecito ius variandi - alla diretta applicazione della disciplina antiusura.

Si reputa di riassumere le tesi in modo sintetico, senza necessità di più ampia analisi, attesa la notorietà degli argomenti dall'uno e dall'altro orientamento spesi.

Fin d'ora, peraltro, va esposto il rilievo, secondo cui le Sezioni unite ritengono non dirimente l'argomento letterale, essendo non univoci gli indici relativi; quello storico, perché la disciplina è mutevole ed è mutata nei secoli, né il legislatore è tenuto a porsi in necessaria continuità con le scelte e le nozioni pregresse; quello che si fonda sulla sottrazione del denaro dalla disponibilità del creditore per attribuirlo al debitore, e della conseguente, identica e concreta, capacità di remunerare il mancato godimento d'un capitale, in quanto meramente descrittivo e non ordinante, esprimendo invero l'interesse di mora entrambe le funzioni, remuneratoria e sanzionatoria; quello della mancata rilevazione del tasso di mora nel T.e.g.m. (tasso effettivo globale medio) da parte dei decreti ministeriali, che costituisce un evento meramente accidentale privo di valenza ermeneutica.

In definitiva, il criterio-guida è costituito dalla ratio del divieto di usura e dalle finalità che con esso si siano intese perseguire; fermo restando che le scelte di politica del diritto sono riservate al legislatore, al giudice competendo solo di interpretare la norma nei limiti delle opzioni ermeneutiche più corrette dell'enunciato.

5.1. - La tesi restrittiva.

I fautori della tesi restrittiva, che annoverano ampia giurisprudenza di merito, numerosa dottrina e l'Arbitro bancario e finanziario, espongono vari importanti argomenti:

lettera delle norme: l'articolo 1815 c.c., comma 2, si riferisce ai soli interessi corrispettivi, contemplati pacificamente al comma 1 della disposizione; l'articolo 644 c.p., comma 1, in-

crimina chi si fa "dare o promettere" interessi usurari "in corrispettivo di una prestazione di denaro"; del pari, l'inciso "a qualunque titolo", contenuto nel Decreto Legge n. 394 del 2000, articolo 1, comma 1, con riguardo agli interessi da considerare come usurari, è collocato dopo le parole "promessi o convenuti", non immediatamente dopo il termine "interessi", dovendosi quindi riferire ai costi accessori del credito convenuti dalle parti "a titolo" di commissioni, remunerazioni o spese, secondo quanto previsto della disposizione di legge oggetto dell'interpretazione autentica; ancora, il Decreto Legge n. 185 del 2008, convertito dalla L. n. 2 del 2009, nel dettare disposizioni sulla c.m.s., all'articolo 2-bis, comma 2, ha affermato che, ai fini delle norme civili e penali sull'usura, rilevano solo "(g)li interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente", con palese riguardo agli interessi corrispettivi, remunerazione rispetto all'utilizzo dei fondi concessi; legislatore storico del 2001: i lavori preparatori non hanno valore normativo, ma di tenue indizio ermeneutico; funzione degli interessi: gli interessi corrispettivi hanno funzione remunerativa, i moratori, invece, risarcitoria; vi è, dunque, una netta diversità di causa e di funzione tra interesse corrispettivo ed interesse moratorio, in quanto l'interesse corrispettivo costituisce la remunerazione concordata per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta, mentre l'interesse di mora, secondo quanto previsto dall'articolo 1224 c.c., rappresenta il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria; dunque, i primi sono stabiliti in dipendenza di un equilibrio concordato con riguardo al tempo previsto per la fruizione di una somma di denaro che passa da un soggetto all'altro, mentre i secondi compensano il creditore per la perdita di disponibilità del denaro mai accettata, ma solo subita, oltretutto per un periodo di tempo neppure prevedibile e foriera di costi non del tutto prevedibili neanche essi. Insomma, se può dirsi pure che, in termini economici, le due categorie si avvicinano, in termini giuridici assai diversa è la causa giuridica dell'attribuzione.

Si osserva, inoltre, che gli interessi moratori svolgono una funzione perfettamente lecita, né sono soggetti a giudizio di disvalore, il contrario risultando dal diritto positivo, sia quanto al disposto generale dell'articolo 1224 c.c., sia, se si vuole con portata sistematica, dalla stessa disciplina delle operazioni commerciali di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, di attuazione della direttiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, pur intesa ad un evidente favore per le parti deboli.

Infine, ove, in futuro, il Decreto Ministeriale ministeriale contenesse un unico tasso soglia, comprensivo degli interessi moratori, esso sarebbe verosimilmente più alto di quello attuale, con conseguenze pregiudizievoli per il contenimento degli interessi corrispettivi;

ratio della norma: il fondamento della disciplina introdotta dalla riforma di cui alla L. n. 108 del 1996 non è tanto quello di predisporre uno strumento per calmierare o livellare il mercato del credito, nel senso di tenere basso il "costo del denaro" o attuare una politica di prezzi amministrati, quanto quella di mitigare il "rischio bancario": è una tecnica per sanzionare regolamenti iniqui, pur restando nella logica negoziale; il legislatore non ha inteso indirizzare in modo autoritario ed antinomico, rispetto all'autonomia privata, il mercato dei capitali, ma, nel rispetto del principio, ha mirato

al corretto funzionamento del mercato medesimo, attraverso la repressione delle condotte devianti rispetto alle sue dinamiche spontanee, nell'interesse non solo dei finanziati, ma anche degli operatori istituzionali ed, in ultima analisi, della stabilità del sistema;

evoluzione storica: rileva l'attuale conformazione del diritto positivo, con la distinzione degli interessi a seconda della loro funzione;

previsione dell'articolo 1284 c.c., comma 4: secondo la norma, se "le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali": essendo, invero, sovente il tasso della disciplina speciale, di cui al Decreto Legislativo n. 231 del 2002, articolo 5 superiore al tasso-soglia usurario, allora, ai fini dell'usura, non possono rilevare gli interessi moratori convenzionali, perché, altrimenti, la norma ammetterebbe una "usura legale"; mancato rilievo degli interessi moratori nel tasso soglia dei D.M.: nelle voci computate dai decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio non sono inclusi gli interessi di mora, mentre i due dati - T.e.g. del singolo rapporto e T.e.g.m. determinante il tasso soglia - devono essere omogenei: onde nel T.e.g. del singolo rapporto gli interessi moratori non devono essere conteggiati. Il mancato rilievo degli interessi moratori da parte della autorità amministrativa (cfr. la comunicazione della Banca d'Italia del 3 luglio 2013, Chiarimenti in materia di applicazione della legge usuraria) discende dall'esigenza di non considerare nella media "operazioni con andamento anomalo", le quali potrebbero addirittura, se incluse nel T.e.g., "determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela". Dunque, il criterio dei tassi-soglia esige necessariamente che i metodi di calcolo siano perfettamente coincidenti, quanto ai costi effettivi del credito e quanto alla rilevazione della media di mercato: è il cd. principio di simmetria. Tutto ciò, secondo un criterio di affidabilità giuridica ed, ancor prima, scientifica e logica, del criterio adottato. Non solo, ma il criterio di simmetria è stato ormai accolto dalle Sezioni unite con la sentenza n. 16303 del 2018. Sulla base di tali considerazioni, la tesi giunge, in ogni caso, a rinvenire nel sistema civilistico una tutela contro la cd. usura moratoria: in quanto, sebbene reputi che la disciplina antiusura sanzioni la pattuizione dei soli interessi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, l'interesse di mora - quale sanzione per l'inadempimento - è inquadrabile nell'articolo 1382 c.c. e può, quindi, essere ridotto d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'articolo 1384 c.c.; mentre resterebbe a tal fine inapplicabile l'articolo 1815 c.c., comma 2.

5.2. - La tesi estensiva.

I fautori della tesi estensiva (in tal senso, alcune pronunce di questa Corte, di cui le più recenti più ampiamente motivate: cfr. Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 13 settembre 2019, n. 22890; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442; Cass. 6 marzo 2017, n. 5598; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324) oppongono:

a1) lettera delle norme: la legge - articolo 1815 c.c., comma 2, articolo 644 c.p., comma 4, L. n. 108 del 1996, articolo 2, comma 4 e Decreto Legge n. 394 del 2000, articolo 1, comma 1, conv. dalla L. n. 24 del 2001 - non distingue tra tipi di interessi ed, anzi, in alcuni di tali articoli si parla espressamente di pattuizione "a qualsiasi titolo"; mentre la stessa apertura espressamente apportata dal Decreto Legge n. 185 del 2008, articolo 2-bis, comma 2, convertito dalla L. n. 2 del

2009, alle voci confluenti nel T.e.g. dovrebbe indurre a ricomprendervi oggi anche gli interessi di mora;

b1) legislatore storico del 2001: nei lavori preparatori della L. n. 24 del 2001, si afferma che si voleva considerare l'usurarietà di ogni interesse "sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio";

c1) funzione degli interessi: entrambi gli interessi costituiscono la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente;

d1) ratio della norma o interpretazione finalistica: il criterio oggettivo previsto dalla L. n. 108 del 1996 intende tutelare le vittime dell'usura e il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche, fini che sarebbero vanificati ove si escludessero dall'ambito di applicazione gli interessi moratori; inoltre, in caso contrario, per il creditore potrebbe addirittura essere più conveniente l'inadempimento, con la possibilità, ad esempio, di fissare termini di adempimento brevissimi per indurre facilmente la mora e lucrare gli interessi;

e1) evoluzione storica: gli interessi moratori sono sorti per compensare il creditore dei perduti frutti del capitale non restituito, e quindi per riprodurre, sotto forma di risarcimento, la remunerazione del capitale; l'opinione secondo cui gli interessi moratori avrebbero una funzione diversa da quelli corrispettivi sorse per aggirare il divieto canonistico di pattuire interessi; la presenza della duplicazione normativa ex articoli 1224 e 1282 c.c. dipende dall'unificazione dei codici civile e commerciale;

f1) previsione dell'articolo 1284 c.c., comma 4: non rileva quanto stabilito da tale norma - secondo cui il saggio degli interessi legali diviene, dal momento della proposizione della domanda giudiziale, quello pari al tasso proprio dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali perché ivi il maggior tasso degli interessi legali ha la diversa funzione sanzionatoria/deflattiva a carico del debitore inadempiente, per i casi in cui l'inadempimento perseveri pur dopo la proposizione della domanda giudiziale (che risulterà fondata) e non discende dalla semplice mora;

dunque, ha una valenza prettamente sanzionatoria e punitiva anche nell'interesse generale al non incremento pretestuoso del contenzioso;

g1) mancato rilievo degli interessi moratori nelle tasso soglia dei D.M.: è incontestato che le voci, computate nei decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio, escludano gli interessi moratori; ma ciò non ha rilievo ermeneutico, dato che la disciplina secondaria non può costituire un vincolo alle interpretazioni giurisprudenziali degli enunciati, pena un'innammissibile inversione metodologica.

In sostanza, la circostanza che i decreti ministeriali di rilevazione non includano gli interessi moratori nella definizione del T.e.g.m., e quindi del relativo tasso-soglia, potrà, semmai, rilevare ai fini della verifica di conformità dei decreti medesimi, quali atti amministrativi, alla legge che attuano: però, in nessun caso il giudice è vincolato dal contenuto della normazione secondaria nell'esercizio del suo potere-dovere ermeneutico.

Anzi, secondo alcuni, l'esclusione degli interessi moratori dalle voci considerate dai Decreto Ministeriale sarebbe imposta dalla L. n. 108 del 1996, avendo questa costruito il giudizio di usurarietà su di un unico tasso soglia per ciascun tipo di finanziamento e distinto solo tra i diversi modelli contrattuali, non anche tra le differenti specie di costo del credito, onde addirittura l'eventuale rilevazione di un T.e.g.m. comprensivo del tasso degli interessi moratori sarebbe *contra legem*.

Si esclude, in ogni caso, la cogenza del cd. principio di simmetria, ragionando anche nel senso che la legge ha, proprio in contrario, immaginato uno spread tra T.e.g.m. e tasso-soglia, tollerato dal sistema, appunto per lasciare uno spazio ulteriore rispetto ai parametri di mercato.

6. - La tutela del debitore di fronte agli interessi moratori usurari.

Come visto, entrambe le tesi conducono ad una tutela del soggetto finanziato, sia pure attraverso percorsi argomentativi diversi.

Orbene, pur riconoscendo, come esposto, che il dato letterale ed i diversi argomenti sovente si equivalgono tra loro, quanto a persuasività e (non) definitività, il Collegio ha ritenuto che il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all'interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela.

Questa, invero, non sarebbe equivalente ove operata ex articolo 1384 c.c.: il quale potrebbe sempre consentire una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale, oltre che, verosimilmente, condurre al mero abbattimento dell'interesse pattuito al tasso soglia, pur integrato con quello rilevato quanto agli interessi moratori, e non al minor tasso degli interessi corrispettivi, come oltre, invece, si indicherà; mentre, poi, il diritto positivo non impedisce una interpretazione che riconduca anche gli interessi moratori nell'alveo della tutela antiusura, con maggiore protezione del debitore, che sembra anzi consigliare.

Certamente esiste, infatti, l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore: il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento (cfr. articolo 41 Cost.) e la disciplina ad hoc dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti.

Sulla base del diritto positivo antiusura - attese le modalità di individuazione del tasso soglia, che dallo stesso mercato viene desunto - da un lato non è smentita la logica dell'autonomia contrattuale, dall'altro viene confermato il fine di assicurare la "sana e prudente gestione" del soggetto bancario negli impieghi (cfr. Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 5), prevenendo la conclusione, ad opera delle banche, di operazioni creditizie rischiose, al punto tale da rendere necessaria la pattuizione di tassi d'interesse "fuori mercato".

Nella normativa antiusura si possono rintracciare una pluralità di rationes legis, quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario.

Dalla riforma del 1996 sono stati, quindi, riaffermati i principi di ordine pubblico concernenti la direzione del mercato del credito e la protezione degli utenti: sanzionare le pattuizioni inique estranee alla logica concorrenziale perseguita, nel contempo, le finalità d'interesse pubblicistico, volto all'ordinato funzionamento del mercato finanziario ed alla protezione della controparte dell'impresa bancaria.

La severità del legislatore nel trattamento degli interessi usurari è palesata dalla disciplina ad essi riservata nell'articolo 1815 c.c., comma 2.

7. - La concreta applicazione della disciplina antiusura.

L'affermata riconduzione degli interessi moratori nell'ambito della normativa predetta richiede la soluzione di plurime questioni, cui il Collegio ha ritenuto di offrire le risposte che

seguono: i) la disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi, convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato; ii) la mancata indicazione, nell'ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali de quibus, ove essi ne contengano la rilevazione statistica; iii) se i decreti non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato; iv) si applica l'articolo 1815 c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro; v) resta, quindi, la residua debenza di interessi dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento; vi) rilevano sia il tasso astratto, sia quello in concreto applicato, a diversi effetti; vii) nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso all'articolo 33, comma 2, lettera "f" e articolo 36, comma 1 codice del consumo, di cui al Decreto Legislativo n. 206 del 2005; viii) ne deriva l'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori.

Si illustreranno ora le precedenti asserzioni; non senza avere prima convenuto sulla mancanza di cogenza della pronuncia della Corte costituzionale 25 febbraio 2002, n. 29, laddove ha ritenuto "plausibile senza necessità di specifica motivazione - l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori", trattandosi di pronuncia sulla mera ammissibilità della questione: ove il giudice delle leggi si limita a reputare non irragionevole una data interpretazione resa possibile dall'enunciato, non a darle il crisma della inconfutabilità.

I) La disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto, quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato. Non vi è dubbio che le categorie degli interessi corrispettivi e degli interessi moratori siano distinte nel diritto delle obbligazioni.

Secondo gli articoli 820, 821 e 1284 c.c., l'interesse in un'operazione di finanziamento è dato dalla somma oggetto dell'obbligo di restituzione, detratto il denaro preso a prestito. La nozione presuppone il rilievo del costo del denaro, il cui godimento è volontariamente attribuito ad altri, dietro accettazione da parte di questi del relativo costo; non vi si comprende, invece, la situazione in cui, rendendosi inadempiente, il debitore non rispetti l'accordo, ma violi gli obblighi assunti. Dal suo canto, l'interesse moratorio, contemplato espressamente dal legislatore all'articolo 1224 c.c., rappresenta il danno che nelle obbligazioni pecuniarie il creditore subisce a causa dell'inadempimento del debitore.

Di conseguenza, questa Corte ha inquadrato il patto sugli interessi moratori nella clausola penale ex articolo 1382 c.c. (Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 18 novembre 2010, n. 23273; Cass. 21 giugno 2001, n. 8481; in sede penale, v. Cass. 25 ottobre 2012, n. 5683, depositata il 5 febbraio 2013). La circostanza che la misura degli interessi moratori sia prestabilita dalle parti nella relativa clausola negoziale, infatti, non ne muta la natura di liquidazione forfetaria e preventiva del danno, donde l'inquadrabilità nell'articolo 1382 c.c., strutturandosi il patto sugli interessi moratori come un tipo di clausola penale.

Ed è del tutto ragionevole l'osservazione, secondo cui diversa è la stessa intensità del cd. rischio creditorio, sottesa alla determinazione della misura degli interessi corrispettivi, da un lato, e degli interessi moratori, dall'altro lato: se i primi considerano il presupposto della puntualità dei pagamenti dovuti, i secondi incorporano l'incertus an e l'incertus quando del pagamento - trasformandosi il meccanismo tecnico-giuridico da quello del termine a quello della condizione - onde il creditore dovrà ricomprendervi il costo dell'attivazione degli strumenti di tutela del diritto insoddisfatto; proprio in relazione a tale rischio, l'intermediario può determinare i tassi applicabili (cfr. Decreto Legislativo n. 385 del 1993, articoli 120-undecies e 124-bis). Ma anche tale costo deve soggiacere ai limiti antiusura.

Ed è, altresì, corretto che le direttive comunitarie, con riguardo al credito al consumo, prevedono che il T.e.g. sia determinato sulla base del costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali per l'inadempimento (cfr. articolo 19 direttiva 2008/48/CE; articolo 4, comma 13, direttiva 2014/17/UE). Ma la necessità di tale indicazione, ai fini della cd. trasparenza per il consumatore, non sembra confliggere con l'autonomo rilievo, a fini civili e penali, della disciplina di contrasto all'usura.

II) La mancata indicazione, nell'ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali de quibus, ove essi ne contengano la rilevazione statistica.

II.1. - Le rilevazioni di Bit. Così come la legge, per gli interessi corrispettivi, ha introdotto la qualificazione oggettiva della fattispecie usuraria mediante il tasso-soglia, del pari, per gli interessi moratori, l'identificazione dell'interesse usurario passa dal tasso medio statisticamente rilevato, in modo altrettanto oggettivo ed unitario, idoneo a limitare l'esigenza di misurarsi con valutazioni puramente discrezionali.

L'esigenza del rispetto del principio di simmetria, fatto proprio dalle Sezioni unite con la sentenza n. 16303 del 2018, ben può essere soddisfatta mediante il ricorso ai criteri oggettivi e statistici, contenuti nella predetta rilevazione ministeriale, ove essa indichi i tassi medi degli interessi moratori praticati dagli operatori professionali.

Giova, al riguardo, ricordare che il criterio di rilevazione dei tassi medi, fatto proprio dal legislatore del 1996 per oggettivare il giudizio (superando la cd. usura soggettiva, derivata dall'approfittamento di uno stato di bisogno del mutuatario), reca in sé alcuni presupposti: che sia lecita la pattuizione degli interessi, corrispettivi e moratori; che il mercato concorrenziale e vigilato sia, esso stesso, in grado di offrire - nella media - la misura corretta dei tassi, esprimendo l'equilibrio ragionevole tra la posizione del prestatore e quella del prenditore del denaro.

Le rilevazioni di Banca d'Italia sulla maggiorazione media, prevista nei contratti del mercato a titolo di interesse moratorio, possono fondare la fissazione di un cd. tasso-soglia limite, che anche questi comprenda.

La misura media dell'incremento, applicata sul mercato quanto agli interessi moratori, viene considerata dalla Banca d'Italia solo a fini statistici, opzione di metodo motivata con l'esigenza di non comprendere nella media operazioni con andamento anomalo ed evitare un innalzamento delle soglie, in potenziale danno della clientela (cfr. documento Banca d'Italia 3 luglio 2013). La nozione sottesa è quella di un mercato concorrenziale del credito, in cui il gioco delle parti tende ad indicare l'equilibrio spontaneo degli interessi, pur nei limiti dei controlli e della vigilanza ad esso propria.

Lungi dal rilevare la casistica, eterogenea e centrifuga, dei singoli rapporti obbligatori di finanziamento, quel che assume importanza è l'oggettività dei dati emergenti dalla realtà economica e dalla sua struttura, caratterizzata da un ordinamento sezionale regolamentato e vigilato. La conseguenza è che la clausola sugli interessi moratori si palesa usuraria, quando essa si ponga "fuori dal mercato", in quanto nettamente distante dalla media delle clausole analogamente stipulate.

Orbene, il tasso rilevato dai Decreto Ministeriale n. a fini conoscitivi - sia pure dichiaratamente in un lasso temporale a volte diverso dal trimestre, non sempre aggiornato a quello precedente (per i più recenti decreti, all'anno 2015) e rilevato a campione - può costituire l'utile indicazione oggettiva, idonea a determinare la soglia rilevante.

Dal Decreto Ministeriale 21 dicembre 2017, inoltre, si è cominciato a distinguere all'interno di tale tasso, individuandone tre diversi (mutui ipotecari ultraquinquennali, operazioni di leasing e complesso degli altri prestiti).

Dunque, nei recenti decreti ministeriali sono rilevati i tassi effettivi globali medi, riferiti ad anno; è individuato il tasso-soglia mediante l'aumento dei predetti tassi di un quarto, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali; si dà, altresì, conto dell'ultima rilevazione statistica condotta dalla Banca d'Italia, da cui risulta che i tassi di mora pattuiti sul mercato presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti.

Tutto ciò, nell'articolo 3 dei decreti ministeriali, nonché nell'adeguata spiegazione contenuta nell'allegato.

Onde tale rilevazione costituisce il parametro privilegiato di comparazione, che permette di accedere a valutazioni quanto più basate su dati fattuali di tipo statistico medio, prive di discrezionalità, scongiurando, a fini di uguaglianza, difformità di applicazione.

Inoltre, va considerato come il dato, pur rilevato in anni precedenti (sino al Decreto Ministeriale 21 dicembre 2017, si riportava il dato rilevato nel 2001; da tale decreto in poi, viene riportato il dato rilevato nel 2015), è all'evidenza reputato ancora attuale dall'autorità tecnica, dato che appunto esso viene mantenuto, sia pure "a fini conoscitivi", nei decreti ministeriali contenenti la rilevazione periodica del T.e.g.m.

La sua significatività non può, quindi, essere disconosciuta.

II.2. - Individuazione del limite per gli interessi moratori. Occorre pure tenere conto che i decreti ministeriali, negli anni più recenti, prevedono uno spread tra il T.e.g.m. e la misura del tasso soglia usurario, determinato con la predetta maggiorazione (aumento di un quarto dei tassi medi, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali: articolo 2, comma 2 D.M., attuando la L. n. 108 del 1996, articolo 2, comma 4). La soglia comprendente i moratori, pertanto, con riguardo ad esempio ai mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, può essere indicata in un'unica espressione, che pervenga all'entità della soglia massima - la quale, cioè, tenga conto sia del T.e.g.m., sia degli interessi di mora - onde si avrà:

$$(5/4 \text{ T.e.g.m.} + 4) + (5/4 \times 1,9);$$

dove il primo addendo rappresenta il tasso soglia usurario legale, stabilito secondo il combinato disposto della L. n. 108 del 2000, articolo 644 c.p. e Decreto Ministeriale del periodo considerato; mentre il secondo addendo è il "di più" di comparazione, che tiene conto degli interessi moratori.

La formula può essere più sinteticamente espressa: $(\text{T.e.g.m.} + 1,9) \times 1,25 + 4$.

Analogamente, potrà essere determinata la soglia limite con riguardo alle operazioni di leasing ed agli altri prestiti.

ii.3. - Validità del cd. principio di simmetria. Tutto ciò posto, va confermata la piena razionalità del cd. principio di simmetria, in continuità con quanto affermato dalla Corte (Cass., sez. un., 20 giugno 2018, n. 16303; nonché Cass. 3 novembre 2016, n. 22270; Cass. 22 giugno 2016, n. 12965), secondo cui deve esservi simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente a norma della L. n. 108 del 1996, articolo 2, comma 1, ed il tasso effettivo globale della singola operazione.

Tutto ciò, atteso sia il contenuto letterale delle disposizioni che disciplinano il T.e.g. ed il T.e.g.m., ovvero l'articolo 644 c.p., comma 4, e la L. n. 108 del 1996, articolo 2, comma 1; sia l'intuitiva esigenza logica legata all'essenza stessa di ogni procedimento comparativo, che, in quanto tale, postula un certo grado di omogeneità dei termini di riferimento.

III) Se i decreti non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato.

Occorre, a questo punto, farsi carico del problema, pur trascurato dalle conclusioni della parte pubblica, concernente la mancata rilevazione della maggiorazione propria degli interessi moratori nei decreti ministeriali, dall'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996 sino al Decreto Ministeriale 25 marzo 2003.

Per ogni contratto, infatti, deve essere preso a termine di riferimento il Decreto Ministeriale all'epoca vigente. Per quanto riguarda proprio la vicenda in esame, dagli atti delle parti e dalla sentenza impugnata risulta che il contratto fu concluso il (...omissis...) e, dunque, si tratta del Decreto Ministeriale 22 marzo 2002.

L'articolo 1 Decreto Ministeriale individua, con rimando all'allegato, il tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) relativamente ai vari tipi contrattuali, e l'articolo 2 precisa che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto e sino al 30 giugno 2002, ai fini della determinazione del tasso-soglia, i T.e.g.m. devono essere aumentati della metà.

Non rileva, ai fini della risposta alla questione di diritto in esame, che nel Decreto Ministeriale 22 marzo 2002 manchi la rilevazione degli interessi moratori, che ha iniziato ad essere compiuta a partire dal Decreto Ministeriale 25 marzo 2003. Infatti, le Sezioni unite ritengono che, in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato, sia allora giocoforza comparare il T.e.g. del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori in concreto applicati, con il T.e.g.m. così come in detti decreti rilevato; onde poi sarà il margine, nella legge previsto, di tolleranza a questo superiore, sino alla soglia usuraria, che dovrà offrire uno spazio di operatività all'interesse moratorio lecitamente applicato.

IV) Si applica l'articolo 1815 c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro.

La conseguenza di quanto esposto è la piana applicazione dell'articolo 1815 c.c., comma 2, pacificamente transtipica. A differenza di altri ordinamenti anche Europei, nei quali il superamento del tasso soglia non determina la nullità della clausola sugli interessi, ma la mera restituzione del surplus, la legge nazionale ha comminato la gratuità sanzionatoria del contratto.

Peraltro, il Collegio ha reputato che la norma possa trovare una interpretazione che, pur sanzionando la pattuizione degli interessi usurari, faccia seguire la sanzione della non debenza

di qualsiasi interesse, ma limitatamente al tipo che quella soglia abbia superato.

Invero, ove l'interesse corrispettivo sia lecito, e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi; ma resta l'applicazione dell'articolo 1224 c.c., comma 1, con la conseguente applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti.

Giova considerare che la regolamentazione del mercato del credito, la quale si giova di plurime tutele generali e speciali previste dal diritto positivo, non può ragionevolmente condurre a premiare il debitore inadempiente, rispetto a colui che adempia ai suoi obblighi con puntualità: come avverrebbe qualora, all'interesse moratorio azzerato, seguisse un costo del denaro del tutto nullo (inesistente), con l'obbligo a carico del debitore di restituire il solo capitale, donde un pregiudizio generale all'intero ordinamento sezione del credito (cui si assegna una funzione di interesse pubblico), nonché allo stesso principio generale di buona fede, di cui all'articolo 1375 c.c.

Pertanto, una volta che il giudice del merito abbia riscontrato positivamente l'usurarietà degli interessi moratori, il patto relativo è inefficace.

In tale evenienza, si applica la regola generale del risarcimento per il creditore, di cui all'articolo 1224 c.c., commisurato (non più alla misura preconcordata ed usuraria, ma) alla misura pattuita per gli interessi corrispettivi, come prevede la disposizione.

Invero, tale conseguenza rinviene il suo fondamento causale nella considerazione secondo cui, caduta la clausola degli interessi moratori, resta un danno per il creditore insoddisfatto, donde l'applicazione della regola comune, secondo cui il danno da inadempimento di obbligazione pecuniaria viene automaticamente ristorato con la stessa misura degli interessi corrispettivi, già dovuti per il tempo dell'adempimento in relazione alla concessione ad altri della disponibilità del denaro. Ciò, in quanto la nullità della clausola sugli interessi moratori non porta con sé anche quella degli interessi corrispettivi: onde anche i moratori saranno dovuti in minor misura, in applicazione dell'articolo 1224 c.c., sempre che - peraltro - quelli siano lecitamente convenuti.

Tale conclusione è confortata dalla primaria esigenza di coerenza e non contraddittorietà col diritto Eurounitario, come vive dalle interpretazioni rese ad opera della Corte di giustizia dell'Unione, che più volte è stata adita in via pregiudiziale con riguardo alle direttive in materia di consumatori.

Qui, l'articolo 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 impone agli Stati membri di far sì che le clausole abusive non vincolino il consumatore e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

Al riguardo, costituiscono affermazioni tratlaticie della Corte di giustizia che il giudice non possa né ridurre l'importo della penale (Corte di giustizia 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank, punto 29; Corte di giustizia 30 maggio 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, punto 59), né integrare il contenuto contrattuale (Corte di giustizia 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporacion Bancaria SA e Bankia SA, punto 53; Corte di giustizia 21 gennaio 2015, Unicaja Banco, cit., punti 28, 32; Corte di giustizia 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler e Keslerné Rebai, punto 77; Corte di giustizia 14 giugno 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, punto 73; nonché, ancora, Corte di giustizia 7 agosto

2018, cause riunite C 96/16, Banco Santander SA e C-94/17, Rafael Ramon Escobedo Cortes, punto 73; Corte di giustizia 26 gennaio 2017, C-421/14, Banco Primus, punto 71).

Dall'altro lato, anche di recente, la Corte UE ha altresì chiarito come sia legittima e rispettosa della direttiva la prescrizione (nella specie, dovuta ai precedenti giurisprudenziali della Corte Suprema spagnola), secondo cui continuano - pur caduta la clausola sugli interessi moratori - ad essere dovuti quelli corrispettivi, e ciò indipendentemente dalla tecnica di redazione delle clausole medesime, in quanto la direttiva 93/13/CEE non osta a che si giunga alla "soppressione integrale di questi interessi, mentre continuano a maturare gli interessi corrispettivi previsti da detto contratto" (Corte di giustizia 7 agosto 2018, cit., punti 76-78): ciò in quanto "gli interessi corrispettivi hanno una funzione di remunerazione della messa a disposizione di una somma di denaro da parte del mutuante fino al rimborso della somma stessa" (punto 76) e ove "la clausola abusiva consiste in tale maggiorazione, la direttiva 93/13 esige unicamente che la maggiorazione stessa venga annullata" (punto 77).

Con la conseguenza definitiva che "il giudice nazionale, il quale abbia constatato il carattere abusivo della clausola di un contratto di mutuo che fissa il tasso degli interessi moratori, escluda molto semplicemente l'applicazione della clausola suddetta o della maggiorazione che tali interessi rappresentano rispetto agli interessi corrispettivi, senza poter sostituire alla clausola di cui sopra disposizioni legislative suppletive, né rivedere la clausola in questione, conservando al tempo stesso la validità delle altre clausole di tale contratto, e segnatamente quella relativa agli interessi corrispettivi" (punto 78).

Tale pronuncia, specialmente con l'ammettere il pagamento di interessi "fino al rimborso della somma stessa", lascia permanere la determinazione degli interessi pattuiti come corrispettivi, che restano dovuti anche dopo la mora e fino alla restituzione effettiva del capitale.

Ed occorre pure ricordare che, secondo la Corte UE, la sostituzione della clausola abusiva, quando ammessa, viene comunque giustificata, richiamando proprio la finalità della direttiva 93/13 e del suo articolo 6, par. 1, il cui obiettivo è "sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime" (fra le altre, Corte di giustizia 17 luglio 2014, C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, punto 23; Corte di giustizia 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler e Keslerné Rebai, punto 82; Corte di giustizia 15 marzo 2012, n. 453/10, Perenicové e Perenic, punto 31): donde il portato del bilanciamento degli interessi delle parti.

Viene dunque suffragata la conclusione, secondo cui l'applicazione della legge, nello specifico l'articolo 1224 c.c., comma 1, in caso di usurarietà degli interessi moratori, rende il trattamento del non consumatore tale, che non sia addirittura migliore di quello di chi la qualità di consumatore possiede: come avverrebbe ove fosse negata la debenza persino degli interessi corrispettivi da parte del primo.

V) Resta, quindi, la residua debenza di interessi dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento.

V.1. - Il debito residuo dopo l'accertamento della usurarietà degli interessi. Il terzo gruppo di motivi attiene specificamente alla statuizione di non debenza di nessun interesse, enunciata dalla corte territoriale, secondo cui la banca "può dunque legittimamente esigere dalla (...omissis...) il solo capi-

tale residuo, individuato alla data dell'ultimo pagamento da lei effettuato, nell'(...omissis...)" (p. 8 sentenza).

Assume la ricorrente che, pronunciata la risoluzione del contratto per inadempimento in forza di clausola risolutiva espressa, le rate scadute siano dovute per intero e non solo per la sorte capitale, come statuito invece dalla corte d'appello, dal momento che vige l'efficacia ex tunc della risoluzione dei contratti di durata, ai sensi dell'articolo 1458 c.c.

V.2. - Risoluzione o decadenza dal termine. Giova premettere che non forma oggetto del thema decidendum in sede di legittimità la questione relativa alla qualificazione della clausola negoziale, che prevede le conseguenze del mancato pagamento delle rate, come fattispecie di decadenza dal beneficio del termine (articolo 1186 c.c.) o di risoluzione del contratto per clausola risolutiva espressa (articolo 1456 c.c.), come nella specie qualificata dalle corti del merito; onde la questione non è qui rilevante.

V.3. - Contratti contenenti, o no, la clausola usuraria. Richiamato quanto sopra esposto circa l'applicazione dell'articolo 1815 c.c., comma 2, la questione della retroattività della risoluzione nei contratti di finanziamento è mal posta.

Se siano stati pattuiti interessi moratori usurari, è l'azzerramento di tale interesse, in virtù della dichiaratoria della nullità, che è in sé retroattivo, ai sensi dell'articolo 1418 c.c.

In generale, è stato enunciato il condivisibile principio (Cass., sez. un., 19 maggio 2008, n. 12639; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449, relativa a mutuo fondiario; si veda pure, in tema di leasing di godimento con fine di finanziamento, Cass. 3 settembre 2003, n. 12823), secondo cui il mutuo, nel cui genus va ricondotto ogni finanziamento, è un contratto di durata, agli effetti dell'articolo 1458 c.c., in considerazione del carattere non istantaneo, ma prolungato della durata del prestito, e dell'utilità per il mutuatario consistente nel godimento del danaro - retribuito dalla controprestazione, del pari durevole, degli interessi - assicurategli dal mutuante per il tempo convenuto.

La risoluzione non opera retroattivamente, ma soltanto per il futuro, comportando l'anticipazione della scadenza dell'obbligazione di rimborso del capitale, la quale, però, conserva il suo titolo contrattuale. L'efficacia retroattiva alla risoluzione per inadempimento del mutuo finirebbe con l'essere ingiustificatamente pregiudizievole per il mutuante ed ingiustificatamente premiale per il mutuatario, che continuerebbe a godere, di fatto, del capitale a un interesse più vantaggioso di quello cui si era obbligato (Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449). Dunque, nei casi in cui non si discorra di usurarietà, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute per intero, con gli interessi corrispettivi in esse già inglobati ed effetto anatocistico, secondo la normativa tempo per tempo vigente (Decreto Legislativo n. 385 del 1993, articolo 120, comma 2; e, in dettaglio, cfr. Decreto Legislativo n. 342 del 1999, articolo 25, comma 2, come trasfuso nell'articolo 120, comma 2 cit. e articolo 2 Delib. Cir 9 febbraio 2000; L. 27 dicembre 2013, n. 147, cd. legge di stabilità per il 2014; Decreto Legge 14 febbraio 2016, n. 18, articolo 17-bis convertito con modificazioni dalla L. 8 aprile 2016, n. 49 e articolo 3, comma 1 Delib. Cir 3 agosto 2016, n. 343).

Ma tali considerazioni sono appropriate in assenza di qualsiasi nullità usuraria; perché, ove il patto degli interessi cada, sarà questa nullità a spiegare effetti ex tunc.

V.4. - Rate scadute e rate a scadere. In definitiva, per quanto ora rileva, caduta la clausola sugli interessi moratori, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute nella loro integralità, comprensive degli interessi cor-

rispettivi in esse già conglobati, oltre agli interessi moratori sull'intero nella misura dei corrispettivi pattuiti; tale effetto, peraltro, richiede che in sé il tasso degli interessi corrispettivi sia lecito.

Per quanto attiene le rate a scadere, sorge l'obbligo d'immediata restituzione dell'intero capitale ricevuto, sulquale saranno dovuti gli interessi corrispettivi, ma attualizzati al momento della risoluzione: infatti, fino al momento in cui il contratto ha avuto effetto, il debitore ha beneficiato della rateizzazione, della quale deve sostenere il costo, pur ricalcolato attualizzandolo, rispetto all'originario piano di ammortamento non più eseguito; da tale momento e sino al pagamento, vale l'articolo 1224 c.c., comma 1;

VI) Rilevano sia il tasso astratto, sia quello in concreto applicato, a diversi effetti.

Sovente il contratto prevede un tasso degli interessi moratori, sebbene, poi, al momento dell'inadempimento, la banca applichi, a tale titolo, un tasso di misura inferiore.

Le questioni che ne derivano sono due.

La prima: se possa essere domandata la nullità (per varie cause) di una clausola sugli interessi moratori in corso di svolgimento regolare del rapporto.

La seconda: se, una volta verificatosi l'inadempimento e, quindi, il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, l'indagine sulla usurarietà dei medesimi (sempre per cause varie) debba tener conto di quelli in astratto dedotti in contratto o di quelli in concreto applicati.

Esse devono essere congiuntamente esaminate affinché l'ordinamento offra una tutela razionale, secondo le considerazioni che seguono.

Al primo quesito deve darsi risposta affermativa.

L'interesse ad agire in relazione ad una clausola reputata in tesi nulla o inefficace sussiste sin dalla pattuizione della medesima, in quanto risponde ad un bisogno di certezza del diritto che le convenzioni negoziali siano accertate come valide ed efficaci, oppure no. Ciò perché (cfr., fra le altre, Cass. 31 luglio 2015, n. 16262) l'interesse ad agire in un'azione di mero accertamento non implica necessariamente l'attualità della lesione di un diritto, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva.

Tuttavia - ed in ciò sta la risposta al secondo quesito, nel senso che il tasso rilevante è quello in concreto applicato dopo l'inadempimento - la conseguenza è che la sentenza sarà di mero accertamento dell'usurarietà del tasso, ma in astratto, senza relazione con lo specifico diritto vantato dalla banca, posto che ancora non sarà attuale l'inadempimento ed il finanziatore ancora non avrà preteso alcunché a tale titolo.

Onde se, da un lato, non può essere disconosciuto l'interesse ad agire ex articolo 100 c.p.c. per la presenza attuale in contratto di una clausola degli interessi usurari, dall'altro lato sarà limitato l'effetto del giudicato di accertamento, non idoneo automaticamente a valere con riguardo alla futura applicazione di un interesse moratorio in concreto, ma solo ad escludere che l'interesse pattuito sia dovuto.

In altri termini, se il finanziato agisca in accertamento in corso di regolare rapporto, ed ottenga sentenza di nullità della clausola, ciò non vuol dire che, da quel momento in poi, egli potrà non adempiere e pretendere che nessun interesse gli sia applicato, oltre all'interesse corrispettivo, incluso nelle rate già dovute.

Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore inadempiente; cade l'interesse ad agire per l'accertamento della even-

tuale illegittimità del tasso astratto non applicato; i parametri di riferimento dell'usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata.

In conclusione, ciò che rileva in concreto in ipotesi di inadempimento è il tasso moratorio applicato; se il finanziato intenda agire prima, allo scopo di far accertare l'illiceità del patto sugli interessi rispetto alla soglia usuraria, come fissata al momento del patto, la sentenza ottenuta vale come accertamento, in astratto, circa detta nullità, laddove esso fosse, in futuro, utilizzato dal finanziatore.

Onde tale sentenza non avrà ancora l'effetto concreto di rendere dovuto solo un interesse moratorio pari al tasso degli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti (ex articolo 1224 c.c.): effetto che, invece, si potrà verificare solo alla condizione - presupposta dalla sentenza di accertamento mero pre-inadempimento - che quello previsto in contratto sia stato, in seguito, il tasso effettivamente applicato, o comunque che, al momento della mora effettiva, il tasso applicato sulla base della clausola degli interessi moratori sia sopra soglia. Ove il tasso applicato in concreto sia, invece, sotto soglia, esso sarà dovuto, senza che possa farsi valere la sentenza di accertamento mero, che non quello ha considerato.

VII) Nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso agli articoli 33, comma 2, lettera "f" e 36, comma 1 codice del consumo, di cui al Decreto Legislativo n. 206 del 2005.

Nei contratti di finanziamento, in cui il soggetto che riceve la somma in prestito rivesta la qualifica di consumatore, è applicabile, altresì, la tutela contro le clausole vessatorie.

Nel diritto nazionale, essa è stata dapprima prevista nel Titolo II, Capo XIV-bis, del Libro IV del codice civile, agli articoli 1469-bis/1469-sexies, come introdotti dalla L. 6 febbraio 1996, n. 52, art 25 di attuazione della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

L'articolo 1469-bis, comma 3, n. 6, prevedeva - testo del tutto coincidente con la corrispondente norma, attualmente vigente, di cui all'articolo 33, comma 2, lettera f) codice del consumo - la nullità delle clausole volte ad "imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo".

Si tratta della trasposizione della previsione della direttiva, che, nell'allegato, individua detta clausola abusiva nelle pattuizioni che "hanno per oggetto o per effetto... e) di imporre al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato".

Analogamente, il Decreto Legislativo n. 206 del 2005, articolo 33, comma 2, lettera f), prevede che "(s)i presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di... imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo".

Si opera, quindi, un cumulo di rimedi, essendo rimesso all'interessato di far valere l'uno o l'altro.

La Corte di giustizia ha del pari chiarito che un sistema nazionale, il quale pur riduca entro una soglia ritenuta lecita il tasso eccessivo degli interessi moratori, non deve comunque precludere al giudice, in caso di contratto dei consumatori, la facoltà di ritenere la clausola abusiva, con la conseguente

eliminazione, ai sensi dell'articolo 6 direttiva 93/13 (cfr. Corte di giustizia 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank).

Delle questioni implicate in tale ulteriore tutela, poste dai motivi dal settimo al decimo, il Collegio rinverrà alla decisione della Sezione semplice.

VIII) Ne deriva l'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori.

Alla stregua delle predette considerazioni, può precisarsi come si atteggi l'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e misura degli interessi moratori, ai sensi dell'articolo 2697 c.c.

Da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento.

Dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto: fra di essi, la pattuizione negoziata della clausola con il soggetto sebbene avente la veste di consumatore, la diversa misura degli interessi applicati o altro.

8. - Decisione dei motivi.

8.1. - Motivi 1-7 afferenti la disciplina antiusura e la debenza degli interessi dopo la risoluzione del contratto di finanziamento.

Da quanto esposto, si trae che il primo ed il secondo motivo sono infondati, non essendo la sentenza impugnata incorsa nel vizio di omessa pronuncia, né di mancanza di motivazione.

Fondato è, invece, il terzo motivo, avendo errato la corte territoriale nel reputare gratuito il finanziamento, ed in sostanza l'efficacia retroattiva della risoluzione di un contratto di durata, in violazione dell'articolo 1458 c.c.: onde, contrariamente a quanto ivi opinato, le rate scadute e non pagate alla data della risoluzione restano dovute nella loro interezza, ivi compresa la quota d'interessi corrispettivi inclusa nelle stesse. Alla luce delle precedenti considerazioni, vanno respinti il quarto ed il quinto motivo, in quanto la sentenza impugnata, avendo esteso agli interessi moratori la disciplina antiusura, ha considerato il tasso-soglia previsto nel relativo decreto ministeriale.

Il sesto motivo è fondato, perché la corte del merito non ha spiegato la ragione dell'aver considerato un tasso di interessi, invece mai applicato dal finanziatore.

Il settimo motivo resta assorbito, concernendo vizio non poziore.

8.2. - Motivi 8-10 sulla clausola vessatoria.

La decisione di questi motivi viene rimessa alla prima Sezione civile.

9. - Enunciazione dei principi di diritto. Si devono, a questo punto, enunciare i seguenti principi di diritto, ai sensi dell'articolo 384 c.p.c., comma 1:

“La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso”.

“La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministe-

riali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché “fuori mercato”, donde la formula: “T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto”⁴⁴.

“Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista”.

“Si applica l'articolo 1815 c.c., comma 2, onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'articolo 1224 c.c., comma 1, con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti”.

“Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento”.

“Nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dall'articolo 33, comma 2, lettera f) e articolo 36, comma 1 codice del consumo, di cui al Decreto Legislativo n. 206 del 2005, già articoli 1469-bis e 1469-quinquies c.c.”.

“L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'articolo 2697 c.c., si attegga nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto”.

10. - Rinvio alla Sezione prima civile.

Così decise le questioni poste, la delibazione dei rimanenti motivi, dall'ottavo al decimo, è rimessa alla prima Sezione civile della Corte.

(...*Omissis*...)

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni unite, rigetta i motivi primo, secondo, quarto e quinto, accoglie i motivi terzo e sesto, dichiara assorbito il settimo; rimette alla Sezione Prima civile la decisione dei motivi ottavo, nono e decimo.

Tribunale di Genova, 8 settembre 2020, n. 1362, Giudice Unico Bianchi - X (Avv. Bellisai) c. Y (Avv. Cecconi) e c. Notaio (Avv. ti Ferraro e Giove).

VENDITA - immobile costruito anteriormente al 1967 - della vendita - dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'epoca dell'edificazione - sufficienza per la validità del contratto.

(Art. 40, L. n. 47/1985; art. 46 D.P.R. n. 380/2001)

VENDITA - immobile costruito anteriormente al 1967 - attestazione mendace del cedente circa la regolarità

edilizia - responsabilità del notaio esclusa in assenza di specifico incarico di consulenza.

(Art. 40, L. n. 47/1985; art. 46 D.P.R. n. 380/2001)

Ai sensi dell'art. 40 della Legge 47/1985 il requisito richiesto per la validità degli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad immobili costruiti prima dell'01-9-1967 è costituito dal rilascio, da parte del proprietario o altro avente titolo, di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 01.09.1967.

(Cfr. anche Cass., sez. un., n. 8230/2019; Cass., ord., n. 6685/2019; Cass., n. 22168/2019; Cass., n. 538/2020)

In assenza del conferimento uno specifico incarico di assistenza e consulenza circa la regolarità edilizia, il notaio autenticante una scrittura di compravendita di un immobile non può essere considerato responsabile della dichiarazione invalida resa dalla parte relativamente alla rispondenza dello stato di fatto della singola porzione alla concessione edilizia relativa all'intero edificio, non estendendosi la fede privilegiata propria dell'atto notarile al contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti, onde non è configurabile alcuna attività obbligatoria di accertamento da parte del notaio, che non ne abbia ricevuto specifico incarico, sulla veridicità delle dichiarazioni stesse e quindi alcuna sua responsabilità per invalidità dell'atto derivante da loro inidoneità.

(Cfr. anche Cass., sez. un., n. 8230/2019; Cass., ord., n. 6685/2019; Cass., n. 22168/2019; Cass., n. 538/2020)

M.I.F.

(...Omissis...)

Motivi della decisione.**Considerato in fatto:**

che in data 29.09.2016, con atto a rogito del Notaio, l'attore acquistava dal convenuto:

“locale ad uso box in pessimo stato di manutenzione” sito in via P. (GE) al prezzo di euro 29.000;

tre terreni adiacenti al suddetto manufatto al prezzo di euro 3.000;

che a seguito della compravendita, l'attore sottoponeva il fabbricato per cui è causa ad opere di ristrutturazione e il Comune di Genova, avvedutosene, ordinava la sospensione immediata dei lavori;

che l'attore procedeva quindi alla demolizione delle opere eseguite;

che l'attore conveniva quindi nell'odierno giudizio il venditore e il Notaio al fine di sentire accolte le domande avanzate nei loro confronti;

che in particolare l'attore ha avanzato nei confronti di parte venditrice le seguenti domande:

I. in via principale declaratoria la nullità parziale (relativa soltanto al box) del contratto di vendita, in ragione della totale abusività del fabbricato compravenduto, derivante dall'inesistenza *ab origine* di qualsiasi titolo abilitativo ad esso riferibile;

II. in subordine l'annullamento (parziale) del predetto contratto per errore o dolo, allegando l'errore sulla regolarità urbanistica del box;

III. in ulteriore subordine la risoluzione del contratto o riduzione del prezzo (sempre limitatamente alla sola cessione del box) per grave inadempimento di parte venditrice, consistente nell'aver venduto un immobile privo della legittimazione urbanistica e, dunque, incommerciabile;

IV. in ogni caso: (i) la restituzione, ex art. 2033 c.c., del corrispettivo pagato per il box (euro 29.000); (ii) il risarcimento dei danni patrimoniali comprensivi delle spese notarili, delle spese tecniche, dei costi di manutenzione e degli oneri di de-

molizione sostenuti; (iii) il risarcimento del danno non patrimoniale patito;

che nei confronti del Notaio, l'attore ha chiesto:

di accertare e dichiarare l'inadempimento di quest'ultimo, ex art. 1218 c.c., delle obbligazioni di cui al contratto d'opera professionale, per non aver assolto, nei confronti dell'attore, agli obblighi di adeguata informazione e protezione; di condannare il Notaio, anche in solido col venditore, al risarcimento dei danni patiti nella misura di euro 29.000 (prezzo pagato per il box per cui è causa), oltre alle voci di danno patrimoniale e non patrimoniale sopra indicate sub V; che venivano precisate le conclusioni e concessi i termini per il deposito di conclusioni e repliche (oggetto di sospensione dal 9.3.20 al 11.5.20 a seguito della emergenza COVID) con assunzione della causa in decisione.

Ritenuto in diritto:

che tutte le domande attoree vanno respinte;

che la domanda attorea di nullità parziale del contratto di compravendita sub I) va rigettata in quanto - ai sensi dell'art. 40 l. 47/1985 - il requisito richiesto per la validità degli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad immobili costruiti prima del 01.09.1967 è costituito dal rilascio, da parte del proprietario o altro avente titolo, di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 01.09.1967;

che infatti è noto che “l'art. 40, della menzionata L. n. 47, consente di stipulare validamente, oltre che con l'indicazione degli estremi della licenza o della concessione in sanatoria, anche con l'allegazione della relativa domanda e versamento delle prime rate di oblazione, o con la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'inizio della costruzione in epoca anteriore al 2 settembre 1967. Nell'ipotesi qui in rilievo di compravendita di edifici o parte di essi (ed a parte le allegazioni di cui all'art. 40), le norme pongono, dunque, un medesimo, specifico, precetto: che nell'atto si dia conto della dichiarazione dell'alienante contenente gli elementi identificativi dei menzionati titoli, mentre la sanzione di nullità e l'impossibilità della stipula sono direttamente connesse all'assenza di siffatta dichiarazione (o allegazione, per le ipotesi di cui all'art. 40).” Null'altro. (Nello stesso senso, cfr. Cass. n. 538/2020, Cass. n. 22168/2019);

che risulta dall'atto notarile di compravendita (cfr. prod. ...Omissis...) che il venditore (oggi convenuto) abbia rilasciato all'acquirente (oggi attore) dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante la costruzione del fabbricato di via P. in data anteriore al 01.09.1967;

che peraltro l'attore non ha mai contestato il fatto storico dell'avvenuta costruzione del manufatto anteriormente al 01.09.1967, circostanza che quindi ritenersi provata ex art. 115 c.p.c.;

che infatti a tal riguardo, ciò che l'attore si limita a contestare è l'inesistenza, *ab origine*, di alcun titolo abilitativo riferibile a questo fabbricato (cfr. atto di citazione pag. 3) e alla qualificabilità di detto fabbricato come “tettoia” anziché “box” (mem. art. 183 n. 1 c.p.c., su cui *infra*, sub III);

che la dedotta inesistenza di titolo, quand'anche provata, non sarebbe comunque idonea a fondare la nullità del contratto di compravendita del 29.09.2016;

che infatti, come sopra ricordato, in base al succitato art. 40 l. 47/1985, l'asserita inesistenza di un titolo abilitativo riferibile al fabbricato di via P. è circostanza del tutto irrilevante ai fini della validità del predetto contratto, riferendosi a manufatto costruito prima del settembre 1967 (cfr. Cass. 538/2020 cit.);

che comunque l'irrelevanza di quanto dedotto da parte attrice emerge anche dalla constatazione che il fabbricato *de quo* ben poteva risultare sprovvisto di titolo edilizio;

che tale conclusione - premessa la non contestata realizzazione del fabbricato ante 1967, per le ragioni più sopra esposte - emerge dal fatto che "solo dopo l'entrata in vigore dell'art. 10, l. 6 agosto 1967, n. 765, che ha soppresso la limitazione contenuta nell'art. 31, l. 17 agosto 1942, n. 1150, l'obbligo di premunirsi della licenza edilizia è stato esteso a tutto il territorio comunale e quindi anche alle zone fuori del centro abitato, sicché, anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 765 del 1967, il cui art. 10 ha sostituito nel suo contenuto sostanziale l'art. 31, l. n. 1150 del 1942, non vi era necessità di licenza edilizia per le costruzioni ubicate al di fuori del centro abitato" (cfr. T.A.R. Lecce n. 64/2020; nello stesso senso v. anche T.A.R. Lecce n. 191/2014, T.A.R. Milano n. 373/2013, T.A.R. Potenza n. 444/2010);

che parimenti è noto che "nel sistema giuridico vigente la definizione di centro abitato non è rinvenibile in termini univoci, per cui occorre fare riferimento a criteri empirici elaborati dalla giurisprudenza, secondo cui il centro abitato va individuato nella situazione di fatto costituita dalla presenza di un aggregato di case continue e vicine, comunque suscettibile di espansione" (cfr. Cons. Stato n. 3656/2016; nello stesso senso v. Cons. Stato n. 5173/2014);

che alla luce di quanto sopra, è indubbio che la zona di ubicazione del manufatto (via P.) non sia e - *a fortiori* - non fosse prima del 1967, qualificabile come centro abitato;

che infatti la documentazione fotografica versata in atti (raffigurante un manufatto diruto, immerso in una fitta vegetazione in assenza di costruzioni vicine) attesta che trattasi di area estranea al centro abitato (cfr. prod. 1, all. B fasc. attore);

che tale conclusione trova conferma nel fatto che i terreni adiacenti venduti dal convenuto all'attore siano tutti accatastati come uliveti (cfr. docc. 12 e 13 fasc. attore);

che quindi risultando il fabbricato oggetto di compravendita a) realizzato ante settembre 1967 e b) insistente su area esterna al "centro abitato", nessun titolo abilitativo era necessario ai fini della regolarità urbanistica del suddetto immobile e della sua commerciabilità;

che va rigettata anche la domanda di annullamento parziale sub II);

che infatti, l'errore nel quale l'attore afferma di essere caduto consisterebbe nell'aver ritenuto il box di via P. conforme a livello urbanistico, quando invece lo stesso sarebbe stato privo *ab origine* di alcun titolo abilitativo;

che la più sopra accertata non necessità di un titolo edilizio relativo al manufatto oggetto di causa rende detta allegazione del tutto inidonea a fondare la domanda di annullamento;

che infatti non esiste alcun errore essenziale sulla qualità del bene richiesto dall'art. 1429 cc per l'annullamento del contratto;

che per le stesse ragioni non è prospettabile alcuno raggio contrattuale ai fini dell'art. 1439 cc;

che per le medesime ragioni vanno rigettate anche le domande di risoluzione e riduzione del prezzo sub III), attesa l'accertata insussistenza dell'inadempimento dedotto da parte attrice (e cioè l'assenza delle qualità giuridiche della costruzione);

che peraltro l'attore (in sede di I memoria 183 VI comma c.p.c., pagg. 1 e 2) allega che il manufatto di causa non avesse le caratteristiche di box, bensì di semplice tettoia, deducendo cioè l'assenza di qualità materiali del manufatto (e cioè l'assenza di delimitazioni perimetrali);

che detta doglianza è inammissibile in quanto introduce per la prima volta nella I memoria 183 una *causa petendi* (e cioè la natura di tettoia e non di un box) - diversa e ulteriore rispetto a quella di risoluzione originariamente dedotta in citazione, in cui l'inadempimento dedotto era limitato alla sola assenza di un titolo abilitativo riferibile al fabbricato compravenduto (cfr. atto di citazione pagg. 10, 11 e 12 "per aver costui venduto un bene privo della legittimazione urbanistica" lamentando la "totale assenza di titolo legittimante", sulla scorta della considerazione che "ove tale regolarità manchi (...) la vendita di alcunché giuridico implica (...) quantomeno un inadempimento grave da parte del venditore");

che quindi la doglianza della natura di tettoia (e non di un box) costituisce evidentemente *mutatio libelli* inammissibile, così come definita dalla giurisprudenza di legittimità: "si ha *mutatio libelli* quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo [...] causa petendi fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte e alterare il regolare svolgimento del processo" (cfr. Cass. n. 20870/2019);

che, comunque, in subordine, e ai soli fini di completezza, detta contestazione andrebbe respinta nel merito;

che infatti va osservato che:

dalle fotografie in atti emerge - presso il manufatto di causa - la presenza di residui di muri perimetrali, e ciò consente di concludere che si trattasse originariamente di fabbricato potenzialmente chiuso, e quindi di un "locale ad uso box in pessimo stato di manutenzione", come descritto nel rogito (cfr. doc. 2);

l'attore ha provveduto alla demolizione del fabbricato preesistente e alla sua riedificazione, senza preventivamente eccepire alcuna mancanza di qualità materiali promesse. Ciò induce a ritenere che abbia accettato il bene acquistato. Riguardo a ciò, la natura dell'intervento edificatorio attore emerge dalla lettura dall'ordine di sospensione dei lavori disposto dal Comune di Genova del 17.2.2017 (doc. 3 fasc. attore) che descrive gli interventi edilizi realizzati dall'attore come "demolizione di un manufatto con destinazione a posto auto (mappale 2071 -mq. 30) e sostituzione con una volumetria (dim. mq. 31) in blocchi cementizi e copertura costituita da solaio misto. Il nuovo manufatto ha al suo interno un locale di 2,40 mq adibito a servizio igienico".

Va a tal fine precisato che la necessità di demolire il fabbricato di via P. non sia dipesa affatto dall'allegata (e, come visto, del tutto irrilevante) assenza di titolo abilitativo, bensì esclusivamente dall'assenza di autorizzazione paesaggistica (artt. 45 della Legge Regionale n. 16/2008 e 167 del D.lgs. 42/2004) dell'intervento edilizio realizzato dall'attore, caratterizzato inoltre da un illegittimo ampliamento del precedente fabbricato (da 30 mq a 31 mq).

Infatti, come ammesso dalla perizia di parte attorea (cfr. prod. 10 fasc. attore, pag. 2) risulta che l'area oggetto di causa sia soggetta a vincolo paesaggistico;

Conseguentemente, in base all'art. 146 del D.lgs. 42/2004, prima di intraprendere qualsiasi intervento edilizio, l'attore avrebbe dovuto munirsi della necessaria autorizzazione paesaggistica.

Detto ciò, è noto che l'art. 146 comma 4 del D.lgs. 42/2004 vieta il rilascio in sanatoria dell'autorizzazione paesaggistica successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi edilizi, salvo nei casi previsti dai commi 4 e 5 dell'art.

167 dello stesso D.lgs. 42/2004 (e cioè di opere che non determinano aumento di superfici o volumi preesistenti), ipotesi non ravvisabili nel caso di specie, atteso l'accertato aumento di superficie realizzato dall'attore e accertato dal Comune.

che al rigetto delle domande attoree finora esaminate, consegue la reiezione delle domande (sub IV); di restituzione del corrispettivo versato (sub (i)), e di risarcimento del danno patrimoniale (sub ii) e non patrimoniale (sub iii) e di arricchimento senza causa, non ravvisandosi alcuna nullità o vizio di volontà o inadempimento contrattuale o condotta illecita imputabile al venditore;

che analogamente vanno respinte le domande avanzate nei confronti del Notaio;

che infatti anche con riguardo a queste ultime, la piena regolarità dell'atto di compravendita (per le ragioni suesposte) esclude che al notaio sia imputabile alcuna violazione degli obblighi professionali;

che comunque risulta inoltre pacifico che “[i]l notaio che abbia autenticato le sottoscrizioni delle parti in calce ad una scrittura privata di vendita di una unità immobiliare compresa in un edificio, senza avere ricevuto dalle parti un incarico specifico di assistenza e consulenza, non può essere considerato responsabile di una dichiarazione invalida resa dalla parte relativamente alla ri-

spondenza dello stato di fatto della singola porzione immobiliare alla concessione edilizia relativa all'intero edificio, non estendendosi la fede privilegiata propria dell'atto notarile al contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti, onde non è configurabile alcuna attività obbligatoria di accertamento da parte del notaio, che non ne abbia ricevuto specifico incarico, sulla veridicità delle dichiarazioni stesse e quindi alcuna sua responsabilità per invalidità dell'atto derivante da loro inidoneità” (cfr. Cass. civ. n. 6018/1999; nello stesso senso cfr. Cass. pen. n. 35999/2008); che nel caso di specie parte attrice non ha mai allegato di aver affidato al notaio uno specifico incarico di assistenza e consulenza;

che le istanze istruttorie sono superflue ai fini della decisione; che le spese seguono il criterio della soccombenza come da dispositivo (valore indeterminato, complessità media);

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, così provvede:

1. respinge tutte le domande attoree;
2. dichiara la validità dell'atto di vendita sottoscritto *inter partes* in data 29.9.2016;

(...*Omissis*...)

Massimario

Tribunale di Genova, 25 marzo 2016, n. 1125 - Giudice Unico Braccialini - B.M. (Avv. Chiarolini) c. G.F. (Avv. Milazzo).

COMUNIONE e condominio - rappresentanza giudiziale della comunione - legittimazione del singolo comproprietario.

(Artt. 948 e 1106 c.c.; art. 102 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - riconvenzionale - usucapione - decadenza

(Artt. 1158 c.c.; art. 166 e 167, comma 2 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - riconvenzionale - domanda proposta dal convenuto nei confronti di altro convenuto - decadenza

(Artt. 166, 167, comma 2 e art. 180 c.p.c.)

Il singolo comproprietario è legittimato ad esercitare, senza necessità di litisconsorzio con gli altri comunisti, le azioni a difesa della cosa comune (nella specie: azioni di rivendicazione). (Conforme Corte di Cassazione, sentenza 31 gennaio 1983, n. 851)

Tanto la domanda riconvenzionale, quanto l'eccezione riconvenzionale, sono soggette ai termini preclusivi previsti dagli articoli 166 e 167 c.p.c. e devono essere formulate mediante tempestiva costituzione in giudizio del convenuto.

La c.d. domanda incrociata, ovvero la domanda riconvenzionale proposta da un convenuto nei confronti di altro convenuto, presuppone la tempestiva costituzione in giudizio di chi voglia in tali forme far valere, nell'unico processo, la garanzia contrattuale ed è perciò inammissibile se formulata mediante comparsa di costituzione depositata alla prima udienza.

G.U.R.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 19 febbraio 2020, n. 220 - Pres. Alparone - Est. Albino.

COMUNIONE e condominio - cosa comune - realizzazione di terrazzo privato - utilizzazione di una parte di tetto - mutamento di destinazione d'uso delle parti comuni - esclusione - salvaguardia della funzione di copertura del condominio - necessità.

(Artt. 1102, 1117 e 1117-bis c.c.)

La soppressione di una modesta parte di tetto per l'inserimento di un terrazzo, che comporta il taglio della falda, o l'apertura in essa di una finestra, se è salvaguardata diversamente la funzione di copertura e si realizza, nel contempo l'uso più inteso del bene da parte di un condomino, non può essere intesa come alterazione della destinazione, comunque assoluta dal bene nel suo complesso. Il pari diritto degli altri condomini di usare il bene comune non può essere inteso in senso assoluto ma in senso solidaristico, in modo che l'interesse di uno o più condomini a realizzare l'uso migliore e più intenso dei beni comuni possa trovare un costante equilibrio - tra le esigenze di tutti - all'interno del condominio e non possa trovare ostacolo nella

pretesa degli altri condomini di proibirgli un uso del bene al quale essi non abbiano in concreto alcun interesse. È consentita la trasformazione di una parte del tetto dell'edificio in terrazza ad uso esclusivo proprio, a condizione che sia salvaguardata, mediante opere adeguate, la funzione di copertura e protezione delle sottostanti strutture svolta dal tetto preesistente, restando così mantenuta, per la non significativa portata delle modifiche, la destinazione principale del bene. (Nel caso di specie la Corte di Appello di Genova ha riformato la sentenza di primo grado che aveva ritenuto illegittima la trasformazione, da parte di un condomino, senza alcuna autorizzazione, di una porzione di tetto condominiale a falde in lastrico solare ad uso esclusivo).

GI.U.P.

Tribunale di Savona, 6 agosto 2018 - Giudice Unico Princiotta - F. (Avv. Romani) c. F. (Avv. Corradi).

CONTRATTO in genere - preliminare di compravendita - assenza di causa e/o prezzo - prestazione economicamente apprezzabile - validità - accertamento da parte del CTU - ammissibilità.

Il contratto di compravendita è valido e completo di ogni suo elemento costitutivo quando la causa abbia natura patrimoniale (nella specie consistendo nell'impegno di non opposizione alla realizzazione di attività edilizie, realizzazione di manufatto e costituzione/mantenimento di servitù) e allo stesso modo il prezzo, pur non pattuito in denaro, sia comunque costituito dall'aumento di valore di una proprietà suscettibile di valutazione economica. Al fine di stabilire se la pattuizione di un corrispettivo non espresso in denaro, corrisponda comunque ad un valore economico per le parti (circostanza in sé ammissibile stante i principi della libera economia del mercato e dell'autonomia contrattuale) il relativo accertamento ben può essere devoluto ad un consulente tecnico d'ufficio.

A.M.OCC.

Tribunale di Savona, 12 aprile 2019, Giudice Unico Princiotta - B. (Avv. Piccone Casa) c. A. (Avv. Lazzaroni e Caltagirone).

DONAZIONE - incapacità naturale del donante - nozione - annullamento del contratto - onere della prova.

(Artt. 428, 775 e 1418 c.c.)

L'incapacità naturale alla quale consegue l'annullamento degli atti compiuti dal soggetto incapace che ne è colpito, consiste in ogni stato psichico non necessariamente dovuto ad una infermità mentale del soggetto incapace, improvviso e transitorio o ad un processo patologico, in senso stretto tale da elidere o far grandemente scemare le facoltà intellettive o volitive del soggetto nel momento del compimento dell'atto, cosicché da impedire od ostacolare una volontà cosciente di compimento di atti potenzialmente pregiudizievoli per l'incapace.

La prova dell'incapacità naturale deve essere data in modo rigoroso e specifico, con ogni mezzo o in base a indizi e presunzioni ed anche mediante prove raccolte in un giudizio tra le stesse parti

o tra altre. L'apprezzamento di tale prova costituisce giudizio riservato al giudice di merito e come tale non sindacabile in sede di legittimità. (Conf: Cass. 3 giugno 2009, n. 12831).

GIU.P.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 12 ottobre 2019, n. 248 - Pres. e Rel. Pellegrini.

FALSO (querela di) - verbale di polizia - dichiarazioni rese al pubblico ufficiale - atto pubblico - presunzione di fidejussione - superamento della presunzione - presupposti - prova - necessità - limiti.

(Artt. 221 e seg. c.p.c.)

Il rapporto di polizia, in quanto atto pubblico, fa piena prova fino a querela di falso dei fatti che il pubblico ufficiale attesta come avvenuti in sua presenza e delle dichiarazioni rese a quest'ultimo dalle parti. Ne consegue che nell'ambito del procedimento di querela di falso, al fine di superare la presunzione di fidejussione sull'avvenuto rilascio delle dichiarazioni così come verbalizzate dal pubblico ufficiale, è onere del querelante fornire o, in via diretta, la prova della falsità di quanto riportato nel verbale o, in via indiretta, le prove logiche e le ricostruzioni fattuali che siano così solidalmente incompatibili con la verbalizzazione da togliere al rapporto di polizia il valore di fede pubblica privilegiata di cui è dotato (Nella specie, il Tribunale di Genova ha rigettato la querela presentata avverso un verbale della Polizia Municipale, laddove il ricorrente lamentava di aver reso al pubblico ufficiale dichiarazioni differenti rispetto a quelle verbalizzate, in ragione della mancata dimostrazione da parte del querelante - in via diretta o indiretta - della difformità tra quanto asseritamente dichiarato e quanto riportato nell'atto pubblico dall'agente di PM).

MI.F.

Corte d'Appello di Genova, 8 novembre 2017, n. 1408 - Pres. e Rel. Realini - S. (Avv.ti Carassale e Cocchi) c. R. (Avv.ti Boggia e Mussi).

GIURISDIZIONE civile - provvedimenti autorizzativi della P.A. - danni a terzi - difetto di giurisdizione del giudice ordinario - esclusione.

RESPONSABILITÀ civile - sfruttamento illecito di agro marmifero da parte di terzi e sottrazione di materiale lapideo - difetto di coltivazione e produttività della cava da parte del titolare al momento dell'illecito sfruttamento - risarcimento del danno - esclusione.

È infondata l'eccezione di giurisdizione del giudice ordinario a favore del giudice amministrativo, allorché i comportamenti posti in essere in esecuzione di provvedimenti autorizzativi della P.A. abbiano cagionato asseriti danni a terzi, per cui rimane in tal caso ferma la giurisdizione del giudice ordinario.

Non è riconoscibile il danno per lucro cessante a favore del titolare di un bene (nella specie, agro marmifero) se detto bene non era utilizzato al momento del comportamento illecito (nella specie, l'agro marmifero non era al momento coltivato dal titolare). Non è riconoscibile il danno emergente a favore del titolare di un bene (nella specie, agro marmifero) se il danneggiante abbia sottratto al bene stesso materiali (nella specie, detriti lapidei) ivi conservati anche se il bene, al momento, non era utilizzato dal titolare.

A.M.OCC.

Corte d'Appello di Genova, sez. lav., 23 aprile 2019, n. 195 - Pres. e Rel. Vigotti.

LAVORO - infortunio - decesso del lavoratore - responsabilità del datore di lavoro - dinamica del sinistro - ricostruzione basata esclusivamente su elementi indiziari - ammissibilità.

(Art. 2087 c.c.)

Ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio mortale occorso al proprio dipendente, la dinamica del sinistro - in assenza di testimoni che possano riferire sull'accaduto - può essere ricostruita mediante molteplici elementi indiziari (soprattutto se ricavati, almeno in parte, dagli accertamenti tecnici delle competenti autorità svolti in loco), qualora questi consentano di ritenere, con ragionevole certezza e considerati nel loro insieme, che l'infortunio sia ascrivibile alla condotta omissiva del datore di lavoro, il quale risulti non aver fornito al danneggiato i presidi richiesti dalla specifica attività svolta o non aver osservato le prescritte regole antinfortunistiche o, ancora, non aver predisposto i piani di sicurezza necessari (Nella specie, la Corte di Appello di Genova, a conferma della pronuncia resa dal giudice di prime cure, attesa la mancanza di testimoni, ha ritenuto raggiunta la prova della dinamica del sinistro (e della conseguente responsabilità del datore di lavoro per omessa predisposizione delle dovute misure di sicurezza e per avere adibito il lavoratore a mansioni diverse rispetto a quelle attinenti al suo profilo professionale) sulla scorta di una "massa di indizi", ricavati dalle relazioni della Asl 3, della Usl e della Questura, dalla denuncia dell'infortunio svolta all'Inail, nonché dall'intervenuto patteggiamento da parte del datore di lavoro in sede penale; ritenendo peraltro non necessari gli ulteriori accertamenti - CTU o ispezione dei luoghi - richiesti nel primo grado di giudizio dal datore di lavoro convenuto).

MI.F.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., ord. 26 agosto 2020, Giudice Unico Tuttobene.

PROCEDIMENTI cautelari - conciliazione della lite - consulenza tecnica preventiva - caratteri - finalità - limiti - ammissibilità nel caso di specie.

(Art. 696 bis c.p.c.)

L'accertamento tecnico preventivo richiesto esclusivamente ai fini di cui all'articolo 696 bis c.p.c., ovvero alla conciliazione della lite, è ammissibile a prescindere dalla presenza, o meno, del requisito dell'urgenza. Infatti, atteso il significato letterale della norma in questione, gli unici limiti che detto tipo di ricorso presenta, sono quelli strettamente connessi con la funzione dell'istituto in parola: l'interprete non può e non deve introdurre limitazioni non previste dalla legge, rispetto ad una figura che, prevedendo uno specifico rimedio giurisdizionale finalizzato ad accelerare la composizione della lite, si pone al servizio dei diritti costituzionali alla difesa ed al giusto processo. Ne discende, quindi, che l'unico limite all'ammissibilità di tale tipo di ricorso, è quello legato alla possibilità di conciliare la lite in base alla consulenza tecnica richiesta.

Nelle cause in relazione alle quali è legalmente prevista la possibilità di ricorrere all'istituto in esame, la conciliazione della lite è sempre possibile quando il consulente tecnico è in grado di verificare, tramite l'attività a lui affidata, se sussistano l'inadempimento o il danno denunciati, se questi siano imputabili alla parte resistente e quali ne siano le conseguenze economiche. Gli unici casi in cui l'accertamento tecnico ai sensi dell'articolo 696 bis c.p.c. non è ammissibile, sono

quelli in cui la valutazione sull'esistenza di una responsabilità per inadempimento o per danno e sulla quantificazione del risarcimento non sia possibile senza fare ricorso fonti di prova diverse da quelle a disposizione del consulente.

MI.F.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 13 marzo 2018, n. 753 - Giudice Unico Lippi - Condominio B. (Avv. Gualco) c. Coop. L. (Avv. Salvadori), S. (Avv. Cocchi e Quaglia), A.L. (Avv. Paneri), L.S. (Avv. Bevilacqua).

PROCEDIMENTO civile - responsabilità ex art. 1669 c.c. - legittimazione attiva.

PROCEDIMENTO civile - responsabilità ex art. 1669 c.c. - termine di decadenza e/o prescrizione - decorrenza.

PROCEDIMENTO civile - responsabilità ex art. 1669 c.c. - termine di decadenza e/o prescrizione - riconoscimento dei vizi e delle difformità dell'opera.

PROCEDIMENTO civile - responsabilità ex art. 1669 c.c. - clausola compromissoria - natura extracontrattuale dell'azione - inapplicabilità.

Quanto alla legittimazione attiva di parte attrice si osserva che, in tema di responsabilità di rovina e difetti di cose immobili ex art. 1669 c.c., il danneggiato acquirente può agire sia contro l'appaltatore che contro il venditore, quando l'opera sia a quest'ultimo riferibile (1).

Il termine di un anno per la denuncia dei gravi difetti di costruzione dell'immobile inizia a decorrere dal giorno in cui il danneggiato acquisisce un apprezzabile grado di conoscenza oggettiva della gravità dei difetti e della loro derivazione causale dall'imperfetta esecuzione dell'opera. Ciò avviene normalmente, in assenza di anteriori ed esaurienti elementi, solo all'atto dell'acquisizione di relazioni peritali (2).

Il riconoscimento dei vizi e delle difformità dell'opera e l'assunzione dell'impegno ad eliminarli determinano l'assunzione di una nuova obbligazione, sempre di garanzia, diversa e autonoma rispetto a quella originaria, che non necessita di alcuna accettazione formale della controparte, cui attribuisce il medesimo diritto di agire per i vizi ormai "ex adverso" riconosciuti e, quindi, svincolato dal termine decadenziale e soggetto al solo termine prescrizione ordinario" (3).

Sulla clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto si osserva che sono escluse dalla competenza dell'organo arbitrale le cause che non trovano la causa petendi nel contratto, come l'azione ex art. 1669 c.c. che ha natura extracontrattuale (4).

Note.

(1) Cass. Ordinanza 27250/2017.

(2) Cass. 9966/2014; Cass. 567/2005; Cass. 2460/2008; Cass. 4622/2002; Cass. 16008/2002.

(3) Cass. 1240/2012; Cass. 12179/2011.

(4) Cass. Ordinanza 4035/2017; Cass. 1674/2012.

J.MLN.

Corte di Cassazione, sez. VI civ., 27 luglio 2018, n. 19935. (Rigetta, Corte d'Appello di Genova, 14 novembre 2016).

PROPRIETÀ - limitazioni legali della proprietà - rapporti di vicinato - muro - costruzioni in aderenza (nozione, differenze) - in genere intervento edilizio su bene di proprietà - limiti - danni all'edificio costruito in aderenza - responsabilità extracontrattuale - condizioni.

(Artt. 877 e 2043 c.c.)

L'intervento di ristrutturazione edilizia da parte del proprietario costituisce esercizio del diritto di proprietà ma non può tradursi in un arbitrio, con la conseguenza che, quando da tale intervento derivi un danno all'altrui edificio costruito in aderenza, a causa della perdita di stabilità, il proprietario ne risponde a titolo di responsabilità extracontrattuale laddove abbia conoscenza della procuranda instabilità al complesso edificato e ometta di approntare le cautele necessarie al fine di evitare pregiudizio all'altrui fabbricato aderente, in violazione del principio del "neminem laedere".

Tribunale di Genova, sez. II civ., 14 marzo 2018, n. 767 - Giudice Unico La Mantia - A.C. (Avv. Priod) c. Comune (Avv. Castelli).

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da cose in custodia - prova liberatoria - caso fortuito - necessità.

(Artt. 2051 c.c.)

La responsabilità ex art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo, per cui il rapporto di custodia - in base al quale il custode deve ritenersi responsabile per ciò solo del danno causato dalla cosa soggetta al suo potere fisico - si sostanzia in una mera situazione di appartenenza in via esclusiva alla res medesima, indipendentemente dalla sua pericolosità. Ne deriva che sul danneggiato incombe soltanto la prova del rapporto causale tra il bene e l'evento lesivo, mentre sul convenuto grava la prova liberatoria costituita dall'allegazione e dimostrazione dell'esistenza del caso fortuito, ossia di una fattore esterno ed estraneo alla sfera di custodia, avente i caratteri dell'imprevedibilità, eccezionalità ed inevitabilità, idoneo ad interrompere il citato nesso eziologico.

J.MLN.

Code is Law: il bilanciamento dei valori e il ruolo del diritto

Guido Alpa

Ordinario di Diritto civile
nell'Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. *Gli insegnamenti tratti dalla catastrofe epidemica.* - 2. *Gli effetti della pandemia e i vantaggi delle tecnologie digitali.* - 3. *Il governo delle tecnologie e la cultura della sorveglianza.* - 4. *Il volto bifronte della identità digitale.*

1. Gli insegnamenti tratti dalla catastrofe epidemica.

La catastrofe epidemica avviata nell'ottobre dell'anno scorso e ancora in atto ha modificato irreversibilmente l'organizzazione delle nostre vite e sta rimodulando l'organizzazione politica, sociale ed economica di tutti i Paesi colpiti. Sono risultati improponibili alcuni modelli delineati nella prima fase di aggressione del virus: il modello inglese, in base al quale la vita avrebbe dovuto continuare imperterrita, nonostante il COVID, quasi che l'intemerato e civile comportamento dei cittadini - memorabile la fotografia dei lettori della National Library ritratti tra le materie dell'edificio scoperciate dalle bombe - potesse essere riprodotto anche oggi; il modello svedese, che predicava una convivenza tollerabile anziché l'adozione di misure drastiche di reazione; il modello negazionista, praticato qua e là da protervi difensori della propria libertà, incuranti dei rischi che essi stessi correvano e che imponevano impunemente ai consociati con il loro comportamento dissennato.

Per arrestarne o contenerne la diffusione il virus ha dovuto essere combattuto al prezzo di pesanti limitazioni dei diritti. I giuristi si sono chiesti se il costo delle limitazioni fosse giustificato dai fini. La risposta positiva si è trovata non senza difficoltà, e ciò per svariate ragioni.

Innanzitutto queste circostanze non erano state previste in questa dimensione da alcun testo normativo. La stessa Costituzione non prevede norme per un regime di eccezione, salvo che per due disposizioni entrambe assai circoscritte e dettagliate, l'art. 13, in materia di libertà personale, che contempla restrizioni solo in casi eccezionali di necessità e urgenza secondo un elenco tassativo stabilito dalla legge e l'art. 16 in materia di circolazione e di soggiorno, che contempla restrizioni per motivi di salute o di sicurezza.

Il primo, doloroso, bilanciamento degli interessi ha riguardato proprio la libertà personale, il diritto fondamentale per eccellenza (accanto alla dignità e alla vita) che già figurava nel quadro dei valori indicati dai padri del giusnaturalismo secentesco. Ebbene, atteso che gli scienziati della medicina avevano suggerito la segregazione come il primo necessario antidoto alla diffusione della pandemia, si sono introdotte regole per bilanciare gli interessi contrapposti: tra libertà di movimento e vita o salute, si è preferito il valore della vita e della salute sulla libertà di movimento, nell'intesa che si sarebbe trattato di una restrizione temporanea.

E così discendendo nella scala dei valori: ad es., allo svolgimento dell'attività economica si è preferito il lock down, sulla vita consociativa è prevalsa la vita singolare o in famiglia, sulla impartizione dei corsi in presenza è prevalso il collegamento in streaming, e così via.

Il bilanciamento degli interessi - tecnica interpretativa usuale nei giudizi della Corte costituzionale - è stato praticato già dalla

sua prima sentenza (n.1 del 1956) con cui è stata abrogata una disposizione del t.u. di pubblica sicurezza, perché tra la libertà di manifestazione del pensiero e il turbamento della quiete a causa della distribuzione di manifestini e dell'uso di altoparlanti sulla strada pubblica, si è preferita la prima. In quell'occasione la Corte ha indicato la via per risolvere il conflitto tra più valori egualmente degni di tutela: «il concetto di limite - ha avuto modo di precisare la Corte - è insito nel concetto di diritto e nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile».

Spetta dunque al legislatore soppesare gli interessi in gioco e contemperarli, pertiene alla Corte costituzionale valutare se il contemperamento sia conforme alla scala di valori che essa incorpora ed intervenire in caso di violazione della normativa costituzionale.

E poiché con il tempo il quadro dei valori muta, molte leggi, ritenute all'inizio conformi a Costituzione, diventano invece testi contrari alla Costituzione: la lotta per l'emancipazione femminile e le problematiche del biodiritto sono un laboratorio emblematico dell'alchimia dei giuristi per riformare il diritto sulla base del bilanciamento degli interessi. Lo si è visto in materia di adulterio della donna e di aborto, di accesso delle donne alle carriere pubbliche, di ruolo della donna nella famiglia, di conoscibilità delle proprie origini, di adozione del minore da parte del single, di matrimonio tra persone dello stesso sesso e di eutanasia passiva. Evolvendo la società ed evolvendo i costumi, il diritto via via si adegua, anzi, in molti casi riesce a governare il cambiamento.

Più difficile è il bilanciamento degli interessi quando a farlo non è il legislatore e nemmeno il giudice costituzionale, ma il giudice ordinario: qui il limite della legge e le regole del ragionamento giuridico, che costringerebbero il giudice ad attenersi alla teoria della fattispecie e a fare ricorso al sillogismo interpretativo, sono oggetto di ampio dibattito tra chi trae argomento dalla pluralità delle fonti e dalla applicabilità diretta della normativa costituzionale (ed ora europea) per legittimare un bilanciamento che tenga conto dei valori costituzionali applicati alle fattispecie di diritto privato e chi richiama il limite della legge, la teoria della fattispecie e del sillogismo ermeneutico, la salvaguardia della certezza del diritto (oltre a sottolineare la impossibilità di valicare la tripartizione nei poteri) per confinare il giudice in una dimensione più contenuta e sicura.

Ma quando si assiste alla pervasione della vita privata, dei rapporti economici e sociali, e della stessa vita politica da parte delle tecnologie digitali, come reagire? Come procedere al bilanciamento degli interessi?

2. Gli effetti della pandemia e i vantaggi delle tecnologie digitali.

A differenza della pandemia, le tecnologie digitali non sono passeggero, ma sono destinate ad espandersi nel futuro, non sono delimitate in un arco di tempo contenuto né si debbono considerare un male da combattere ad oltranza.

Anzi. Proprio la pandemia ha avuto effetti curiosamente positivi sulle tecnologie, provocandone un ricorso diffuso, ben più massivo e convinto di quanto sarebbe stato se affidato ai suoi tempi "naturali" di evoluzione, e si sono ottenuti risultati positivi: le tecnologie digitali hanno consentito lo sviluppo di una vivace vita sociale, ancorché artificiale, la prosecuzione dei programmi di insegnamento, ancorché effettuato da remoto, la prosecuzione dell'attività lavorativa con lo smart working, la continuazione dell'attività economica nei settori digitalizzati, lo svolgimento regolare della attività finanziaria,

e, soprattutto, hanno coadiuvato enormemente le amministrazioni pubbliche e private nella lotta alla pandemia.

Qui il giurista è stato posto di fronte a difficili scelte, perché il bilanciamento degli interessi è assai delicato: come deve avvenire la raccolta e il trattamento delle informazioni sullo stato di salute delle persone? Si può costringere la persona a rivelare le proprie condizioni di salute per poter provvedere immediatamente al suo isolamento, alla sua cura in reparti specializzati e alla comunicazione a tutti coloro che avrebbero potuto essere danneggiati da contatti inconsapevoli? Si può ritagliare una identità digitale che tenga conto della anamnesi di ogni persona?

Ebbene, una risposta che deponesse a favore del sì, a qualunque costo, o volesse eliminare il dubbio inibendo l'uso delle tecnologie sarebbe sbrigativa e superficiale.

Il GDPR (art. 4,9 ss.) è il punto di riferimento del giurista per la circolazione dei dati, ed ha introdotto importanti novità normative rispetto alla disciplina dei dati sanitari prevista dalla direttiva del 1995 n.46 e ai provvedimenti normativi ad essa precedenti. Si discuteva se si dovessero considerare dati sanitari solo le informazioni riferite alla diagnosi e alla terapia, oppure anche quelle che adombravano una possibile affezione, se dovessero riguardare solo il presente o includessero anche il passato, se riguardassero anche il contesto e così via. L'art. 4 n. 15 definisce i dati sanitari.

15) «dati relativi alla salute»: i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute;

e il considerando 35 ne precisa ulteriormente il significato.

Questi comprendono informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria o della relativa prestazione di cui alla direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; un numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica per identificarla in modo univoco a fini sanitari; le informazioni risultanti da esami e controlli effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici; e qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario, un ospedale, un dispositivo medico o un test diagnostico in vitro.

Ed è il considerando 54 che autorizza il trattamento dei dati sanitari anche senza il consenso dell'interessato quando si tratti di infezioni di notevole portata che investono l'interesse pubblico.

Anche a questo proposito il GDPR è prezioso per le definizioni che porta.

Recita il considerando 54 che la nozione di «sanità pubblica» dovrebbe essere interpretata secondo la definizione del regolamento (CE) n. 1338/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio: tutti gli elementi relativi alla salute, ossia lo stato di salute, morbilità e disabilità incluse, i fattori determinanti aventi un effetto su tale stato di salute, le necessità in materia di assistenza sanitaria, le risorse destinate all'assistenza sanitaria, la prestazione di assistenza sanitaria e l'accesso universale a essa, la spesa sanitaria e il relativo finanziamento e le cause di mortalità. Il trattamento dei dati relativi alla salute effettuato per motivi di interesse pubblico non dovrebbe comportare il trattamento dei dati personali per altre finalità da parte di terzi, quali datori di lavoro, compagnie di assicurazione e istituti di credito.

g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;

h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3;

i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale.

In altri termini, possono essere raccolti e trattati senza il consenso dell'interessato i dati sanitari nel caso che sussista un interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o un interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (es. emergenze sanitarie conseguenti a sismi e sicurezza alimentare); oppure per finalità di medicina preventiva, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali («finalità di cura»). Solo con il consenso dell'interessato possono essere conosciuti e raccolti dati contenuti nel fascicolo sanitario elettronico, referti on line o utilizzate app mediche. Ulteriori limitazioni sono poste per la utilizzazione di questi dati a fini commerciali. Esempio è il provvedimento del Garante del 19 marzo 2019 che chiarisce le modalità di applicazione del GDPR e l'opera di informazione che il Garante ha effettuato tramite il sito dell'Autorità con la raccolta delle disposizioni sull'epidemia, dalle leggi, ai decreti, alle circolari (un indice di 33 pp., con i relativi testi che ammontano a 600 pp. complessive).

In altri termini la raccolta e il trattamento dei dati devono essere leciti, legittimi e incidere solo per il tempo strettamente necessario i diritti dell'interessato, se la motivazione fa prevalere l'interesse pubblico su quello privato.

Più difficile è la risposta alla seconda domanda, relativa all'autodenuncia. Ebbene, vi sono dei precedenti, sia a livello legislativo, sia a livello giurisprudenziale che possono essere d'aiuto. In fin dei conti, attesa la sua pericolosità, il Covid-19 può essere trattato alla stregua degli altri morbi per i quali si prescrive la denuncia, la registrazione e l'attivazione delle misure di allerta.

Per le «malattie veneree» l'obbligo di denuncia nell'art. 292 TULS del 1934 e l'art. 1 del DPR 2056 del 1962 dispone che la cura delle malattie veneree è obbligatoria. Quanto all'HIV l'art. 5 della L. 135 n. 90 obbliga il medico a comunicare i risultati degli accertamenti diagnostici per infezione solo alla persona cui tali esami sono riferiti. La Cassazione penale con sentenza del 3 ottobre 2012, n. 38388 ha condannato il malato di HIV che non aveva messo in guardia la moglie del contagio e aveva continuato ad aver rapporti con lei trasmettendole la malattia per dolo eventuale nella violazione dei reati contestati (ex art. 577 u.c., art. 582, art. 583 co. 2 n. 1, art. 585 c.p.).

Si esclude che il contagio possa comportare il reato di diffusione dell'epidemia se i contatti con altre persone non sono

plurimi. È quanto emerge dalla sentenza 26 novembre 2019, n. 48014 della Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione, la quale ha ripreso un proprio precedente stabilendo che l'evento tipico dell'epidemia si connota per diffusività incontrollabile all'interno di un numero rilevante di soggetti e quindi per una malattia contagiosa dal rapido sviluppo ed autonomo entro un numero indeterminato di soggetti e per una durata cronologicamente limitata (Cass. pen., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576).

In altri termini, l'interessato non è tenuto ad autodenunciarsi ma se non lo fa e provoca contagi può incorrere nella sanzione penale, e ovviamente nel risarcimento del danno conseguente al contagio. Il principio è in linea con la prescrizione costituzionale che esclude il trattamento obbligatorio senza il consenso dell'interessato, a meno che non vi sia un interesse pubblico ad effettuarlo. Chi è contagiato può rifiutare le cure, ma deve esser isolato per evitare contagi, e i suoi dati debbono essere raccolti e trattati.

Tuttavia, nel caso di Covid, in molte situazioni, si è prevista l'autodenuncia per poter conseguire determinate prestazioni, come ad es. l'uso dell'automobile nel periodo di restrizioni nelle comunicazioni intercomunali o interregionali, l'uso del trasporto ferroviario, aereo e marittimo. Ed egualmente per quanto riguarda la rilevazione della temperatura, o la sottoposizione delle persone sospette di aver contratto il morbo a controlli terapeutici, come il tampone, l'esame del siero etc. Occorre dunque distinguere il caso in cui i dati sono raccolti in forma anonima per elaborare statistiche e studi di settore, il caso di dati raccolti in via nominativa per la tutela delle persone esposte ai contagi, il caso dei dati raccolti per definire la situazione medica del paziente.

Sempre con riguardo al virus, è da segnalare che, essendo gravi le conseguenze dell'infezione, che danneggia gli organi del corpo in modo permanente, è importante conservare nel fascicolo sanitario del paziente traccia della malattia e della terapia usata, per poter fare fronte ad altre affezioni che potrebbero sopraggiungere nel futuro a seguito degli effetti nocivi prodotti dal Covid.

Di qui le regole che sempre nel provvedimento cit. del Garante si devono seguire per la tenuta del fascicolo sanitario. Particolarmente attiva è stata l'Unione europea nel definire le modalità di trattamento dei dati sanitari in queste drammatiche circostanze. Le linee Guida del marzo 2020 ne sono un esempio eclatante.

Più difficile è la soluzione del problema nella raccolta dei dati per ragioni scientifiche, quando sia richiesto il consenso dell'interessato: l'art. 6 par. 1 lett. a) del Gdpr deroga al generale divieto di trattamento di dati appartenenti a categorie particolari (art. 9 par. 2 lett. a). La legittimità dell'utilizzo del consenso prestato nell'ambito di una ricerca scientifica appare secondo alcuni controversa, poiché il Gdpr subordina la validità del consenso al fatto che esso sia libero, specifico, informato e inequivoco. D'altra parte, a fronte della utilizzazione di dati sensibili, è ragionevole subordinare gli interessi scientifici a quelli dell'interessato: i dati possono, nella generalità di questi casi, raccogliersi in forma anonima.

3. Il governo delle tecnologie e la cultura della sorveglianza.

Il raffronto e la connessione tra tecnologie e diritto ha dato luogo ad una letteratura sconfinata ed anche ad ambiziosi progetti culturali, oltre che, naturalmente, economico-finanziari. Questi ultimi sono i più noti e studiati, perché sono la rappresentazione concreta della trasformazione che di cui è

oggetto la persona nei sistemi di capitalismo maturo: la sua mercificazione, che coinvolge il corpo, le idee, le aspirazioni, le stesse tendenze; "consumo dunque sono" è lo slogan che Zygmunt Bauman ha coniato per riassumere in poche parole questa deriva ormai senza limiti alla quale giorno per giorno stiamo assistendo con limitate capacità di reazione.

Ma non vi è solo questa trasformazione in atto. Un'altra, altrettanto pericolosa, sta legittimando la società della sorveglianza: rispetto alla diffusione di tecniche di rilevazione delle immagini delle persone, dei loro discorsi, delle loro comunicazioni, dei loro interventi nei vari siti internet, si è diffusa la convinzione che il panopticon affidato ad una schiera diffusa e variegata di collettori di immagini, dati e parole sia giustificato dalla necessità di registrare queste molteplici espressioni dell'agire umano per fronteggiare i pericoli che incombono sulla società, dalla microcriminalità alle aggressioni terroristiche. È appunto la creazione della paura: *La paura liquida* si intitolava per l'appunto un libro di Bauman pubblicato da Laterza nel 2009. Anche qui siamo di fronte ad un bilanciamento di interessi: la sicurezza (vera, ipotetica, immaginifica) da un lato, il sacrificio del diritto alla privacy, del diritto all'immagine ma anche della libertà di locomozione, dall'altro. In un libro intelligente David Lyon ha scritto che per rovesciare il rapporto sorveglianza/libertà individuale, e sottrarsi al bilanciamento, le grandi società dell'informatica e dell'informazione ci stanno persuadendo a diventare controllori di noi stessi e a cooperare alla costruzione di una società più sicura. Diventiamo noi stessi controllori visto che siamo noi stessi ad alimentare il sistema in cui viviamo, forse perché riteniamo di non aver niente da nascondere, o semplicemente perché, accettando la logica della sorveglianza, ne traiamo beneficio: ciò accade ogni volta che ci osserviamo a vicenda sui social network, o quando proteggiamo la nostra proprietà, o quando semplicemente teniamo sotto controllo i nostri figli o monitoriamo il traffico (*La cultura della sorveglianza. Perché la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Roma, 2020).

4. Il volto bifronte della identità digitale.

Nel suo discorso conclusivo alla 26^a Conferenza Internazionale sulla Privacy e sulla Protezione dei Dati Personali a Wroclaw in Polonia, tenuto il 16 settembre 2004 e intitolato *Privacy, libertà, dignità*, Stefano Rodotà disse: «Senza una forte tutela delle informazioni che le riguardano, le persone rischiano sempre di più d'essere discriminate per le loro opinioni, credenze religiose, condizioni di salute: la privacy si presenta così come un elemento fondamentale dalla società dell'eguaglianza. Senza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l'appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischiano d'essere esclusi dai processi democratici: così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella società della partecipazione. Senza una forte tutela del "corpo elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo. Diventa così evidente che la privacy è uno strumento necessario per difendere la società della libertà, e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della *classificazione, della selezione sociale*».

L'informatica ha trasformato l'individuo, affiancando alla sua dimensione corporea la dimensione virtuale, la prima nota nella cerchia in cui vive, la seconda proiettata nell'infinito del mondo informatico. La libera circolazione dei dati, la possibilità di commercializzarli da parte dell'interessato senza limiti (e sempre che non si costruisca una barriera in via giurisprudenziale dettata dal rispetto della dignità della persona), bi-

lanciate dall'aggiunta del diritto all'oblio e dal rafforzamento del controllo con la moltiplicazione dei soggetti responsabili, appare più un regresso di sapore mercatistico piuttosto che un progresso nelle garanzie dei diritti individuali.

A differenza che nella sfera privata, nella vita pubblica non si può tracciare una linea grafica oltre la quale la persona ha «diritto di essere lasciata sola»; non si può in questo caso stabilire una specie di ambiente nel quale, oltre al diritto di proprietà del singolo, si esercita anche il diritto a non esser disturbato.

L'assunzione delle informazioni è prassi costante, e incide sugli aspetti più riposti della personalità, perseguendo qualsiasi mezzo e infrangendo qualsiasi confine.

Il processo normativo per l'introduzione nel nostro Paese di una disciplina apposita è stato lungo e tortuoso, sicché l'Italia, in ambito comunitario, è stato uno degli ultimi Paesi a dotarsi di regole specifiche al riguardo; tuttavia, il modello che ne è risultato è considerato uno dei più moderni e garantisti del mondo.

Dapprima, è stata ratificata ed eseguita la Convenzione europea sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale (l. 21 febbraio 1989, n. 98). Poi si è pensato di attuare senza molte modifiche la direttiva comunitaria in materia (n. 46 del 1995). Si è approvata la l. 31 dicembre 1996, n. 675. È stato poi redatto un vero e proprio «codice della privacy» (d.lg. 30 giugno 2003, n. 196), che è stato modificato con decreto legislativo approvato l'8 agosto 2018, onde adeguare la normativa italiana al Regolamento europeo in materia di tutela dei dati personali (n. 2016/679), con particolare riferimento al trattamento di dati delicati e complessi (ad es. dati sulla salute). È appena il caso di evidenziare che sono almeno tre le linee di sviluppo della normativa concernente i dati personali avviate dagli organi dell'Unione europea in fasi progressive: (i) una concerne la protezione dei dati come espressione ed immagine della persona, e quindi come specificazione del *diritto generale della personalità*, che si è venuto costruendo nel nostro modello alla fine dell'Ottocento sulla base di influenze della cultura francese e tedesca; (ii) un'altra riguarda la costruzione del mercato dei dati, che sono componente essenziale del mercato digitale, la loro circolazione e quindi l'autorizzazione, o il consenso da parte dell'interessato, alla loro acquisizione, al trattamento e alla utilizzazione ed include anche la proprietà delle banche di dati realizzate dagli operatori economici; (iii) un'altra ancora attiene ai contratti che hanno contenuto digitale, tra i quali possono essere rinvenuti dati di natura personale. Vi sono, ovviamente, altre linee di sviluppo, intrecciate con il mondo dell'informatica, della cibernetica e dell'intelligenza artificiale, ma per il momento la letteratura, la giurisprudenza,

gli atti delle Autorità indipendenti, i deliberati degli organismi economico-sociali europei e internazionali, i codici di condotta sono concentrati soprattutto sui dati personali e sul loro rapporto con il mercato (In luogo di tanti v. Montelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragioni dell'impresa*, Milano, 2007; Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014).

I tre indirizzi normativi sopra ricordati fanno riferimento a regole già in vigore o in preparazione, che, però, tra loro non sono accuratamente coordinate: è noto che l'ordinamento comunitario non procede come un ordinamento nazionale e che gli interventi degli organi legislativi non sono settoriali, sì che il bilanciamento degli interessi in gioco sono di volta in volta riferiti ai singoli oggetti della normazione; spetta all'interprete ricostruire il sistema, con l'avvertenza che, non essendosi consolidato un diritto privato europeo (e tanto meno un diritto pubblico europeo) la terminologia impiegata nei testi deve essere decodificata, depurandola delle suggestioni dettate da allitterazioni e similitudini lessicali, così come da facili - e ingannevoli - sovrapposizioni di modelli stranieri, provenienti da esperienze fondate su valori e fini assai diversi da quelli che fanno capo al modello europeo (continentale).

Assistiamo così alla costruzione di un Giano bifronte: da un lato, la persona crea la sua immagine artificiosa sul web, dall'altro l'Autorità - lo Stato e gli altri enti pubblici - ma anche i privati, persone singole e soprattutto imprese, che impongono a ciascuno un'immagine virtuale, che è normalmente frammentata, perché ciascuno dei collettori di informazioni possiede soltanto uno spicchio della personalità dell'individuo.

L'evoluzione dell'intelligenza artificiale non fa che enfatizzare questo processo.

Spetta dunque al diritto governare il bilanciamento degli interessi, valutare ammissibilità ed effetti dell'immagine digitale, verificare se e in che forme la legge possa essere trasformata in un codice (Hassan e De Filippi, *Law is Code The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code J.of Field Actions*, 17 (2017), p. 88). Ma la rapidità di evoluzione delle tecniche di impiego degli algoritmi supera la capacità di reazione del diritto, che, nonostante le ammonizioni e gli interventi delle istituzioni, come dimostra l'attenzione dedicata a questi problemi dall'Unione europea, finisce per inseguire piuttosto che non orientare lo sviluppo delle tecnologie.

Proprio l'esperienza del lock down in tempo di Covid ci ha fatto capire che ciò che è digitale è reale, mentre ciò che è fuori dal web e non si può raggiungere, conoscere o vedere è fuori dalla realtà.

Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata: tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico.*

Riccardo Ferrante

*Ordinario di storia del diritto medievale e moderno
nell'Università di Genova*

Gli operatori della giustizia percepiscono le attuali contingenze del lavoro cui attendono come uno scenario complessivo dinamico, ma anche preoccupante. È infatti constatazione condivisa che il ventennio appena chiuso, ad esordio del XXI secolo, sia un piano inclinato verso una sempre più disarticolata crisi della legge, o meglio della legalità legislativa nazionale. Un percorso ulteriore rispetto a quello degli ultimi trent'anni del secolo scorso, che era stato segnato dai temi della decodificazione e ricodificazione del diritto, temi ben impostati a partire dal noto volume di Natalino Irti e ampiamente esaminati dalla civilistica successiva, ma in sostanza ormai superati (1). La faglia, che si è più recentemente aperta, attraversa un crinale in parte differente e si è progressivamente ampliata.

La storia del diritto attuale si è sviluppata sotto il segno distintivo della crisi del sistema gerarchico delle fonti. Un assetto di tradizione, d'altronde, solo recente, cioè otto-novecentesca. Da questo punto di vista sono emblematiche alcune vicende giuridico istituzionali che si sono snodate nell'ultima fase e che sono ben rappresentate da almeno tre chiari fenomeni.

L'emersione di un impianto "multilivello" delle fonti (o di tutela multilivello dei diritti) (2); l'identificazione, e problematica collocazione gerarchica, delle così dette "norme interposte", accompagnate da un sistema di "controlimiti" (3); un ruolo sempre più accentuato di strutture giurisdizionali non nazionali (la Corte di giustizia dell'Unione e la Corte EDU).

Su questo si è innestata (la uso come emblematico caso di specie) una vicenda giurisprudenziale eurounitaria, che ha fornito un'ampia palestra scientifica a costituzionalisti, cultori del diritto dell'Unione, cultori del diritto penale. Ma, soprattutto, il caso in questione ha profondamente turbato gli operatori della giustizia. Parlo ovviamente della cosiddetta "saga Taricco", che ha generato *medio tempore* una "regola Taricco" (Gran Sezione della Corte di giustizia 2015), poi affossata da una sentenza, restauratrice per alcuni, della nostra Consulta (115/2018).

Non è il caso di entrare nei dettagli, per lo più assai noti vista l'eco sistemica che la vicenda ha avuto. In specie si trattava della normativa in tema di prescrizione del reato ritenuta appunto dalla Corte di Lussemburgo, a un certo punto della vicenda, lesiva degli interessi finanziari dell'Unione. L'occasione era rappresentata dall'accertamento di una classica "frode carosello", un sistema di transazioni tra società di vari stati UE con lo scopo finale di eludere l'IVA.

In estrema sintesi il tema è stato, e in realtà rimane: esiste una legalità sovra nazionale, una legalità comune europea, che arriva addirittura a violare quella provincia munitissima dell'esperienza

giuridica, costituita dal diritto penale sostanziale? È possibile che la giurisprudenza eurounitaria abbia il potere di "ordinare" (al legislatore o ai giudici comuni nazionali) la disapplicazione del diritto penale legislativo interno in nome di interessi comuni sovranazionali? Può tutto ciò avvenire in nome della «tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di rilevante entità»? (4).

In conclusione la risposta della Corte costituzionale è stata negativa. Con la sentenza 115/2018 si è ribadito che la legge nazionale non può essere in alcun caso pretermessa. E va notato come in qualche modo sia scesa in campo la giurisdizione nazionale; il presidente della Consulta in quel momento si è fatto anche redattore, trattandosi in specie di personalità autorevolissima quale Giorgio Lattanzi, giudice della Corte di parte togata. È stato lui a richiamare le colonne d'Ercole della determinatezza in campo penale.

In realtà il principio era già stato affermato dall'ordinanza 24 del 2017, con la quale la Consulta aveva investito la Corte di giustizia in via pregiudiziale perché spiegasse come si stava dipanando la questione, e su quale base sarebbe stato necessario esaminare l'adombrata incostituzionalità del trattato UE. La determinatezza era posta come corollario del principio di certezza del diritto: la giurisdizione eurounitaria - dichiara in ordinanza la Consulta - non può modificare i termini della prescrizione, tantomeno dopo la commissione degli atti costituenti reato cui vorrebbe riferirsi. E questo in base alle "tradizioni costituzionali comuni agli stati membri".

La Corte di Giustizia in sostanza a quel punto si adeguò a tale posizione (5). Di seguito la Corte costituzionale è intervenuta con sentenza, la 115/2018 appunto, potendo dichiarare infondata la questione di illegittimità della norma euro unitaria, ma interpretando il trattato sulla base della "tradizione" e dunque del necessario rispetto della legalità nazionale.

Il trattato UE - dunque - è costituzionalmente conforme perché rispetta la tradizione. Anzi, è proprio l'art. 6.3 TUE (modificato dal Trattato di Lisbona del 2007) a ricordare come i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU - costituenti principi generali per la UE - siano «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri», e così originati «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Ma ci sono anche altre fonti non meno utili sul piano sistematico complessivo. Ad esempio l'art. 52.4 della *Carta dei diritti fondamentali UE* (del 2000) detta che «laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni». E se, per altro, la sentenza 115, rafforzando il proprio ragionamento, parla di rispetto della "identità costituzionale", l'art. 4.2 TUE a sua volta riporta che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica, e costituzionale...».

Nel 2011, con la sentenza n. 80 (§ 5.2), la corte Costituzionale ha fatto il punto:

La tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine dai «principi generali», che - secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato - comprende i diritti della stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (6).

* Questo articolo, già edito in prima pubblicazione su "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", 49 (2020), è la rielaborazione di quanto esposto in occasione del congresso annuale della Società italiana di Storia del diritto su *Fine della tradizione? Coscienza storica e identità del giurista*, tenutosi presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona il 24-26 ottobre 2019. Ci si è valse delle indicazioni e dei consigli degli amici Guglielmo Leo, Marco Miletti, Rodolfo Savelli, Lara Trucco e della efficienza redazionale di Federica Furfaro e Daniele Colonna; a loro un riconoscente grazie. Ovviamente opinioni, errori, omissioni sono imputabili unicamente all'autore.

In particolare in relazione a quanto disposto dalla *Carta dei diritti fondamentali* si è aperta un'ulteriore frattura interpretativa con la sentenza della Corte Costituzionale 269/2017; secondo questa pronuncia, deputata a verificare la "armonia" (intendendo forse "conformità"?) con le specifiche "tradizioni costituzionali" sarebbe appunto la Consulta stessa. E questo senza escludere la Corte di Lussemburgo, essendo possibile un «concorso di rimedi giurisdizionali» e dunque casi di «doppia pregiudizialità». Il richiamo alle "tradizioni costituzionali" (nazionali, verrebbe da aggiungere) sembra rafforzato dal fatto di essere proposto in un *obiter dictum* («Una precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali») e ciò che appare evidentissimo è che proprio la *tradizione* sia categoria, e snodo istituzionale, fondamentale (7).

Le *tradizioni costituzionali comuni* sono state viste, a seconda dei casi, o come categoria transitoria in vista di una vera e propria costituzionalizzazione dell'ordinamento eurounitario, o quale base fondante - e dunque duratura - su cui quella costituzionalizzazione dovrebbe basarsi; ad ogni modo una questione sistemica, centrale, che tocca i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario (8). La "razionalizzazione" delle *tradizioni costituzionali comuni* da una parte dovrebbe essersi concretizzata nella carta di Nizza, dall'altra - nell'evoluzione progressiva della tutela dei diritti - sulla base della elaborazione (giurisprudenziale, dunque) della corte di Lussemburgo (9). Le "tradizioni" così intese avrebbero in realtà non tanto un significato passatista, quanto piuttosto di sintesi progressiva, che incarnerebbe effettivamente un'idea virtuosa di storia che serva per il futuro.

Nel frattempo, però, ci si è chiesti se davvero sussista quella "comunanza", posta la diversità degli ordinamenti, pur nella famiglia unica delle liberaldemocrazie.

Quanto al concetto di identità, e alla necessità di declinarlo sul piano continentale, il riferimento pare più accentuatamente politico. Come ha sottolineato il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla Camera dei Deputati il 22 marzo 2017 in occasione delle celebrazioni per il sessantesimo anniversario dei Trattati di Roma:

L'identità europea è costituita dall'insieme del patrimonio culturale e della eredità storica di ciascuno e da un patrimonio di principi condivisi, sviluppato congiuntamente in questi decenni

Il capo dello Stato ha chiuso altresì il suo intervento citando Alcide De Gasperi là dove aveva affermato:

Contro la marcia delle forze istintive e irrazionali non c'è che l'appello alla nostra civiltà comune: alla solidarietà della ragione e del sentimento della libertà e della giustizia.

Da parte della dottrina giuridica si è evidenziata invece la difficoltà a individuare "tradizioni" in concreto, dialogando però in effetti poco con la storia come dato e come metodo. Si è così richiamato quasi solo l'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 là dove recita che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha costituzione», e soprattutto con riferimento alla protezione dei diritti fondamentali, di cui per altro curiosamente nel *Trattato di Roma* (1957) non si parlava (10). Alcuni, per contro, hanno evidenziato come il regime della prescrizione (il punto di merito della "saga Taricco") in alcuni ordinamenti sia di diritto processuale, in altri - come il nostro - di diritto sostanziale,

collocazione che lo pone sotto l'ombrello della riserva assoluta di legge. D'altronde proprio

Il diritto penale e processuale penale è l'ambito in cui maggiormente si avverte la persistente differenza tra sistemi giuridici di *common law* e quelli di *civil law*, dal momento che nei secondi il principio di legalità affida un essenziale ruolo di garanzia alla legge parlamentare, la quale non può essere sostituita da diritto di creazione giurisprudenziale. In ambito penale la determinazione della fattispecie non è fungibile ad opera della giurisprudenza, giacché - storicamente parlando - è proprio nei riguardi dei giudici che la funzione garantistica della legge deve anzitutto espletarsi (11).

In definitiva anche la "saga Taricco" ha proposto il fronteggiarsi di due contrapposte ideologie della giurisdizione, una favorevole comunque al predominio della legislazione nazionale, l'altra a un ruolo ordinante della magistratura di legittimità in un più ampio contesto convenzionale e secondo una linea culturale più sensibile all'esperienza di *common law*.

E allora, stando a tale seconda linea, la sentenza 115 riproporrebbe, in realtà, non tanto una tradizione, ma «un modello di *civil law* ormai obsoleto», anche per il ruolo ancillare attribuito ai giudici di merito, sottoposti al *diktat* della Corte costituzionale (con una sentenza - la 115/2018 - interpretativa, *erga omnes*, sulla giurisdizione) (12). Forse andrebbe posto però il problema di dove si collochi il confine tra esercizio della funzione nomoflattica e i dettati (intendo: l'ipotizzato *stare decisis*) della Corte di Cassazione (lo si vedrà meglio nelle prossime pagine).

Questa pronuncia di infondatezza, rivolta appunto *erga omnes*, avrebbe di fatto inappropriatamente dichiarato la Consulta competente a decidere sul fatto che il diritto sovranazionale abbia violato o meno il sistema dei controlimiti; si sarebbe dunque trattato di una sorta di sentenza "politica" (e non "giurisdizionale") volta a imporre «una linea di comportamento cui gli operatori (e, segnatamente, i giudici) sono tenuti rigorosamente a conformarsi» (13).

Altri, non meno autorevolmente, hanno sostenuto che, attraverso lo strumento di una sentenza interpretativa di rigetto (quale è la 115/2018), i controlimiti sono stati in realtà esercitati (e non senza qualche forzatura, posto che la "regola Taricco" sarebbe «norma di condotta per il giudice» e non «norma penale sulla punibilità») (14).

Posto che poi, comunque, le "tradizioni" non sono costituite esclusivamente da norme scritte ma quantomeno da consuetudini costituzionali e prassi giudiziali (15). Un materiale assai composito e dinamico che faticerebbe ad assumere sufficiente rilievo nella determinazione del "diritto comunitario vivente" e dunque nella identificazione delle *tradizioni costituzionali comuni* (16).

In questo quadro d'insieme, fortemente evolutivo, si è inserito il dibattito, appunto, sul ruolo della giurisdizione, o - diversamente detto - del formante giurisprudenziale, e su quale posto occupi nella tradizione europea, e nella nostra tradizione nazionale.

Al riguardo è stata rispolverata, anche per l'ordinamento interno, la nota massima, tipicamente anglosassone, pronunciata a Boston nel 1897 da Oliver Wendel Holmes:

the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law (17).

Dunque sarebbe diritto ciò che prevediamo i giudici decideranno in concreto. Il diritto è determinato dalla previsione; è diritto ciò che è oggetto di valutazione predittiva sulla base di un precedente consolidato. Se così è, però, la profezia va inserita in un contesto

prospettico, cioè storico. L'approccio deve diventare - come usa dire in linguistica, ma pare sia elegante in genere - diacronico e non sincronico.

La riflessione attuale, anche di chi opera nel nostro ordinamento (nel contesto continentale), è tra il resto fortemente concentrata proprio sul problema dell'*overruling*, tipico del *common law*, o meglio del *prospective overruling*. Anche in questo ambito emerge un problema di tradizioni. Si tratta - come sintetizzato dalla Cassazione - di «un arresto innovativo di pregressa consolidata giurisprudenza», un'inattesa mutazione, tipicamente in ambito processuale, rispetto - appunto - al reputato «diritto vivente» (18).

Posto il ruolo, «formante», della giurisprudenza, l'*overruling* è dunque il superamento di una tradizione, che pone seri problemi al sistema delle fonti, e ai meccanismi della loro vigenza. Se infatti la legge non può essere retroattiva, non può esserlo nemmeno - per esempio - una preclusione generata dall'*overruling*, nuova - dunque - e che può essere solo *prospective*.

Tradizione, prospettiva, innovazione... Sembra insomma assai dinamico l'asse su cui si sta muovendo l'attuale orizzonte dell'amministrazione della giustizia su scala nazionale ed euro unitaria, il nuovo tracciato della storia del diritto attuale. Per comprenderlo vanno presi in esame fronti diversi e in specie, come si vedrà, merita un'attenzione particolare la cultura giuridica togata. L'esame delle voci che vengono dal suo interno (e non solo attraverso le sentenze) fornisce un'irrinunciabile chiave di accesso alla comprensione delle ideologie della giurisdizione in campo.

Circa un significativo mutamento rispetto alla tradizione va registrato innanzi tutto il contributo dello stesso legislatore nazionale. Vediamone i contorni partendo da un concetto recentemente sempre più invalso nel discorso giuridico.

Oggi, infatti, si evoca normalmente una categoria tradizionale per comprendere l'evoluzione delle strutture giudicanti centrali, della nostra Corte di Cassazione in specie: la «funzione nomofilattica». Al riguardo i riferimenti normativi sono piuttosto chiari (19).

Il d.lgs n. 40 del 2006 (*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di Cassazione in funzione nomofilattica*) ha modificato l'art. 374 comma 3 CPC prevedendo la rimessione obbligatoria del ricorso alle Sezioni unite della Corte di Cassazione da parte della Sezione semplice nel caso di non condivisione del principio di diritto formulato in precedenza dalle Sezioni unite stesse. Più di un decennio dopo, la legge 103 del 2017, modificando il codice di procedura penale in più parti, ha inserito nell'art. 618 il comma 1-bis, che prevede anche nel penale la rimessione alla Sezioni unite, analogamente a quanto indicato dalla norma processual-civiltistica del 2006.

È interessante notare come proprio l'ambiente della Cassazione (in specie Giorgio Fidelbo, già applicato al Massimario come vicedirettore competente per il servizio penale e ora Coordinatore delle Sezioni unite penali, oltre che presidente di sezione) legga la norma del 2017 come ratifica di prassi invalse. Infatti - annota l'alto magistrato - «La valorizzazione della vocazione nomofilattica è obiettivo già perseguito nei rapporti interni della corte di cassazione», avendo avviato con la prassi a un sistema che non conferiva forza vincolante al «precedente» delle Sezioni unite, e creava conflitti tra Sezioni unite e Sezioni semplici (20). Dunque, sancire legislativamente questo vincolo gerarchico anche nel penale (l'obbligo di rimessione alle SU) sancirebbe definitivamente la funzione nomofilattica della Cassazione, letta come possibilità di elaborare «precedenti» in un quadro di *stare decisis*.

Nell'articolo di Fidelbo l'aspetto gerarchico viene in realtà sfumato. Qualora le Sezioni unite, invece che resistere alla *dissenting opinion*, decidano di recepire il contributo argomentativo delle

sezioni semplici, anche esse parteciperanno alla «costruzione del diritto vivente» (21).

Difficile dire, però, quanto sia realistica questa eventualità. Ad ogni modo la «pronta «risposta nomofilattica»» è vista come l'unica soluzione per assicurare l'uniforme applicazione della legge (22); questo anche in considerazione dell'urgenza per la Cassazione di dover produrre 58.000 provvedimenti penali l'anno, con l'oggettiva elevata probabilità di pronunce contrastanti. La «suprema corte» italiana si trova necessariamente trasformata in

un giudice a tre dimensioni: innanzi tutto è giudice di inammissibilità del ricorso quando opera come settima sezione; è giudice dello *ius litigatoris* quando giudica come sezione semplice; diventa giudice dello *ius constitutionis* quando decide in sezioni unite (23).

Vi è in sostanza uno scarto di tradizione netto nei rapporti tra magistratura e legislatore, il quale avrebbe consegnato anche nel penale alla Cassazione - o meglio, alle Sezioni unite... - un ruolo più incisivo rinforzandone la funzione nomofilattica (24).

Tutto ciò dovendo però tenere conto delle perplessità da altri espresse circa la «difficoltà della Cassazione penale ad esercitare [in concreto] la funzione di nomofilachia». Difficoltà che, come a suo tempo segnalato dal presidente emerito della Cassazione Ernesto Lupo, consistono nell'alto numero dei ricorsi, nelle fisiologiche differenze tra collegi giudicanti, nella necessità di rispettare la «durata ragionevole», anche se in effetti recentemente le Sezioni unite hanno adottato modelli operativi, e schemi di redazione delle sentenze, più efficaci (25). Di speciale rilievo il rapporto con le pronunce CEDU,

Il rilievo maggiore attribuito (...) al formante giurisprudenziale della legalità, unitamente alla maggiore incidenza delle sentenze della Corte di Strasburgo, rendono ancora più rilevante il ruolo della Cassazione, chiamata spesso ad affrontare i non facili problemi degli effetti sull'ordinamento interno delle pronunzie della Corte EDU. (...) In sintesi può dirsi che la Cassazione se non può essere qualificata come Corte Suprema perché tale non lo è più dopo l'entrata in funzione della Corte Costituzionale e delle due Corti europee (di Lussemburgo e di Strasburgo) ha accresciuto il rilievo del suo ruolo nomofilattico. Per quanto attiene alla Cassazione penale, la sua giurisprudenza deve essere ritenuta essenziale per il rispetto del principio di legalità, che ormai non può considerarsi soltanto legislativa, ma comprende anche la costanza della applicazione giudiziaria della legge (26).

Va però a questo punto ricordato che ad esito d'un itinerario legislativo e dottrinale dipanatosi sin dal tardo '700, l'art. 25/II Cost. è lapidario: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Come ha sottolineato un'autorevole voce della cultura giuridica togata di Cassazione - Guglielmo Leo - nell'ordinamento penale italiano il principio di legalità si è via via consolidato escludendo che nel settore punitivo fosse possibile dar corso a fonti diverse dal diritto positivo legislativo, negando perfino la possibilità di un intervento della Corte costituzionale quando fosse *in malam partem*. L'attività interpretativa della giurisprudenza, ordinaria o costituzionale e pur indirizzata a rendere conforme a Costituzione la disposizione legislativa, è gravemente confinata alle ipotesi in cui essa sia *in bonam partem* e appunto rigidamente compatibile col dettato della Carta (27).

Nel frattempo è intervenuta anche la riforma del processo civile di Cassazione di agosto/ottobre 2016 (d.l. 168/2016, convertito con l. 197/2016), secondo cui solo i giudizi con «valenza nomofilattica perché la questione di diritto è di particolare rilevanza» sono destinati alla trattazione in seduta pubblica, mentre gli altri vanno esaminati ad adunanza camerale.

Necessariamente il tema del “giudice legislatore” si fa di strettissima attualità. Ad esso sono dedicate nel solo 2016 almeno due numeri monografici, o con ampia parte monografica, di periodici giuridici, per motivi diversi significativi: “Diritto pubblico” (2016/2) e “Questione giustizia” (2016/4); il secondo tipica pubblicazione “togata” (in sottotitolo «Trimestrale promosso da Magistratura democratica»...).

Ecco allora che, rimanendo all'interno della cultura giuridica della Cassazione, per Giovanni Canzio, in quel momento suo primo presidente e più radicalmente rispetto a Fidelbo, la trasformazione delle forme del rito darebbe prova di un vero e proprio mutarsi ed articolarsi delle funzioni della Corte (28). Il suo giudizio è nettamente positivo perché portare in udienza pubblica, e definire con sentenza, solo i ricorsi a valenza nomofilattica significa dare rilievo alle decisioni con i «connotati del “precedente” in senso stretto». Questo sancirebbe in modo definitivo una mutazione genetica profonda, trasformando la Cassazione italiana da “corte della revisione”, appunto, a “corte del precedente”. Centrale, per Canzio, è dunque il tema dell'*inventio* («quale peculiare attività di ricerca giudiziale»), concetto il cui perimetro è tracciato dai contributi di Paolo Grossi susseguirsi dal 2012 in poi (29).

Il *diritto giurisprudenziale*, dunque, sarebbe «formante» dell'ordinamento, o almeno “coformante” insieme ad altre fonti del diritto», e questo in forza della “nomofilachia” attribuita ai giudici della Cassazione in base all'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 con cui ad essa, come “organo supremo di giustizia”, è attribuita la funzione di garantire «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale».

Col d.lgs. 40/2006 il legislatore – evidentemente qui più avveduto del solito – avrebbe «deciso di rilanciare questo concetto operativo in funzione di governo dell'impetuosa fluidità del diritto contemporaneo. La nomofilachia è la risposta legislativa alla post-modernità del discorso giuridico» (30).

La proliferazione delle fonti ha infatti necessariamente spinto il giudice verso una «struttura decisionale “multilivello”», scandita principalmente dalla costruzione piramidale Corte costituzionale, Corte di giustizia, Corte dei diritti dell'uomo.

L'*antidoto* (sic!) contro «l'incertezza e la fluidità dell'esperienza giuridica postmoderna» sarebbe appunto la nomofilachia. Non però una nomofilachia “verticale”, bensì “orizzontale”, “circolare”, e “cettuale” di cui si farà sintesi la Corte di Cassazione, dopo che i giudici del merito abbiano sollevato le questioni per poi ricevere la panacea (il termine è di chi scrive) giurisprudenziale del giudice di legittimità. Dunque, sebbene nei sistemi di *civil law* il precedente abbia solo valore “persuasivo”, ecco che ora se ne ipotizza la forza vincolante; dunque «una forma attenuata di *stare decisis* ci avvicina ai sistemi di *common law*» (31). Il tema, storicamente inteso (e per come rappresentato dagli storici del diritto), è in realtà assai complesso.

Vanno innanzi tutto tenuti distinti – ce lo ricorda Harold J. Berman – il concetto «tradizionale» del precedente dalla dottrina dello *stare decisis* che si afferma solo nel XIX secolo. La dottrina del precedente dipendeva dall'idea che nelle scienze sociali, così come nelle scienze naturali, la ripetuta applicazione e la verifica empirica fossero prova della validità di una scelta: essa si condensava in una serie di casi e non in una decisione singola (32). Lo *stare decisis* implica tutt'affatto diverso impegno interpretativo,

e a questo va attribuita la sua speciale fascinazione.

Lo stesso termine “precedente” assume significati diversi nei diversi paesi di *common law* (e nelle diverse fasi storiche, e secondo diverse tendenze dottrinali), e poi ancora in Italia, ed è dunque davvero necessario mettere in guardia dai “falsi amici” linguistico-giuridici. Allo stesso modo, ad esempio, distinguere tra lo *stare decisis* e lo *stare dictis*, dunque tra ciò che i giudici fanno e ciò che dicono di fare (33).

Al riguardo vale la pena richiamare un'osservazione di Tomaso Epidendio, in relazione al tema centrale del ruolo della giurisprudenza eurounitaria e convenzionale. Gli pare infatti anomalo che si utilizzi in tema di “giurisprudenza consolidata” (primigenia definizione del “diritto vigente”) quella di «Strasburgo, che a differenza di quella di Lussemburgo, rimane casuistica e solo latamente interpretativa» (e dunque poco adatta a “consolidare” qualsivoglia tendenza interpretativa). Insomma,

Il condizionamento culturale d'approccio secondo il “diritto vivente” è così grande che se ne fa un uso, anche impropriamente, quando sarebbe stato assai più semplice muoversi sul piano di una cultura del “precedente” (...). In ogni caso, la lezione che sembra potersene trarre è che il ricorso al “diritto vivente” finisca per accentuare i conflitti inter-istituzionali, anziché attenuarli, e che forse finisca per esserne una delle cause concorrenti e contingenti, insinuando una vera e propria rivoluzione di metodo e di approccio in modo quasi inconsapevole e surettizio (34).

E si evidenziano, battendo in breccia il tema, nuove questioni che attengono al manifestarsi effettivo degli orientamenti giurisprudenziali e alla loro inflazione, e dunque a una efficace selezione dei precedenti (realmente influenti e quindi vincolanti) (35).

Un grande storico del diritto e comparatista come Raoul C. Van Caenegem, quando si tratta di rispondere alla domanda se «è migliore il diritto dei giudici, il diritto dei legislatori o quello degli studiosi» (o diversamente detto «il *case law*, la legge, o la dottrina»), non pare nutrire dubbi: il primo. Salvo riconoscere, pure, che lo stesso *case law* ha una sua debolezza, quando un eccessivo riguardo per il precedente lo porta ad essere “stagnante”; e poi «manca di una conveniente struttura concettuale e dà ben poco spazio alla generalizzazione» (36).

Infine proprio tra le opere del “principe” del normativismo giuridico, Hans Kelsen, possiamo anche trovare (siamo nel 1929; *La dottrina pura del diritto* è del 1934):

L'analisi strutturale del diritto inaugurata dalla scuola giuridica di Vienna (...) pone fine – si può sperare per sempre – al pregiudizio che tutta la produzione del diritto sia racchiusa nel solo grado della legge. Essa mostra che il processo di produzione del diritto non comincia col grado della legge né finisce con esso, ma che piuttosto – penetrando dal grado della costituzione, attraverso la legge e il regolamento, giù fino agli atti giuridici individuali – è da concepire come un processo di continua concretizzazione, nel quale il diritto passa da una forma astratta a forme via via più concrete; come un eterno processo nel quale lo stato si genera sempre di nuovo (37).

Comunque sia, sembrerebbe di capire che la netta gerarchizzazione all'interno della Corte suprema italiana generi automaticamente vincolatività *erga omnes*, e in modo prospettico, erigendo le Sezioni unite a produttrici di norme giuridiche, secondo un principio di autorità che sembra prevalere su quello di persuasi-

vità. D'altronde su analoghi temi si era già espresso Alessandro Pajno, a propria volta presidente del Consiglio di Stato (tra il 2016 e il 2018), mettendo in evidenza come la giustizia amministrativa avesse cooperato all'emersione dell'interesse legittimo e a creare i rimedi giuridici idonei alla tutela delle situazioni soggettive, operando dunque in modo "creativo" (38). Temi su cui recentemente è tornato Roberto Garofoli (presidente di sezione del Consiglio di Stato) evidenziando come gli indirizzi interpretativi dei giudici amministrativi orientino le attività delle amministrazioni pubbliche (39).

In realtà sarebbe comunque esercizio interpretativo assai spregiudicato sostenere che tutto ciò si giustifichi sulla base della lunga riflessione in tema di "invenzione del diritto" di Paolo Grossi, che non per nulla mai parla di "creazione" giudiziaria del diritto (40). La sua messa a punto definitiva avviene proprio in un contesto assai consono quale la sede della Scuola Superiore della Magistratura a Scandicci (FI), dove l'allora presidente della Consulta tiene la lezione inaugurale dell'anno formativo 2017. In quell'occasione si svolge, a parere di chi scrive, un fondamentale assestamento linguistico e, dunque, concettuale. La *creazione*, il *creazionismo* come teoria complessiva della produzione normativa, è fenomeno respinto come statico, a favore di una *invenzione*, che sottende, invece, un'evoluzione. Al giudice non si chiede "creazione", ma "invenzione", intesa come *inventio* («Più un *leggere*, un *decifrare*, un *conoscere* che un *volere*, un *esprimere volontà potestative...*») (41). Tra gli interpreti vi sono lo stesso legislatore, come gli operatori professionali (gli avvocati, ad esempio) e gli scienziati del diritto; un posto primario lo detiene il giudice. Vale la pena di sottolineare: un ruolo primario, ma non preminente, né tantomeno esclusivo.

Andrebbe compiuta una lettura attenta e comparata con i contributi recenti di Luigi Ferrajoli e Massimo Luciani, e forse le distanze apparirebbero meno ampie, al di là delle dichiarazioni di principio. Meno adesive di quel che ci si potrebbe attendere suonano, invece, le voci della magistratura di legittimità, ad esempio quelle di Giovanni Canzio, già ampiamente ripreso, ma anche di Enrico Scoditti.

Al secondo va in particolare attribuita una sottolineatura importante su un tema centralissimo, già proposto da Canzio. Secondo Scoditti, nei casi non contemplati dalla legge, il giudice bilanciando principi e circostanze del caso concreto (ecco la dimensione del *case law*) "rinviene" – pur in assenza di disposizione – la norma. E proprio perché non si tratta di diritto che viene dal sovrano (il legislatore), si presumerebbe agire la regola dello *stare decisis*, con ciò consolidandosi la pronuncia giudiziale come norma – adesso l'aggettivo lo aggiunge chi scrive – "creata" (42). Ancora una volta si afferma che con la proliferazione sistematica delle fonti, l'impossibilità di agire dello strumento storicamente ordinante adottato sul continente europeo (il codice) conduce automaticamente verso la sua alternativa d'oltremarica, appunto lo *stare decisis* (43).

A quest'ultimo sarebbero affidati calcolabilità e prevedibilità del diritto, in una dimensione quasi trascendente che vede il giudice quale sacerdote del "bilanciamento" (va detto, concetto in realtà controverso sul piano filosofico-giuridico) (44). Con un sapiente gioco di scambi, adottando le tecniche del *distinguishing* e del *limiting*, il sistema processuale italiano sarebbe condotto sui binari di una tradizione diversa, e alternativa, quella anglosassone. Con ciò «la sentenza, nella misura in cui il diritto è solo caso, esprime la norma», dunque una «norma senza dispositivo». La Corte di Cassazione è identificata esplicitamente come «corte regolatrice», che coincide in sostanza con la «corte del precedente» di Canzio (e forse meno con la visione più articolata, e moderata, di Fidelbo) (45).

A questo per altro si aggiunge un sostanziale ampliamento della latitudine di intervento della Cassazione, in particolare quando il motivo di ricorso è quello *ex art. 360/I n. 3 CPC*, cioè la contestata violazione di "norme di diritto": enunciata la norma concreta, gli altri giudici devono adeguarvisi qualora ricorrano i medesimi «requisiti fattuali» (46). Si delinea netta la rivincita, anche in area continentale, del precedente giudiziario vincolante. È la celebrazione di un'epifania.

Ritenevamo che il principio della *stare decisis* fosse vigente solo nei paesi di *common law*. Come la lettera rubata di Edgar Allan Poe è invece da sempre sotto i nostri occhi, e dovremmo finalmente considerarlo vigente anche nei sistemi di *civil law* (47).

Una visione di straordinaria forza espansiva, che se corretta giustificerebbe l'allarme di chi autorevolmente ha sostenuto che «può apparire plausibile persino rispetto al diritto penale affermare che oggi viviamo nell'età della giurisdizione, o detto altrimenti, nell'epoca del giudice» (48).

Ancora Tomaso Epidendio – si continua in queste pagine a voler insistere sulle posizioni della cultura giuridica togata – ha ben messo in evidenza questi profili, anche nelle connessioni con la dottrina.

L'attribuzione di un particolare significato al testo normativo sarebbe sempre più sentita come frutto di una "decisione" dell'interprete, in qualche modo una sua "creazione", anziché "ricerca e scoperta" di qualcosa che è dato. Dal piano dottrinale questa concezione si è progressivamente trasferita nelle applicazioni giurisprudenziali, della Corte costituzionale e di cassazione, dilatando così oltre misura il ruolo e le possibilità di intervento degli organi giurisdizionali, ben oltre i limiti tradizionalmente attribuiti a tali organi, così da costituire uno dei principali "punti di innesco" su cui si è sviluppata la crisi del rapporto di soggezione degli organi giurisdizionali alla legge.

In particolare il "diritto giurisprudenziale" avrebbe trovato due itinerari di affermazione nelle sentenze "manipolative" del testo normativo da parte della Consulta e nella "irruzione" della giurisprudenza sovranazionale (49).

Dunque la "crisi della legalità" non riguarderebbe il problema della sottoposizione del cittadino alla legge, ma si manifesterebbe «come crisi della soggezione degli "organi giurisdizionali" rispetto alla legge». Le attuali "pratiche legislative" avrebbero indotto infatti una profonda "cultura della sfiducia" e le scelte interpretative e il nuovo configurarsi del sistema delle fonti sono viste come le «"forme di manifestazione" storico-giuridica della crisi medesima» (50). L'affermarsi del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento solleva per conseguenza naturale il problema del controllo dell'interpretazione della legge, generando frizione tra Consulta e Cassazione, come per altro si è già potuto verificare in passato, e trovando un punto di compromesso nella identificazione del "diritto vivente" (51). Col rischio che

una volta recepita l'impostazione fondata sul "diritto vivente", questa venga fatta propria dalla Corte di Cassazione e, con sottile ma decisivo slittamento operativo, venga utilizzato per equiparare il *mutamento di giurisprudenza* al *mutamento normativo* (52)

E ancora una volta si pone il problema se, e in quale misura, per la Cassazione italiana sia legittimo l'uso dell'espressione "corte

suprema” (in precedenza si è ricordata la posizione negativa di Ernesto Lupo) (53).

Il tema è molto arato dalla stessa dottrina, e ad esempio è possibile trovare una recente e sintetica messa a punto dei due poli della questione da parte di chi, come Ferrajoli, certo non è tenero col diritto giurisprudenziale. Il “diritto vivente” in realtà non sarebbe altro che il frutto necessitato dell’argomentazione interpretativa esercitata dalla giurisprudenza sui testi normativi, i quali costituiscono il “diritto vigente” (unico prodotto del lavoro legislativo) (54).

L’ideologia della giurisdizione che si profila negli interventi in precedenza esaminati (Canzio, Scoditti...) è in sintonia con una proposta dottrinale che vede il prevalere contemporaneo di una «seconda dimensione del diritto», cioè quella *ex parte societatis*, posto che la prima sia stata quella legislativa, di marca gius-positivistica, *ex parte potestatis*. Si tratterebbe di passare da una legalità “pura” a una legalità “ibrida”, vista appunto come la «nuova legalità (sic!)» (55). Il legislatore non avrebbe più la funzione del produttore di leggi, bensì assumerebbe «la funzione, tipicamente medievale, di *custos iuris*»; ritornerebbero in auge le figure ibride, tipiche dell’antico regime, quale il “*princeps iudex*” (56).

Questo in un contesto istituzionale rivisitato secondo un neomedievismo, che non è propriamente la completa prospettazione delle complesse dinamiche (anche legislative, e comunque profondamente “feudali”) del Medioevo giuridico. Un Medioevo, insomma, e in genere un Antico regime, da cui surrettiziamente si prende solo ciò che serve. Converrebbe, volendo dare fondamento a questa linea, riprendere ad esempio in mano la tradizione dei “grandi tribunali” (senati, *parlement*, rote...) e della cultura giuridica togata che si sviluppa tramite la letteratura decisionistica cinque-seicentesca. Capiterebbe allora magari di inciampare, ad esempio, in *facetiae*, in verità assai emblematiche, come quella richiamata da un importante magistrato del *parlement* del Delfinato, François Marc (muore tra il 1522 e il 1523): «*Deus nos preseruet ab aequitate parlamenti*» (57).

Colpisce, poi, la levità con cui si attribuisce competenza di produzione normativa alla giurisdizione senza sollevare il dubbio circa le ripercussioni sugli equilibri istituzionali costituzionalmente posti. Eppure negli ultimi due secoli e un quarto ci sono state rivoluzioni e si sono patite guerre per affermare lo stato di diritto costituzionale e legislativo; ed esso, sì, costituisce una tradizione, o meglio “un’identità costituzionale”, come ha voluto sottolineare il presidente Lattanzi nella sentenza “tombale” della “saga Taricco”.

Se questo è l’ingaggio, si può - e si deve - discutere più ampiamente di “formanti” (al plurale), di bilanciamenti, e non ultimo di “formante democratico”. E forse anche di un ritorno ai padri, scientifici e costituenti.

L’opera di Calamandrei del 1920, il monumento sulla Cassazione civile, rimane un riferimento - anche storiografico - fondamentale e insuperato. È qui che la nomofilachia viene posta come elemento caratterizzante dell’attività della Corte di Cassazione, ma come controllo di osservanza della legge: «controllo posto a difesa del diritto obbiettivo» (58). Una Cassazione che, organo di vertice della magistratura e allo stesso tempo di indirizzo per risolvere questioni controverse, in realtà è stata originariamente «cane da guardia contro i giudici» (S. Satta), e difatti posta al momento della sua istituzione in Francia presso il *Corp legislatif* per annullare sentenze ritenute contrarie al testo della legge (59). Un *tribunal*, e solo poi *cour*, che fosse di rottura rispetto ai grandi tribunali di antico regime (60).

Si inizia dunque a profilare quello che Maurizio Fioravanti ha acutamente definito *Stato di diritto della tradizione*, secondo un

modello comune alla cultura costituzionale europea, sia continentale sia d’oltre Manica, che tra Otto e Novecento percepiva chiaramente i limiti non oltrepassabili dalla giurisdizione e il primato del legislatore; alla legge competeva il «monopolio della forza dispositiva», vigeva «il primato della legge nella determinazione di ciò che è diritto», e il «centro visibile del potere» era indefettibilmente il Parlamento. Il “modello della tradizione” resiste anche presso i nostri costituenti, e con ciò l’idea che la Costituzione debba essere applicata dal legislatore (61).

La svolta, come noto, avverrà proprio ad opera della Magistratura associata col Congresso di Gardone del 1965, ancora oggi (e proprio per le attuali contingenze in cui si dibatte la magistratura) evento “iconico” che riecheggia forte ogniqualvolta la Associazione Nazionale Magistrati organizza i propri convegni.

I giudici si collocavano al centro del dibattito giuridico e politico, proponendosi, in quanto interpreti, come motore di progresso normativo. L’obbiettivo era la concreta applicazione della Carta costituzionale, e dell’art. 3 in particolare. Fu effettivo punto di svolta, dopo il quale la categoria “magistrato” non risuonò più come sinonimo di conservazione; chi decise in seguito di intraprendere quella carriera tendeva a riconoscersi in prospettive politico-culturali “progressive” (nel 1964 era giusto nata a Bologna Magistratura democratica, con l’idea - appunto dichiarata nella mozione costitutiva - di «democratizzare la giurisprudenza», e nel ’65 essa fu subito maggioranza nel Comitato direttivo centrale di ANM) (62).

È nella fase storica immediatamente successiva che si realizza progressivamente quello che Fioravanti chiama lo *Stato costituzionale del presente*. Sul terreno della Costituzione, e oggi diciamo della interpretazione costituzionalmente conforme, si consuma la dialettica con la tradizione (63). Rispetto al modello tradizionale, infatti, il monopolio del processo di attuazione della Carta è progressivamente defluito dalle mani del legislatore, ponendosi certo problemi cruciali circa l’assetto costituzionale, in sostanza “la questione della sovranità”. Si sarebbe anzi creato un «ordinamento a sovranità indecisa», posto che dubbia è la risposta al quesito su chi abbia “l’ultima parola”, tra le due funzioni, obbligando l’altra a conformarsi alle proprie determinazioni (64).

Ma, sottolinea opportunamente Fioravanti, «l’incremento di ruolo e di rilevanza della giurisdizione [...] non può essere valutato in astratto, ma di volta in volta nel contesto complessivo della fase entro cui esso si produce»; non è accettabile l’eliminazione della discrezionalità politica, «come se fosse possibile concepire l’intera esperienza costituzionale come l’estrinsecazione di una sorta di etica costituzionale giurisdizionalmente amministrata» (65).

Non si può dimenticare che tutte queste forme politiche, dallo Stato di diritto della tradizione, allo Stato costituzionale del presente, appartengono storicamente alla *vicenda dello Stato moderno in Europa*, e che quella vicenda ha comunque due lati, ciascuno dei quali corrispondente ad una delle due vocazioni storiche del costituzionalismo: istituire poteri in essi esprimendo il principio di unità politica, e nello stesso tempo limitare questi medesimi poteri, perseguendo la finalità di tutelare i diritti, come anche il carattere distinto di ciascuna delle parti che compongono l’intero collettivo. E dunque, di conseguenza, anche lo Stato costituzionale del presente, facendo parte di questa più ampia e risalente vicenda plurisecolare dello Stato moderno, ha anch’esso necessariamente un lato politico, non si esaurisce cioè nella funzione di tutela dei diritti per via giurisdizionale (66).

Se ci si vuole concedere qualche nostalgia per lo “stato di diritto della tradizione”, essa può riguardare non tanto il fatto che

vigesse il primato del legislatore, quanto che fosse più netta la griglia dei rispettivi limiti tra funzioni. In tempi confusi come quelli che viviamo, l'autentico senso delle istituzioni si misura nella sincera preoccupazione di identificare i limiti propri, e nel volerli rigidamente rispettare, anche a proprio svantaggio.

Concludendo, dal punto di vista scelto in queste pagine il tema si articola su due profili.

Quanto al merito della questione - cioè la crisi della legge e il formante giurisprudenziale, e poi la crisi del legislatore (non solo italiano) e della rappresentanza democratica - tutto ciò non può essere sbrigativamente identificato col tramonto del legislativo (il «bye bye Montesquieu» enunciato da Bruce Ackermann, tanto per capirci). La giurisdizione non va caricata di responsabilità, e oneri, eccessivi, posto che anche la magistratura, quella italiana in specie, si trova in questo frangente a valicare tornanti assai critici. Le recenti vicende di cronaca della scorsa estate (siamo scrivendo nel gennaio del 2020), relative al CSM (o meglio, ad alcuni dei suoi membri apparsi “collaterali” alla politica), non sono trascorse senza lasciare tracce, anche profonde. D'altronde al di là dei pronunciamenti - che abbiamo ripreso - della scienza giuridica togata e dei capi di corte, la magistratura “di base” - la magistratura di merito in specie - chiede fonti affidabili e ordinate, piuttosto che non di “essere fonte” essa stessa nelle sue articolazioni di legittimità. E lo chiede pur disponendo di un tasso alto di professionalità e cultura giuridica, tanto da sorreggere non solo la giurisdizione, ma anche segmenti importanti dell'apparato istituzionale, in quanto serbatoio di robuste competenze giuridiche, attraverso la prassi (detto controcorrente: per nulla disprezzabile) del fuori ruolo.

Insomma, di fronte al legislatore in ritirata strategica (o in fuga precipitosa dalle proprie responsabilità politiche nel timore di perdere *like* elettorali), la giurisdizione non può essere lasciata sola in trincea ad assumersi gli ormai consueti ruoli di supplenza. La scienza giuridica a propria volta ha delle responsabilità cui far fronte non solo con le armi dei tecnicismi di settore (indispensabili), ma anche con strumenti più ampi. La collocazione prospettica di fronte ai problemi, un'ampia profondità di campo nell'inquadrarli, diventa allora cruciale. Va proposto come effettivamente utile il sussidio offerto dalla storia del diritto, cioè dall'applicazione del metodo storico all'analisi dell'esperienza giuridica attuale.

Di conseguenza, quanto alla funzione del giurista storico, non so quanto sia opportuno - da storici - assecondare una sorta di *regressio ad uterum* nel ventre accogliente del Medioevo del diritto; il Medioevo da cui in effetti le attuali civiltà giuridiche sono nate, ma che - ad esempio - non è il Medioevo favolistico evocato da alcuni con riferimento al tema dei beni comuni, presunta risumazione delle forme collettive di proprietà più risalenti (67). Gli istituti del diritto antico e di Antico regime non sono degli *zombie* traballanti, pronti ad aggredire il diritto attuale, debole e impaurito (68). Proprio per questo agli storici del diritto va probabilmente chiesto più impegno sul Medioevo, oggi decisamente meno frequentato di un tempo.

I salti di tempo, le comparazioni ardite, non giovano alla comprensione del fenomeno giuridico; sono la negazione, anzi, dell'applicazione effettiva del metodo storico (69). Ciò non toglie che si possano tentare ricostruzioni d'assieme, dove categorie storiche siano usate esplicitamente non per azzardare riproposizioni, ma per affrontare - anche sulla scorta della tradizione - situazioni esplicitamente nuove, come ad esempio la relazione contemporanea, “unitaria”, tra diritto amministrativo e diritto civile (70).

Maneggiare le categorie generali, come ad esempio la *nomofilachia*, va fatto con una visione critica e prospettica, valutando le

trasformazioni istituzionali e giuridiche che ne hanno plasmato i profili, altrimenti si corre il rischio di usare strumenti concettuali fragili. Non è possibile auspicare salti di tradizione tra *civil law* e *common law*, senza approfondire i motivi che hanno storicamente determinato i grandi snodi dell'esperienza giuridica.

Dimenticare che sono i contesti nella loro dimensione evolutiva - e dunque storica - a guidare scelte e a determinare trasformazioni è pericoloso; dimenticare i contesti significa proporre paradigmi vecchi ma apparentemente “contemporanei”, che risultano alla resa dei conti soluzioni inattuali.

In realtà, come si è già accennato, la strada di un corretto modo di interpretare il dato storico viene dalla carta di Lisbona (art. 6). Ha un senso affidarsi alla tradizione nella misura in cui questa serva fruttuosamente a definire i profili dei moderni diritti fondamentali. Come ha evidenziato Marta Cartabia, attuale presidente della Consulta, «di norma, i diritti protetti dalla Carta [dei diritti; art. 53 §4] e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali convergono», e in modo progressivo, perché «il novero dei diritti inclusi nella Carta è più completo e aggiornato rispetto a quello dei documenti più vecchi» (71).

La valorizzazione di questa componente, tra l'altro, garantisce lo sviluppo di anticorpi sociali e politici a livello continentale contro deviazioni, non solo possibili, ma in effetti verificabili. Basti ad esempio pensare alle recenti “riforme” istituzionali in Polonia, che tra l'altro hanno coinvolto proprio la magistratura, comprimendone l'indipendenza (su indicazione del partito di governo, denominato - ironia della sorte - ‘Diritto e giustizia’...). La coscienza di una tradizione comune da difendere ha portato in piazza a Varsavia i rappresentanti dei giudici europei, e la stessa ANM è stata rappresentata dal suo Presidente Luca Poniz, nella “marcia delle mille toghe”, come è stata definita (11 gennaio 2020) (72).

Come ha scritto autorevolmente John Henry Merryman: «La tradizione giuridica mette in relazione il sistema giuridico e la cultura della quale è espressione diretta. Pone il sistema giuridico in una prospettiva culturale» (73).

La cultura giuridica togata merita di essere oggetto di un'attenzione specifica. E con essa le ideologie della giurisdizione che chiaramente si stanno schierando in campo, sul crinale dello *stare decisis*, sotto i vessilli della *law in books* e della *law in action*, tra l'altro con visioni necessariamente di ampia portata che coinvolgono, ad esempio, la stessa formazione giuridica (74).

E la “tradizione” occupa un posto centrale, come si è visto, ma solo se correttamente intesa.

La tradizione evoca una idea dinamica: non coincide con quell'immagine riduttiva contro la quale si è ribellata la modernità in nome del progresso. Non identifica un assetto culturale del passato, congelato in una storia che fu, fatto di pregiudizi e di relazioni di potere. Non si oppone alla creatività, alla novità, alla apertura: tradizione è un sistema vitale, dinamico, sempre in movimento. (...) Il diritto come tradizione indica un corpo normativo, che come ogni organismo vivente cresce e si trasforma, mantenendo la propria identità, mentre le singole parti di cui è composto sono soggette a un incessante processo di trasformazione e cambiamento, di decadenza e di rinnovamento (...) Tradizione e dialogo sono strumenti capaci di introdurre dinamismo e flessibilità nei momenti di attrito tra sistemi, trasformandoli in spunti per una nuova evoluzione inclusiva della pluralità che contraddistingue lo spazio costituzionale europeo (75).

Siamo in un momento storico in cui lo spazio riservato all'interpretazione si è molto ampliato, soprattutto secondo le linee teo-

riche dell'ermeneutica e del neocostituzionalismo, contro quelle del giuspositivismo (76). Il diritto è semplicemente interpretazione secondo la teoria proposta da Ronald Dworkin, e i principi di giustizia, in quanto principi di equità, sembrano identificabili mettendosi giusto sotto il "velo dell'ignoranza" proposto da John Rawls (77). Il gioco è fatto!

Più concretamente, le responsabilità del giudice-interprete - motore dello *stare decisis* - si dilatano, mentre per ora lo fanno molto meno quelle del giurista scienziato, in questa fase storica decisamente più debole socialmente (e politicamente, comunicativamente, economicamente...). Diversa l'interpretazione come argomentazione e come ragionamento giuridico, campo che però significativamente tende ad essere aggirato, soprattutto dalla cultura giuridica togata. Una cultura che potrebbe anche fare a meno della dottrina, e dunque anche della teoria generale del diritto.

E qui non vanno presi sottogamba alcuni *caveat* particolarmente allarmanti, perché vengono proprio dalla cultura giuridica togata e da un angolo visuale particolarmente favorevole, come quello del laboratorio scientifico della Consulta. Ebbene, la crisi della legalità come soggezione dei pubblici poteri (e della giurisdizione in specie) alla legge - si sottolinea - potrà facilmente condurre alla "anomia", come crisi *tout court* della soggezione di chiunque alla legge e infine al diritto in generale. L'esito ultimo della "de-tronizzazione del legislatore" porterebbe a una sostanziale irrilevanza della stessa dottrina e infine all'egemonia di una giurisprudenza «ispirata al solo sentimento di giustizia del singolo caso» e dunque nemmeno vincolata ai suoi stessi precedenti (78).

Se queste tinte possono apparire troppo fosche, non vanno almeno dimenticati i rischi che il diritto giurisprudenziale presenta in tema di prevedibilità (posto che, come detto sopra, si tratta di "profetizzare" quanto il giudice deciderà) e poi soprattutto di conoscibilità da parte dei consociati, secondo i pilastri ideologici dello stato di diritto. Le soluzioni si possono forse trovare, tutto sta però porsi il problema, cosa che i fautori dello *stare decisis* sembrano talvolta dimenticare di fare.

E certo va registrato come proprio una delle autorevoli voci in precedenza richiamate a favore del diritto giurisprudenziale abbia recentemente fornito una riflessione a utile complemento delle proprie prese di posizione (a mo' di revisione?), auspicando che comunque alla giurisdizione - quella che si esprime per clausole generali in specie - sia riservato «il posto discreto che le compete». Alla fine, in una situazione preoccupante sul piano delle disuguaglianze, la legge generale ed astratta, eredità dell'Illuminismo giuridico, resta «strumento elettivo di riforma sociale» (79).

Se questo è lo scenario - e, in larga parte, lo è effettivamente - si impone una presa d'atto e un'assunzione di responsabilità non puramente accademica.

Si è molto parlato della funzione di supplenza esercitata dalla magistratura nel recente passato, e sul fatto che abbia giocato un ruolo "politico". Al di là del mutamento di alcuni paradigmi della partecipazione politica, ciò che oggi resta non è in realtà uno spostamento effettivo e duraturo degli equilibri istituzionali e nemmeno delle prassi amministrative. Anzi, alcune scelte successive (le "discese in campo" nell'agone politico) hanno indebolito l'immagine di quella stagione. In una certa misura la cronaca giudiziaria di quella fase è rimasta tale: si è fatta (forse) appena storia politica, o semplicemente dei partiti politici.

Casomai è la fase più recente, come si è cercato di indicare in queste pagine, a costituire un tornante che porta necessariamente a opzioni ideologiche. Siamo qui in un ambito molto più profondo, distante dalla cronaca giudiziaria ma che coinvolge invece la storia, e dunque il futuro, della giurisdizione. E si tratta di una

dimensione genuinamente politica, e non tecnica, come si sarebbe superficialmente indotti a credere.

Ritornano alla memoria le osservazioni di Giovanni Tarello del 1969, quando metteva in guardia contro l'abitudine linguistica - in allora - di considerare l'attività del giurista come "tecnica" e non "politica". Per converso era possibile affermare «che quelle attività non sono tecniche ma sono - in tutto o in parte - politiche e consistono non - o non solo - in accertamenti ma in scelte». Proseguiva il maestro genovese :

Queste abitudini linguistiche, e queste istituzioni, non rispecchiano e non costituiscono - come è ovvio - dei dati naturali immutabili, ma sono un prodotto della storia. Non, necessariamente, della storia in generale, ma della nostra storia linguistica e della storia delle nostre istituzioni. Se vi sono oggi queste abitudini linguistiche e queste istituzioni, vi è stato storicamente un processo - culturale e istituzionale - di tecnicizzazione e depoliticizzazione delle attività giuridiche professionali (e perciò di deresponsabilizzazione in senso politico del ceto degli uomini di legge). Processo che se accordiamo valore alle odierne affermazioni sulla politicità di quelle attività professionali, siamo indotti a ritenere oggi interrotto o, addirittura, capovolto (80).

Le attuali ideologie della giurisdizione sono un "prodotto della storia". Ecco allora che la funzione del giurista-storico è quella, banalmente (si fa per dire), di evitare che nel dibattito scientifico - ma anche in quello pubblico - le argomentazioni perdano troppo di quota nella riproposizione del passato. Naturalmente ciò vuol dire prendere la storia dell'esperienza giuridica attuale come stimolante terreno di sfida scientifica, una prisma potenzialmente aggredibile da angolature di indagine diverse. In queste pagine, ad esempio, si è cercato di seguire i fili, "storicamente" più densi, della cultura giuridica togata.

Dunque è nodale che vi sia una lettura "professionale" dell'evoluzione giuridica più recente secondo il metodo storico; e per farlo le risorse in campo non mancherebbero. È necessario operare, in specie e detto per *slogan*, in modo tale che la storia non diventi nostalgia, che la comparazione non diventi sincretismo, e che riflettere sulla tradizione non diventi reazione. Insomma: urge adottare su larga scala un serio metodo storico-giuridico, anch'esso non (solo) *in books*, ma (pure) *in action*.

ABSTRACT

The system of normative sources is now undergoing profound changes. The role of judges and jurisprudential law is also becoming fundamental in the Italian legal system. In this regard, there are significant contributions from exponents of the legal culture of the judges, mostly oriented towards the introduction of the "stare decisis" regime also in the Italian legal system. It is a particular choice of ideology of jurisdiction. This theme is linked to that of the "common legal traditions" placed at the basis of the European Union and its jurisdictional system. The phenomena examined can only be understood from a historical perspective and therefore by applying the historical method rigorously.

Note.

(1) N. Irti, *Leti della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

(2) L'espressione - per altro controversa - nasce con I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in «Common market Law Review», 36 (1999), pp. 703-750, pp. 707-711 in specie

(3) Su questo sono intervenute due pronunce della Consulta note come

“sentenze gemelle”: Corte Cost. 348 e 349/2007. In esse si afferma la “maggiore forza di resistenza” delle norme CEDU (trattato internazionale ratificato e messo in esecuzione dallo Stato italiano) rispetto alla legge ordinaria successiva; il giudice ordinario non ha però facoltà di disapplicare la legge reputata contrastante con le prime, potendo esclusivamente sollevare questione di legittimità costituzionale. Per altro le disposizioni CEDU pongono principi generali del diritto eurounitario (in base all’art. 6/3 del Trattato dell’Unione Europea è [TUE], su cui ampiamente in seguito). Quelle CEDU sono presentate dunque come “norme interposte”, cioè «di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria». La gerarchia delle fonti subisce dunque un nuovo assestamento e la legge necessariamente scala di un gradino. Si profilerebbe un ordine giuridico a struttura multilivello con un sistema di graduazione non sempre certo. Quanto ai “controlimiti” essi hanno lo scopo di evitare che «una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un’altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la costituzione»; dunque prima va verificata comunque la costituzionalità della norma interposta, e poi quella della norma legislativa censurata rispetto alla quella interposta (Corte Cost. 348/2007; §4.7). Va anche detto, ma questa non può essere la sede per sviluppare ulteriormente il tema, che sul punto sono intervenute le “seconde sentenze gemelle” (C. Cost. 311 e 317/2009) e infine la C. Cost. 49/2015, secondo cui una “interpretazione convenzionalmente conforme” sarebbe possibile solo in presenza di una giurisprudenza convenzionale consolidata, su cui R. G. Conti, *La Cedu assediata? (Osservazioni a Corte Cost. n. 49 del 2015)*, in *www.giurcost.org*, 1/2015, 10 aprile 2015, pp. 181 ss. Sull’evoluzione in questo ambito, e in commento alla sentenza C. Cost. 49/2015, importante è M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in “Penale contemporaneo - Rivista trimestrale”, 2/2015, http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/bignami_2_15.pdf: la “giurisprudenza europea consolidata”, equivarrebbe a un “diritto vivente europeo” prodotto dai giudici comuni («Il giudice italiano avrà all’inizio il timore di aver perso la bussola con cui aveva iniziato ad orientarsi, e troverà ingrato l’ulteriore compito di scandagliare la giurisprudenza europea alla ricerca del diritto vivente. Si potrà consolare, però, pensando che quella bussola subiva eccessive perturbazioni magnetiche, ed accorgendosi che, in ultima analisi, la Corte lo ha richiamato al ruolo di socio fondatore del sistema convenzionale di tutela dei diritti»; p. 291). Bignami è magistrato amministrativo, attualmente assistente di studio alla Corte Costituzionale, ed autore anche di *Ordinamento nazionale e CEDU. Impressioni al sole che è sorto*, in *Istanze costituzionali e sovranazionali nel diritto tributario*, a cura di F. Buffa, Viclavi (FR), Key, 2016.

(4) In queste pagine si ometterà completamente il “caso Contrada”, per alcuni versi parallelo al “caso Taricco”, che ha investito la Corte EDU di Strasburgo. Il tema potrebbe essere configurato sul dubbio che il “concorso esterno” sia di origine giurisprudenziale (dunque frutto del lavoro interpretativo/creativo del giudice) o meno (deriverebbe in questa seconda ipotesi da una lettura complessiva delle norme codicistiche), con evidenti riflessi sul tema della legalità penale, della riserva di legge, della determinatezza. La Corte di Strasburgo in realtà ha dato per scontato che il “concorso esterno” sia di origine giurisprudenziale e convenzionalmente compatibile, ma ha ritenuto che al momento dei fatti contestati a Contrada il precetto fosse ancora confuso e non conoscibile.

(5) Grande sezione 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A.S. e M. B. (l’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all’inflazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». Insomma, prevalgono i principi di determinatezza e irretroattività, che poi - come osserva la Consulta nella 115, sono principi propri anche del diritto convenzionale e dello stesso sistema eurounitario.

(6) Per altro questa pronuncia è stata letta come volta «a mettere in evidenza i profili di separazione tra gli ordinamenti, a tutto discapito di quelli d’inte-

grazione»; A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte Cost. n. 80 del 2011)*, in “Forum di Quaderni costituzionali”, 23 marzo 2011, http://www.forum-costituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf; sulle tradizioni costituzionali comuni: Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 383 e ss. Cfr. A. Celotto, *Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri come limite alla prevalenza del diritto comunitario*, in “Giustizia Amministrativa”, 4/2005, pp. 898-900; G. M. Salerno, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale* in «Il Filangieri: rivista trimestrale di scienza della legislazione e di diritto pubblico», 1/2014, pp. 103-124, S. Gambino, *Identità costituzionali e “primauté” eurounitaria*, in «Quaderni costituzionali», 3/2012, pp. 533-561. (7) «Fermi restando i principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (...). Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex art. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali (...). In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio la Corte Costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11; U 1836/11-13)». Tutto ciò sotto la presidenza di Paolo Grossi, e per il lavoro di redazione di Marta Cartabia.

(8) A. Ruggeri, *“Tradizioni costituzionali comuni” e “contro limiti”, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2003, p. 103.

(9) Ivi., pp. 106 e 113.

(10) O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l’incidenza della “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata dalla Corte dell’Unione*, in «Consulta online», 2015/I, pp. 249 - 251.

(11) M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in «Rivista AIC», 3/2017, https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2017_Cartabia.pdf, p. 14.

(12) A. Ruggeri, *Taricco, amaro finale di partita*, in «Consulta online», 2018/III, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri78.pdf>, p. 495.

(13) Ivi, p. 489.

(14) M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale N. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in «Diritto penale contemporaneo», 11 luglio 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8210-donini2018b.pdf>, p. 19 e *passim*.

(15) Ruggeri, *“Tradizioni costituzionali comuni”*, cit., p. 111.

(16) «Le “tradizioni costituzionali nazionali” sono [...] dei “materiali” estremamente composti nella loro interna struttura e natura, connotati [...] da un forte dinamismo interno e dalla tensione verso la ricerca di forme varie di equilibrio: tra norme dell’uno (costituzionale) ovvero dell’altro (sub costituzionale) livello della scala gerarchica e dell’una o dell’altra specie (a seconda che esprimano e soddisfino l’esigenza di auto- o etero-regolazione e, ancora, tra formazione e giurisprudenza (o “applicazione” in genere)). Ivi, p. 113.

(17) O. W. Holmes Jr., *The paths of the Law*, in «Harvard Law Review», 10 (1897), pp. 460-461.

(18) Cass. Sez. Un. 15144/2011; cfr. ordinanza Cass. 29506/2018. Nell’ambito della cultura giuridica togata, anche qui in favore della *law in action* (e del “diritto vivente”) contro la *law in books*, A. Balsamo, *Efficacia nel tempo della svolta giurisprudenziale*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cardo, Roma, Dike, 2017, pp. 275 - 308.

(19) Avendo scelto in questo saggio di seguire in particolare le linee della cultura giuridica togata, si rinvia in generale ai nove paragrafi dell’ampia *Premessa* (uno dei quali dedicato a *La forma “debole” della regola dello “stare decisis”*), del monumentale G. Amoroso, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, Giuffrè, 2019². L’autore, già magistrato della Corte di Cassazione e

direttore del Massimario, è attualmente giudice costituzionale. Cfr. Id., *Maschine della Cassazione e principi del diritto vivente*, in *I processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 147 - 160; ampia la trattazione sul tema nel capitolo dedicato a *Nomofilachia e diritto vivente* da Luigi Rovelli (già primo Presidente aggiunto alla Corte di Cassazione), Ivi, pp. 3 - 59, con ampia parte storica.

(20) G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in «Diritto penale contemporaneo», 29 gennaio 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5829-verso-il-sistema-del-precedente-sezioni-unite-e-principio-di-diritto>, p. 3; l'articolo è anche in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative. Commentario alla legge 23 giugno 2017 n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018 n. 11*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 115 - 140. In precedenza Id., *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 133 - 142.

(21) Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., p. 16.

(22) Ivi, p. 13.

(23) Ivi, p. 15.

(24) *Ibidem*. E ancora: «Deve darsi atto al legislatore del 2017 di essere riuscito a realizzare alcune delle riforme di cui da tempo si discuteva e sulle quali si era raggiunta una condivisione da parte di tutti gli operatori del diritto»; Ivi, p. 18.

(25) E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., p. 33 - 35.

(26) Ivi, p. 41. Significativamente, in appoggio a questa visione Lupo richiama - sempre in ambito di cultura giuridica togata - G. Santacroce, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, disponibile in http://www.cortedicassazione.it/corte-dicassazione/it/det_inaug_anno_giud_doc.page?contentId=IAG17166 e G. Lattanzi, *La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sopranazionali*, in «Cassazione penale», 2012, p. 3243. Visioni diverse vengono da un altro ex-magistrato, ma poi accademico, come D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2015, p. 29, dove si parla della giurisprudenza come «possibile deformante della legalità». D'altronde lo stesso Lupo sottolinea: «Una rilevanza ancor maggiore alla giurisprudenza della Cassazione è attribuita dalla proposta [di A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 2014²] di introdurre nell'ordinamento un vincolo giuridico nei confronti dei giudici di merito alle sentenze della Cassazione, sia pure limitatamente a quelle delle Sezioni unite. È una proposta che mi sembra, da un lato, non necessaria e, dall'altro, pericolosa»; Ivi, p. 48. Tra l'ampia letteratura scientifica disponibile, si sceglie F. Palazzo, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4/2013, pp. 143 - 173, anche su www.rivistaitalianaperlescienzejuridiche.it e Id., *Legalità fra law in books e law in action*, nel medesimo *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 63 - 76; più risalente, ma di ampio impianto, Id., *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio fondamentale*, in «Quaderni fiorentini», 36 (2007) - *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Tomo II, pp. 1279 - 1329.

(27) G. Leo, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in «Questione giustizia», 2016/4, pp. 161 - 163. Per altro si fotografava un quadro antecedente a recenti e significative evoluzioni della stessa giurisprudenza costituzionale sui limiti del sindacato di legittimità in materia penale (dunque nel senso indicato da Leo).

(28) G. Canzio, *La riforma del giudizio civile di Cassazione. Una introduzione*, in «Diritto penale contemporaneo», 6 marzo 2017, https://archiviopdc.diritto-penaleuomo.org/upload/CANZIO_2017b.pdf.

(29) G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in «Diritto penale contemporaneo», 6 febbraio 2017, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/CANZIO_2017a.pdf; l'articolo è anche in «Diritto pubblico», 1/2017, pp. 21 - 28. Canzio omette P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, in quanto non ancora edito, ma ovviamente riepilogativo e conclusivo sul tema.

(30) Canzio, *Nomofilachia*, cit., p.2. Certo, nella norma del '41 si riconosce «il razionalismo formale di stampo weberiano», la calcolabilità del diritto, il paradigma della fattispecie (ormai notoriamente «in crisi»), il giudice automa, in realtà secondo un modello di ascendenza illuminista (Montesquieu, Beccaria, ecc.), tutte categorie ritenute «irrealistiche». E qui si citano, sulla crisi della fattispecie: N. Irti, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in «Rivista di diritto civile», 5/2014, pp. 987 - 991; Id., *Un diritto incalcolabile*, in «Rivista

di diritto civile», 1/2015, pp. 11 - 22; Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in «Rivista di diritto processuale», 4-5/2016, pp. 917-925. Significativamente su questi temi si era soffermato Natalino Irti proprio in occasione del convegno annuale della Società italiana di Storia del diritto svoltosi a Roma il 14 - 15 novembre 2013 sul tema *Casistica e sistema nel sistema giuridico europeo*, cfr. Id., *La crisi della fattispecie*, «Rivista di diritto processuale», 1/2014, pp. 36-44. Quanto invece alla calcolabilità, un quadro complessivo, anche storico, in M. De Felice, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 37 - 57.

(31) Oltre a Canzio su questo giudizio si assesta anche Fidelbo, che per la modifica del 618 CPP parla di un «sistema basato su un modello soft di precedente a vincolatività relativa»; Fidelbo, *Verso il sistema del precedente?*, cit., p. 18.

(32) H. J. Berman, *Diritto e rivoluzione. II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, a cura di D. Quagliani, Bologna, il Mulino, 2010 (*Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reforms on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) - London, Harvard U.P., 2003), pp. 493-494.

(33) G. Alpa, *La regola del precedente e i suoi «falsi amici»*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., pp. 129 - 142.

(34) T. E. Epidendio, *I rapporti fra Corte costituzionale e Cassazione in tema di legalità*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 237 - 238; il punto di osservazione di Epidendio è particolarmente interessante, trattandosi di un magistrato già assistente di Studio alla Corte costituzionale, e attualmente Sostituto al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

(35) R. Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., p. 89 - 104; l'autore è stato primo presidente aggiunto della Corte di Cassazione. Cfr. A. Di Porto, *I «nuovi sacerdoti» della «giurisprudenza della corte»*, Ivi, pp. 171 - 180. In precedenza, di Rordorf, *Nomofilachia e diritto vivente nell'esercizio della giurisdizione*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di D. Didone, Milano, Giuffrè, 2014.

(36) R. C. Van Caenegem, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. Ascheri, Milano, Giuffrè, 1991, p. 113; il volume è la traduzione di *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History*, Cambridge, Cambridge U.P., 1987.

(37) H. Kelsen, *Giurisdizione e amministrazione*, in Id., *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 128 - 129; il saggio (pp. 121 - 156) è la traduzione di *Justiz und Verwaltung*, in «Zeitschrift für soziales Recht», I (1929), pp. 1 - 25.

(38) A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in «Rassegna forense», 3-4/2014, pp. 649 - 650.

(39) R. Garofoli, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in «federalismi.it», 20/2019, p. 4.

(40) Canzio cita M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», LV (2001), n.1, pp. 11-31.

(41) È interessante come in sostanza Grossi applichi questa categoria, e le esigenze «inventive», anche alla normativa costituzionale, senza però omettere una critica (che chi scrive condivide pienamente, e forse in modo ancor più netto) al concetto di *costituzione materiale*: «Dunque una dimensione costituzionale complessa. Se mi è permesso l'immagine, a due strati; e mi sentirei anch'io di parlare di un testo quale superficie affiorante di una sorta di continente sommerso, che si presenta alla nostra percezione quale latente ma viva e determinante *costituzione materiale*. Se non lo faccio è per evitare rischiosi equivoci, avendo quest'ultimo sintagma ricevuto da un prestigioso costituzionalista, Costantino Mortati, un contenuto (tutto sommato) anchilosante nella sua riduzione alle forze politiche dominanti. Sono, infatti, convintissimo che si tratta di un ampio anche se non indefinito stato valoriale dove, al di là di un aspetto politico, conta quello etico e sociale»; P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, p. 119.

(42) E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di Cassazione e stare decisis*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, Giuffrè, pp. 167 - 200 [prima in «Giustizia civile», 2015, pp. 685 ss.]. e Id., *Il diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario*, in «Giustizia civile», 2017/2, pp. 277 - 299. L'autore fronteggia l'art. 101 Cost, con l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (che pone la Corte suprema quale garanzia di «uniforme interpretazione della legge» e di «unità del diritto nazionale»). Il profilo della Cassazione come «corte regolatrice» si definirebbe in base all'art. 374/3 CPC (la sezione semplice che non condivide un principio sancito dalle sezioni unite, rimette

ad esse la definizione del ricorso), l'art. 360 bis (inammissibilità del ricorso se il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto conformemente alla Giurisprudenza della Corte di Cassazione) e l'art. 363 sul principio di diritto nell'interesse della legge; Id., *Il diritto che non viene dal sovrano*, cit., p. 282.

(43) «Il fenomeno della formazione del “precedente” riveste (...) un importante rilievo per il valore della certezza del diritto nei moderni sistemi giuridici, essendosi fra l'altro attenuata la tradizionale divaricazione della regola “*stare decisis*” negli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law*»; G. Canzio, *Intervento di Giovanni Canzio primo presidente della Corte di Cassazione*, in *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015 - Roma 28 gennaio 2016*, s. I. [Roma], Gangemi ed., p. 23.

(44) «Il giudice orienta la propria attività ermeneutica sulla base del perseguimento della forma ideale di bilanciamento che, stante il fatto empirico del concorso di principi e caso, dobbiamo presumere esistente, sia pure *sub specie* di puro ideale. L'interpretazione diventa così il percorso di “ascesi” del giudice verso la norma ideale»; Scoditti, *Il diritto che non viene dal sovrano*, cit., p. 295.

(45) Si afferma sì che «la giurisdizione è sempre dichiarativa, e non costitutiva, del diritto», ma allo stesso tempo che «costituisce però precedente vincolante perché il diritto che dichiara corrisponde ad una norma senza disposizione»; Ivi, p. 298.

(46) *Ibidem*.

(47) «Il principio dello *stare decisis*, nei termini che abbiamo indicato, non trova ostacolo nell'art. 101 della Costituzione. Se ciò che vincola in senso tecnico non è la sentenza ma la norma (concreta) che si manifesta, dobbiamo concludere che il fondamento dell'efficacia vincolante del precedente giudiziario è proprio la soggezione del giudice al diritto»; *Ibid.*, p. 200. Questo particolarmente in campo contrattuale: «Il sindacato sul contratto alla luce dei principi costituzionali rinvia alla formazione di un diritto casistico nel quale il punto di appoggio del giudice è la catena dei precedenti al cui sviluppo anch'egli è chiamato a contribuire attivamente. La risoluzione della controversia mediante il bilanciamento dei principi costituzionali, e senza passare attraverso l'interposizione della legge, comporta il carattere vincolante del precedente giudiziario»; E. Scoditti, *Il sindacato del giudice attraverso i principi costituzionali*, in «Giustizia civile», 2018/1, p. 225.

(48) G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in «Criminalia», 2011, p. 97.

(49) Epidendio, *I rapporti fra Corte costituzionale e Cassazione*, cit., p. 230

(50) Ivi, p. 228

(51) «Il giudizio di legittimità costituzionale comporta anche il potere della Corte costituzionale di interpretare l'enunciato normativo censurato, da qui l'accesso contrasto con la correlativa competenza interpretativa della Corte di Cassazione (e, invero, dei giudici comuni in generale) negli anni '60 e l'esigenza di trovare formule di mediazione e composizione delle due competenze interpretative. Il punto di mediazione fu trovato attraverso l'uso del sintagma “diritto vivente”; si è infatti ritenuto che la libertà interpretativa della Corte costituzionale trovi un limite quando si è formato un “diritto vivente”, considerato espressivo della norma che il giudice delle leggi deve assumere come oggetto delle proprie valutazioni. In particolare con la sentenza n. 276 del 1974 la Corte costituzionale ha ammesso una questione di legittimità costituzionale sul “diritto vivente”, inteso come «il “sistema giurisprudenziale” formatosi nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge», fornendone così una prima definizione»; Ivi, p. 234.

(52) Ivi, p. 235.

(53) *Supra*, nt. 26. In dottrina, ad esempio, G. Cocco, *Verso una Cassazione supreme court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2/2016, pp. 382 - 398.

(54) L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione giustizia», 2016/4, p. 24.

(55) M. Vogliotti, *Legalità*, *Enciclopedia del diritto - Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 401 ss.; dello stesso autore si veda anche *La fine del “grande stile” e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di V. Barsotti, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, pp. 95-171 (in particolare pp. 95-118).

(56) «Con il ritorno del sapere giuridico nell'ambito della ragion pratica e in seguito alla costituzionalizzazione del fine di esso (*l'eupraxia*), fa la sua ricomparsa, nell'esperienza giuridica contemporanea, la figura ibrida del *princeps iudex*, titolare di funzioni sia legislative sia giurisdizionali. La sua opera - la legge - per essere pienamente valida, deve risultare come la *lex* medievale

aequitatis interpres. La legge cioè, per effetto del recupero della seconda dimensione del diritto, non può più essere concepita, come avveniva nel moderno monismo positivista, come mero “ordine della volontà”, come comando al cui cospetto l'interprete doveva sempre e comunque piegarsi, se formulato rispettando le dovute forme e procedure. Essa torna ad essere «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*» (...). In caso contrario, non sarà più l'interprete a doversi piegare di fronte alla durezza della sostanza legislativa (*dura lex sed lex*) ma dovrà essere questa a doversi conformare, sotto la pressione dell'interpretazione adeguatrice alle *rationes* del diritto *ex parte societatis*; *Ibidem*, pp. 400 - 401. Tutto ciò condurrebbe «da una legalità corrispondentista, esecutiva e ipotattica a una nuova legalità teleologica, progettuale e paratattica, che, in seguito al recupero della seconda dimensione del diritto in virtù della riscoperta della natura pratica del sapere giuridico, ricuce la “spaccatura tra legalità e legittimità”, riconquistando quel volto luminoso di cui la cultura giuridica moderna si era compiaciuta senza però riuscire - per i caratteri stessi del nuovo paradigma - a predisporre un'adeguata tutela giuridica»; Vogliotti, *Legalità*, cit., p. 424.

(57) F. Marci *Decisionum aurearum in sacro Delphinatus senatu* (...) *pars prima*, Lugduni, apud haeredes I. Iuntae, 1560, dec. XIII, cc. 3v - 4r. *Le decisiones* di Marc, dopo la prima del 1531-32, ebbero una decina di edizioni, fino alla seconda metà del '600.

(58) P. Calamandrei, *La Cassazione civile. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*, Milano - Torino - Roma, Bocca, 1920, pp. 22 ss. Su quella scia, anche di consapevolezza storica, si colloca in definitiva il recente contributo di L. Passanante, *Il precedente impossibile, Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018; in prospettiva storico-teorica si veda M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44 (2015)/I, pp. 67 - 101, dove il percorso argomentativo passa anche attraverso scelte definitorie peculiari, ma piuttosto convincenti: il “creazionismo giuridico” sarebbe la visione del diritto come prodotto istantaneo del legislatore, mentre la visione “evoluzionistica” sarebbe quella legata alla “dottrina del precedente giudiziale”. Sul fronte più propriamente storico, M. Meccarelli, *Le corti di cassazione nell'Italia unita: profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata, 1865 - 1923*, Milano, Giuffrè, 2005; da ultimo A. Panzarola, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, in *I processi civili in Cassazione*, cit., pp. 61 - 146.

(59) Legge 27 novembre - 1 dicembre 1790. Utile la recente ricostruzione di C. Punzi, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto*, «Historia et Ius», 1/2012, paper 4.

(60) Celebre al riguardo l'intervento in assemblea di Maximilien Robespierre: «Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien Régime, ne signifie plus rien; il doit être ignoré de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence».

(61) M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1/marzo 2016, pp. 7 - 20.

(62) Interessante porre a confronto su Gardone, da ultimi, un contributo della scienza storiografica come A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 312 - 314, ed uno della cultura giuridica togata come E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018, pp. 69 ss. Si può molto utilmente aggiungere il contributo recentissimo di un grande storico delle istituzioni, ma sul sito web di una rivista importante di magistrati: G. Melis, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, http://www.questionegiustizia.it/articolo/le-correnti-nella-magistratura-origini-ragioni-ideali-degenerazioni_10-01-2020.php; per altro proprio l'ultimo numero di «Questione giustizia», 3/2019, è dedicato monograficamente a *Magistrati oltre la crisi?* Su Gardone, tra gli autori qui ampiamente richiamati, anche Vogliotti, *Legalità*, cit., p. 424. Per un quadro scientifico aggiornato, anche numerico, dell'amministrazione della giustizia in Italia e della sua organizzazione, D. Piana, *Uguale per tutti? Giustizia e cittadini in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016 e N. Dalai - S. Rolando, *Magistrati e cittadini. Indagine su identità, ruolo e immagine sociale dei magistrati italiani*, Scuola Superiore della Magistratura / F. Angeli, 2016. Per molti giudici il “libro nero” della magistratura italiana (ma contiene non pochi dati, informazioni e riflessioni assai utili, anche se non è sempre condivisibile nelle conclusioni): L. Violante, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009 (sul periodo a cavallo tra Gardone e i dieci anni successivi, pp. 42 - 50); l'autore compendia, come noto, varie

identità, essendo stato magistrato, ordinario di procedura penale, parlamentare, e finanche storico, avendo curato nella *Storia d'Italia* Einaudi il volume su *La criminalità* (1997). Infine un inquadramento complessivo imprescindibile è G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, il cui autore, maestro costituzionalista, è stato anche componente del CSM, componente e poi presidente della Corte Costituzionale, infine presidente della Scuola Superiore della Magistratura.

(63) Ricche e illuminanti le pagine di M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto - Annali IX*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 391-476.

(64) Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., pp. 17 - 20.

(65) Ivi, pp. 18 - 19.

(66) Ivi, p. 19. Utile, ma più sul fronte dell'elaborazione dei concetti che non su quello storico, G. Bisogni, *Un profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLI (2011), 1, pp. 52 - 62 (l'intero saggio pp. 35 - 62).

(67) R. Ferrante, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in «Ragion pratica», 41 (dicembre 2013), pp. 319 - 332.

(68) Il riferimento è alla filmografia di base di G.A. Romero, a partire da *La notte dei morti viventi* uscito nel fatidico 1968 e ben leggibile in chiave metaforica.

(69) Ad esempio: «(...) l'ordine giuridico europeo nasce pluralistico. Come l'ordine giuridico medievale, vive nelle "relazioni" tra *ius commune* (il diritto europeo) e *iura propria* (il diritto degli stati membri) e porta con sé, *ab origine*, il principio del limite (il potere essendo frammentato in una pluralità di soggetti, interni ed esterni all'Unione, è "relativo", cioè vincolato dalla rete di relazioni che lo avvolge); Vogliotti, *Legalità*, cit., p. 411. Ora, i due termini, *ius commune* e *iura propria*, come noto, non sono medievali ma compaiono nella *lex Omnes populi*, tratta da Gaio e presente in D. 1.1.9; già i medievali li usavano in un senso sganciato dal significato che avevano nel diritto antico e in un contesto geo-politico totalmente diverso. Travasarli adesso sul diritto dell'Unione europea, come vero e proprio calco, non è francamente utile.

(70) G. P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, Wolter Kluwer/CEDAM, 2018.

(71) Cartabia, *Convergenze e divergenze*, cit., p. 5. «Pertanto i diritti protetti dalla Carta si pongono nel solco della tradizione del costituzionalismo moderno cui appartengono anche gli stati membri dell'Unione: di qui un'eredità costituzionale condivisa che spiega perché la lista dei diritti inclusi nella Carta ripeta in larga misura quelli enumerati nelle costituzioni nazionali dei paesi europei e nei principali strumenti internazionali. (...) Si avverte, dunque, sempre più stringente l'esigenza di approfondire il concetto di «tradizioni costituzionali comuni», in tutte le sue articolazioni»; Ivi, p. 6.

(72) Per altro proprio nel recente Congresso nazionale di ANM svoltosi a Genova (29 novembre - 1 dicembre 2019), la tavola rotonda su *La separazione dei poteri e l'ordinamento giudiziario*, introdotta da Roberto Romboli, ha visto la partecipazione di Bogdan J drys, giudice penale della Corte regionale di Cracovia.

(73) «The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective»; J. H. Merryman, *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford U.P. (CA), 1985² p.2.

(74) Emblematico che nel più recente numero di «Questione giustizia» uno dei due temi monografici sia dedicato a *Le cliniche legali*, con le quali «ci troviamo di fronte, in definitiva, a un approccio di tipo realista che, senza pretermettere l'aspetto del diritto come "law in books", assume, quale orizzonte epistemologico dell'universo giuridico, quello del diritto come "law in action"»; L. Minniti - S. Spina, *Introduzione, Le cliniche legali nelle università e negli uffici giudiziari. Realtà e prospettive*, in Ivi, pp. 75. In precedenza Vogliotti, *La fine del "grande stile"*, cit., pp. 151-171.

(75) Cartabia, *Convergenze e divergenze*, p. 16 - 17.

(76) Nella prospettiva della filosofia del diritto, prospettiva secondo cui in

queste pagine non ci si è posti, un quadro di sintesi sia ha nel capitolo conclusivo (*Una teoria del diritto europeo*) di M. Barberis, *Europa del diritto*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 281-310,

(77) R. Dworkin, *Questioni di principio*, Milano, Mondadori, 1990 (*A Matter of Principle*, Harvard, U. P., 1985); la seconda parte è intitolata *Legge e interpretazione*. Id., *L'impero del diritto*, Milano, il Saggiatore, 1989 (*Law's empire*, Harvard, U. P., 1986). J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2009 (*A Theory of Justice*, Harvard, U. P., 1971 - 1999); i punti fondamentali della teoria della giustizia di Rawls sono esposti nei §§ 1-4 del primo capitolo, *Giustizia come equità*, e poi in genere in tutta la parte prima del libro, *Teoria*. Utile, per la lettura di Rawls, M. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, Feltrinelli, 2012 (*Justice. What's the right things to do?*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2009) pp. 160-187. In Italia, innanzi tutto, F. Viola - G. Zaccaria, *Il diritto come interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laerza, 1999. Qui va infine solo accennato ad un altro problema in campo e cioè se l'espansione della discrezionalità giudiziaria passi attraverso il "bilanciamento" tra diritti e principi; la letteratura filosofico-giuridica e costituzionalistica sul punto è molto ampia; qui citiamo unicamente, anche perché recente e sempre proveniente dalla cultura giuridica togata della Cassazione, G. Bronzini, *Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare?*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clauseole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 147-160

(78) Epidendio, *I rapporti tra Corte costituzionale e Cassazione*, cit., p. 246-247; su questo autore si è già detto *supra*. Meno apocalittico circa la "cultura del precedente", proponendo però una "ecologia della giurisdizione", stimolando «una dimensione maggiormente dialogica dello *ius dicere*, calata nella "comunità degli interpreti" dove il "diritto vivente" nasce ed è destinato ad essere recepito»: V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in «Diritto penale contemporaneo», 17/1/2018, <https://www.penalcontemporaneo.it/upload/7144-manes2018a.pdf>, p. 32. Un'analisi in chiave storica nelle pagine di sintesi P. Costa, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incrociati"?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40 (2011), t.I, pp. 1 - 17; il volume monografico è dedicato a *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*.

(79) E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clauseole generali*, in «Questione giustizia», 4 dicembre 2019, <http://www.questionegiustizia.it/articolo/ripensare-la-fattispecie-nel-tempo-delle-clauseole-general-04-12-2019.php>, pp. 3-4.

(80) Questo testo compare per la prima volta in G. Tarello, *Le ideologie della codificazione. Dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica. Dispensa I^a*, anno accademico 1968-1969, Genova, CLU; fu poi riproposto nelle successive e via via accresciute edizioni fino al volume del 1976, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, e posto in *Introduzione* al primo capitolo. Immediatamente prima Tarello aveva pubblicato *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, Comunità, 1967. Una decina di anni dopo ritornò su questi temi in dialogo con Mario Bessone, e in particolare con riferimento alla magistratura e al suo ruolo nell'opera di "mutamento giuridico" (intendendo anche politico-istituzionale). Esprimeva al riguardo un sostanziale sfavore, e per quattro motivi. Il giudice è "adatto" a decidere su «problemi che gli si presentano come predeterminati da regole giuridiche»; «i giudici sono tanti, e ciascuno con la sua testa» quando invece «l'organizzazione giuridica è buona non solo se è sostanzialmente tale, ma anche se è uniforme»; i giudici agiscono in base a pretese portate alla loro attenzione mentre il diritto si sviluppa «anche costituendo e aggregando interessi nuovi»; nella recente (in allora) esperienza italiana il modo in cui i giudici hanno esercitato il loro "potere" (cioè contribuito alla evoluzione della "organizzazione giuridica") non è suscettibile di un giudizio positivo. Nel frattempo Tarello si era iscritto al Partito Repubblicano. *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, a cura di M. Bessone, Bologna, Zanichelli, 1978, pp. 9 - 13..

Ambulatoria est... ovvero la revoca (della revoca) del testamento.

Marco Tiby

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. La revocabilità delle disposizioni testamentarie. - 2. La revoca come atto negoziale. - 2.1. La revoca espressa. - 2.2. La revoca tacita (testamento posteriore e distruzione dell'olografo). - 3. La revoca della revoca. - 3.1. La revoca tacita di revoca espressa.

1. La revocabilità delle disposizioni testamentarie.

Il testamento è l'atto *revocabile* con cui taluno dispone delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere (1). È un tipico negozio unilaterale (essendo espressione della sola volontà del testatore), non ricettizio (non dovendo essere portato a conoscenza di persone determinate, né avendo bisogno della adesione di alcuno), strettamente personale (2), solenne (essendo richiesta una forma determinata *ad substantiam*), per lo più patrimoniale (3).

Uno dei principi cardine della materia è quello della revocabilità delle disposizioni testamentarie (4) codificato all'art. 679 c.c. il quale dispone che: *Non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie; ogni clausola o condizione contraria non ha effetto.*

Da qui si ricava che il principio della revocabilità o modificabilità delle disposizioni testamentarie racchiuso nella nota formula *Ambulatoria est voluntas testantis usque ad vitae supremum exitum* è inderogabile. Questo perché la libertà di ognuno di disporre delle proprie sostanze per l'epoca posteriore alla morte viene ritenuta una tipica manifestazione della autodeterminazione umana e va quindi garantita senza eccezioni di sorta. Essa viene protetta nell'interesse generale tanto che, come visto, neppure il titolare se ne può privare. La medesima libertà del testatore viene altresì garantita dal divieto dei patti successori (art. 458 c.c.) e della donazione *mortis causa* (cioè quella donazione in cui l'evento morte funziona come causa dell'attribuzione patrimoniale: "visto che devo morire, ti dono il mio appartamento") (5).

2. La revoca come atto negoziale.

La revoca (6) è un atto con il quale il testatore priva di efficacia (in tutto o in parte) un suo precedente testamento. Pur rivestendo i caratteri del testamento (personalità, unilateralità e formalità) essa non è un testamento perché non attribuisce dei diritti limitandosi a determinare l'inefficacia di precedenti disposizioni testamentarie... È comunque un atto negoziale (7). Si discute se sia un atto *mortis causa* (al pari del testamento) oppure un atto *inter vivos*. Chi sostiene la prima tesi pone l'accento sul fatto che la revoca incide sul testamento (togliendogli appunto efficacia) e non sulla vita di relazione del soggetto che la pone in essere. Inoltre la sua efficacia impeditiva non sarebbe immediata potendosi verificare solo al momento della apertura della successione testamentaria (8).

2.1. La revoca espressa.

Si distingue tra revoca *espressa* e revoca *tacita*.

A mente dell'art. 680 c.c. la revoca espressa può essere fatta o con un nuovo testamento (pubblico, segreto od olografo) o con un atto ricevuto da notaio in presenza di due testimoni, in cui il testatore personalmente dichiara di revocare, in tutto o in parte, la disposizione anteriore (9). Quindi, nel primo

caso, la revoca deve rivestire le forme testamentarie. Nel secondo caso la formalità corrisponde a quella del testamento pubblico. Nella mente del Legislatore queste garanzie formali erano volte a proteggere il testatore dalle possibili pressioni di eventuali controinteressati alla successione testamentaria. Non dovendo necessariamente contenere disposizioni patrimoniali ed essendo un atto tutto sommato semplice ed immediato da attuare, la revoca è stata vista con sospetto. Le forme con le quali il codice ha inteso circondarla sarebbero quindi volte ad assicurarne la sua genuinità.

2.2. La revoca tacita (testamento posteriore e distruzione dell'olografo).

Il codice non usa l'espressione "revoca tacita". Si tratta di una categoria sorta per spiegare tutte quelle situazioni in cui vengono posti in essere atti incompatibili (in tutto o in parte) con disposizioni testamentarie anteriori (10).

Limitiamo l'esame ai due casi più importanti di revoca tacita. Il primo è quello del testamento posteriore, cioè di quel nuovo testamento che, pur non contenendo la volontà di revocare quello precedente, detta con esso disposizioni incompatibili (art. 682 c.c.). La giurisprudenza distingue tra incompatibilità oggettiva e incompatibilità intenzionale. La prima si ha quando risulta "materialmente impossibile dare contemporanea esecuzione" ai due testamenti, la seconda quando dalla lettura del testamento posteriore si evince la volontà di revoca di quello anteriore. (11)

Ogni volta che ad un testamento ne segue un altro si pone un problema di confronto che può condurre a mutare in parte, o caducare in tutto, quello anteriore. La ricerca della volontà del testatore muove da un esame di tutte le singole disposizioni e deve essere guidata dal *principio generale della conservazione delle disposizioni di ultima volontà*. Lo studio delle schede deve quindi essere condotto con particolare attenzione (12). Occorre, in altre parole, fare di tutto per salvare il salvabile. Il testatore potrebbe poi disporre in modo incompatibile con il primo testamento e nel contempo dichiarare di non volerlo revocare. In questo caso la revoca opera nei limiti necessari per la coesistenza delle due disposizioni: quindi se Tizio nomina prima A e poi, con un successivo testamento, nomina B dichiarando di non voler revocare il primo, deve intendersi che abbia voluto nominare due eredi. L'efficacia della revoca contenuta nel testamento posteriore non dipende "dalla sorte della delazione" (13) (683 c.c.): quindi se Tizio nomina prima A e poi nomina B dichiarando di revocare il primo testamento, la revoca avrà effetto anche nel caso di mancata accettazione dell'eredità da parte di B. L'articolo appena citato elenca alcuni casi di inefficacia (premorienza, incapacità, indegnità e, appunto, mancata accettazione), ma detta elencazione non è ritenuta tassativa (14). Va da sé che se il testatore era incapace al momento del secondo testamento, non si ha nessuna revoca per incompatibilità "difettando in tal caso una valida espressione della volontà testamentaria" che impedisce in radice il raffronto tra la vecchia volontà e le nuove disposizioni (15).

Il secondo caso (art. 684 c.c.) riguarda solo un tipo di testamento, il testamento olografo (quello scritto interamente a mano dal testatore, da lui sottoscritto e datato) che potrebbe essere *distretto, lacerato o cancellato in tutto o in parte*:

Immaginiamo che Tizio, sul letto di morte, strappi il suo testamento olografo in mille pezzi... oppure, avendone ancora la forza, si metta a tavolino e cominci a cancellarlo oppure a tracciare delle barre trasversali sulle pagine oppure ancora a scrivere sopra la parola "annullato"...

Qui la legge, prendendo in considerazione il normale significato che tali atti hanno nella comune esperienza, *presume* che il testatore abbia voluto revocare il testamento. Si parla quindi di revoca *presunta* (quale particolare ipotesi di revoca tacita) e, più in generale, di negozio presunto (16) o di comportamento concludente avente valore legale (17). Questa presunzione di revoca può essere ribaltata. Gli interessati sono infatti ammessi a provare che questi atti materiali sono stati posti in essere da un terzo (18) oppure che il testatore, nel compierli, non era sorretto dall'intenzione di revocare il proprio testamento (es. lacerazione avvenuta per errore o in momentaneo stato di incapacità d'intendere e di volere, distruzione della scheda sotto minaccia, ecc.). Fornita questa prova la presunzione viene superata e il testamento rimane efficace.

La distruzione viene considerata "un comportamento concludente avente valore legale in ordine alla riconducibilità" al testatore e al suo intento di revoca (19).

Sempre nell'ambito della dogmatica giuridica si è voluto spiegare il fenomeno facendo riferimento anche alla figura del *negozio di attuazione* cioè quel negozio in cui "la volontà non è dichiarata, ma solo espressa mediante *a t t u a z i o n e*" e si realizza "immediatamente" esaurendone "l'intento senza porre l'agente in relazione con altri soggetti" (20).

Casi particolari che fanno discutere sono quelli in cui Tizio, sempre e rigorosamente sul letto di morte, accartocci il foglio e lo lanci nel cestino facendo canestro... oppure distrugga uno soltanto degli originali (21).

Si ritiene che la presunzione di revoca operi anche nel caso in cui la scheda non venga più ritrovata. Potenzialmente, infatti, un testamento materialmente mancante è un testamento distrutto (22). Chi intenda ricostruirlo per testi, assumendone la perdita incolpevole per smarrimento o per distruzione (art. 2725 c.c.), "deve fornire la prova dell'esistenza del documento al momento della apertura della successione" (23).

3. La revoca della revoca.

L'articolo 681 c.c. stabilisce che: "*La revocazione totale o parziale di un testamento può essere a sua volta revocata sempre con le forme stabilite dall'articolo precedente. In tal caso rivivono le disposizioni revocate.*" (24)

L'articolo citato si limita a dire che la revocazione della revocazione deve seguire le forme stabilite dall'art. 680 c.c. (testamento o atto ricevuto da notaio) e che il suo effetto è quello di far rivivere le disposizioni revocate.

Per quanto il codice diffidasse della revoca, e diffidi tanto più della revoca della revoca, il confezionamento del nuovo atto non richiede particolari formule sacramentali, né la esplicitazione degli effetti, cioè la riviviscenza delle disposizioni revocate. L'importante è che siano usate espressioni dalle quali emerga chiaramente la volontà di revoca.

Volendo costruire un parallelo per immagini, possiamo pensare ad un fiume (le disposizioni testamentarie) sul quale si costruisce una diga (la revoca) e poi, in un secondo momento, la si demolisce (revoca della revoca). Il fiume torna a fluire, come all'inizio (di qui l'efficacia *ex tunc* della revoca della revoca: quella che conta, in altre parole, è la data in cui fu redatto il testamento e non quella della revoca della revoca).

3.1 La revoca tacita di revoca espressa.

L'art. 681 c.c., di per sé lineare, appare escludere la revoca tacita della revoca espressa. Sul finire degli anni cinquanta la giurisprudenza affrontò la questione se la lacerazione della scheda testamentaria contenente una revoca di un precedente

testamento potesse avere effetto revocatorio, risolvendola in modo negativo (25).

Ma le soluzioni interpretative di ultima generazione appaiono volte a forzare le maglie della rete normativa per liberare (quasi perdonare), ove possibile, il *de cuius* (e il suo pentimento del pentimento) andando alla ricerca della sua effettiva volontà tenendo conto della tipologia del testamento utilizzato. In questa ottica si colloca la recente sentenza n. 8031/2019 della Cassazione. (26)

Il caso può essere sintetizzato come segue: Tizio redige a distanza di qualche anno l'uno dall'altro due testamenti olografi. Successivamente li revoca con un terzo testamento olografo. Quando Tizio muore questo testamento viene ritrovato con una X tracciata a penna su tutto il foglio.

La questione è se questo segno grafico apposto sulla scheda testamentaria contenente la revoca dei testamenti precedenti faccia o meno rivivere le disposizioni originarie.

È chiaro infatti che siamo di fronte ad una revoca tacita (per cancellazione) di una revoca espressa (quella contenuta nel testamento cancellato).

Gli eredi legittimi (in ipotesi esclusi dai primi due testamenti) potrebbero sostenere che aver sbarrato con una X la scheda contenente la revoca tolga effetto solo al testamento, ma non anche alla revoca che conserva la sua efficacia. Infatti, l'art. 683 c.c. contenendo, come visto, un'elencazione non tassativa dei casi di inefficacia del testamento, potrebbe applicarsi anche in quello in cui il testatore ha reso inefficace il testamento contenente la revoca (27).

Questa tesi non è corretta in quanto le ipotesi codificate (premorienza, incapacità o indegnità dell'erede istituito, rinuncia) hanno tutte un elemento in comune: quello di sfuggire alla sfera del testatore. Non dipende infatti dal testatore, ad esempio, se l'erede diventa incapace oppure rinuncia all'eredità e quindi è giusto che la revoca rimanga in essere anche se il testamento non riesce a produrre effetti. L'elencazione potrà quindi essere ampliata solo in una direzione, quella cioè di ricomprendere al suo "interno" altre cause di inefficacia che siano però "esterne" al testatore, in sintonia con il principio che la volontà del testatore va preservata fin dove è possibile, escludendo la possibilità che eventi a lui non ricollegabili possano intaccarla.

L'altro argomento spendibile dai soggetti interessati a non far rivivere le disposizioni originarie è quello per cui la revoca di un testamento possa essere a sua volta revocata solo in modo espresso: o con un altro testamento oppure con la dichiarazione resa al notaio in omaggio a quanto previsto dagli artt. 680 e 681 c.c. e giammai con un comportamento concludente (quale, appunto, la cancellazione).

La Cassazione, innovando rispetto al datato precedente, lo ha superato confermando la sentenza di appello che aveva ritenuto di "*assumere la fattispecie*" nell'art. 684 c.c. anziché nell'art. 683 c.c., escluso per i motivi sopra indicati.

Ovviamente, per fare ciò, si è reso necessario replicare all'obiezione per la quale la revoca debba avere le forme indicate dall'art. 680 c.c. che non possono certo essere rispettate con la cancellazione, la lacerazione o la distruzione della scheda. La pronuncia sviluppa una serie di considerazioni volte a dimostrare che sarebbe assurdo non attribuire rilevanza alla volontà del testatore espressa con la cancellazione della scheda.

Il testamento olografo sbarrato/cancellato non è quindi un testamento inefficace, ma un testamento distrutto e se esso contiene a sua volta una revoca di un precedente testamento anche questa viene distrutta con la conseguenza che le dis-

posizioni contenute in quello originario rivivono automaticamente e con efficacia retroattiva così come previsto dall'art. 681 c.c.

Ora se questo negozio (di attuazione) (28) è certamente privo (in quanto revoca tacita) della forma richiesta dall'art. 681 c.c., è anche vero che il testamento contenente la revoca non esiste più come documento e quindi dovrebbe essere oggetto di ricostruzione: nel caso di cancellazione mediante l'apposizione di una X sul foglio ciò potrebbe non destare particolari difficoltà, mentre se la scheda fosse stata distrutta in mille pezzi ciò sarebbe impossibile. Quindi, poiché appare incongruente che da fattispecie tra loro equiparate (distruzione, lacerazione o cancellazione) seguano effetti diversi ed opposti, questa tesi non può dirsi ragionevole.

In sostanza viene evidenziata la specialità dell'art. 684 c.c. che riguarda una particolare tipologia di testamento, l'olografo, concludendo che l'art. 681 c.c., nella misura in cui impone un onere di forma, non trova applicazione nelle revoche di revoca avvenute per distruzione, lacerazione o cancellazione del testamento olografo (29).

Questa conclusione sarebbe favorita dalla stessa collocazione della disposizione, con l'interposizione degli artt. 682 e 683 e la vicinanza con l'art. 685 c.c. (Effetti del ritiro del testamento segreto). Del resto, solo per il testamento olografo viene prevista la possibilità di revoca tramite distruzione, lacerazione o cancellazione e non si vede perché questa "catena" debba arrestarsi se il testamento olografo revocato contenga a sua volta una revoca.

Le critiche alla sentenza (30) hanno evidenziato come il chiaro tenore letterale dell'art. 681 c.c. appaia di ostacolo ad una sua interpretazione estensiva, tenuto conto anche della necessità di sottoporre ad una più rigorosa disciplina la revoca della revoca stante la naturale diffidenza verso chi abbia "successivi ripensamenti in ordine alla sorte dei suoi beni" (31).

A modesto avviso di chi scrive, non si tratta tuttavia di interpretare la disposizione in modo stretto o largo, ma di individuare gli ambiti di applicazione di ciascuna disposizione, tenendo conto delle particolarità del caso concreto in rapporto alla tipologia di testamento.

L'ammissibilità della revoca tacita della precedente revoca espressa è stata affrontata poco dopo dalla stessa sezione relativamente ad un caso di incompatibilità tra testamenti (32). Con questa pronuncia è stato affermato come l'art. 681 c.c. non "preclude al testatore la possibilità di revocare tacitamente la precedente revocazione espressa, nei limiti in cui la revoca tacita sia desumibile dalla redazione di un successivo testamento le cui disposizioni siano incompatibili con quelle precedenti, ponendosi al più un problema di interpretazione in ordine alla volontà complessiva del testatore di far rivivere o meno le disposizioni già revocate".

Per arrivare a tale affermazione la motivazione contiene un lungo *excursus* della precedente giurisprudenza sulla revoca tacita della revoca espressa già in precedenza ammessa con la pronuncia n. 19915/12 (33) nei limiti in cui essa sia desumibile dal contenuto di un testamento posteriore recante disposizioni incompatibili con quello precedente, ponendosi così un problema di ricerca della effettiva volontà del testatore di far rivivere o meno le disposizioni già revocate (34).

Discostandosi da una parte della dottrina (35), la pronuncia dichiara tuttavia di aderire alla tesi per cui -fuori dalle ipotesi di revoca tacita sopra viste, cioè del testamento incompatibile- l'art. 681 c.c. non può essere letto nel senso di ricomprendervi anche le revoche disciplinate dall'art. 684 c.c. con la conseguenza che, in presenza di una revoca espressa, non

si possono far rivivere le disposizioni testamentarie revocate mediante la successiva distruzione, lacerazione o cancellazione della scheda contenente la revoca.

A questo punto lo scontro frontale con Cass. n. 8031/2019 (36) viene evitato sulla base di un raffronto delle fattispecie. In motivazione si legge infatti che il principio di tale precedente non ha rilevanza nel caso di specie stante l'assenza di prova in ordine alla distruzione/cancellazione/lacerazione dell'olografo da parte del testatore (manca cioè quella "conclusione comportamentale che implica a mente del più recente arresto la revoca della revoca") e che l'eventuale distruzione o cancellazione volontarie del secondo testamento erano state prospettate dalla ricorrente tramite una immutazione dei fatti di causa e comunque solo in maniera generica.

Insomma, anche la Cassazione, pur cercando di smorzare i toni, ha finito, almeno in parte, per revocare se stessa!

Note.

(1) Secondo le ultime statistiche, gli italiani che regolano la successione tramite testamento non superano il 15%, con una netta preferenza, quanto alla tipologia, per il testamento olografo, pari a circa il 78%. Sul punto, anche per i riferimenti ad altri paesi europei, cfr. <https://www.we-wealth.com/it/news/consulenza-patrimoniale/pianificazione-fiscale/testamento-solo-il-1226-degli-italiani-ne-fa-uno/>. Immagino che tali dati non ricomprendano gli olografi non pubblicati e neppure i testamenti contenenti solo disposizioni non patrimoniali. Significativa la maggior propensione a testare da parte del Sud, rispetto al Nord.

(2) Di qui il divieto della rappresentanza volontaria o legale, del testamento congiuntivo e reciproco, ecc. ma non di quello simultaneo che consta di due atti distinti anche se sullo stesso foglio.

(3) Il testamento resta tale anche quando il testatore non provveda a disporre dei propri beni, limitandosi, ad esempio, ad effettuare la riabilitazione di un indegno o designare un tutore (cfr. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, Utet, 2001, 1201). Una tipica disposizione di carattere non patrimoniale è il riconoscimento dei figli naturali, che ha effetto dal giorno della morte anche in caso di revoca (art. 256 c.c.). Ma le disposizioni di volontà non patrimoniali possono spaziare negli ambiti più disparati. Thomas Merton, ad esempio, aveva disposto che la pubblicazione dei suoi diari intimi non avvenisse prima che fossero trascorsi un certo numero di anni (25) dalla sua morte, avvenuta a Bangkok il 10 dicembre 1968. Cfr. *Diario Asiatico*, Garzanti, 1975, 12, ripubblicato da Gabrielli Editori nel 2015, centenario della nascita, a cura di Mario Zaninelli.

(4) Alla revocabilità il codice civile dedica la sezione V (*Della revocazione delle disposizioni testamentarie*), l'ultima del capo, V (*Dell'istituzione di erede e dei legati*) contenuta nel Titolo III (*Delle successioni testamentarie*) del Libro secondo (*Delle successioni*).

(5) Valida è invece la donazione sottoposta alla condizione di premorienza del donante: "ti dono il mio appartamento a condizione che io muoia prima di te" in quanto qui la condizione retroagisce al momento della conclusione della donazione con la conseguenza che l'attribuzione patrimoniale dipende da un atto *inter vivos* e non *mortis causa*.

(6) Uso, per semplicità, la parola *revoca* mentre il codice parla di *revocazione*, dal participio passato di revocare, sottolineando la valenza specifica di atto di impugnazione della precedente manifestazione di volontà, così come fa, del resto, in tema di donazioni (art. 800 c.c.). Il sostantivo *revocazione* appare inoltre più coerente con la materia visto che il prefisso *re-* (che esprime un movimento all'indietro, con ritorno allo stato precedente) viene anteposto alla parola *vocazione* che, a sua volta, ha a che vedere con il chiamato (art. 460 c.c.) e, quindi, con la chiamata... Sulla vocazione ereditaria mi permetto di rinviare all'articolo *La vocazione... ereditaria*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 39.

(7) Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 211, che distingue la revoca come "negozio contrario" dalla revoca dell'atto prenegoziale (revoca della proposta) che impedisce la formazione del negozio stesso.

(8) Cfr. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 1992, 489, per il quale il carattere *mortis causa* della revoca discenderebbe dalla possibilità di essere

a sua volta revocata. Di qui l'applicazione alla revoca delle regole dettate in materia di testamento e non di atti *inter vivos* (vizi della volontà, rilevanza dei motivi, capacità).

(9) Cfr. Cass. 09.10.2013, n. 22983, con nota di Fazio, *Clausole di stile e disposizioni testamentarie*, in *Fam. e dir.*, 2014, 8-9, 789, che ha ritenuto idonea a provocare la revoca (e non mera clausola di stile) l'espressione "revoco ogni mia precedente disposizione testamentaria" contenuta nel nuovo testamento.

(10) Secondo Gazzoni, *op. cit.*, 490, per i casi che seguono, non è corretto parlare di *revoca tacita* in contrapposizione alla *revoca espressa*, ma di ipotesi di revoca derivanti da "comportamenti concludenti tipizzati".

(11) Cfr. Cass. 11.05.2017, n. 11587, dove era stata ravvisata una incompatibilità intenzionale tra il primo testamento, con il quale Tizio veniva nominato erede universale di un patrimonio mobiliare e immobiliare poi disgregato, con un secondo testamento mediante il quale i singoli beni venivano attribuiti a specifici destinatari.

(12) Cfr. Cass. 23.03.2019, n. 8030, Cass. 22.03.2012, n. 4617, per le quali si può ravvisare una revoca implicita dell'intero testamento precedente solo qualora non sia configurabile la sua sopravvivenza a seguito delle mutilazioni derivanti dalla incompatibilità.

(13) Bianca, *Diritto civile*, Giuffrè, 2005, 2, 824, anche per l'esempio poco prima citato.

(14) Cass. S.U. 1.07.1993, n. 7186. Sul punto torneremo più avanti esaminando la revoca della revoca mediante cancellazione del testamento olografo. Qui mi permetto di aprire una parentesi di carattere grammaticale. L'art. 683 c.c. termina così: "... o è incapace o indegno, ovvero ha rinunciato all'eredità o al legato". Il codice usa la congiunzione "ovvero" per dire *oppure*, con significato "disgiuntivo". *Ovvero* ha però anche il significato "esplicativo" di: *vale a dire, cioè, ossia...* che è quello prevalente nel linguaggio comune. Ma mentre nel codice il significato disgiuntivo non dà adito a fraintendimenti sia perché, generalmente, "ovvero" viene utilizzato al termine di elencazioni per non ripetere la "o" (v. ad esempio, oltre all'articolo citato e per non andare troppo lontani, gli artt. 668 e 669 c.c.), per separare gruppi di fattispecie (cfr. art. 1341 secondo comma c.c.) e comunque per contrapporre fatti o atti che non possono essere confusi tra loro in quanto completamente diversi (cfr. art. 684 c.c. che esamineremo più avanti, laddove la distruzione del testamento da parte di un terzo viene posta in alternativa con l'assenza dell'intento revocatorio da parte del testatore), è noto come questo termine si infiltri con somma facilità in leggi, sentenze, contratti, commenti, ecc. dando origine a non pochi dubbi interpretativi. Traggio un esempio da un passo della motivazione di Cass. 11472/2020 (che poi compone anche parte della massima), dove ad un certo punto si legge: "...la revocazione totale o parziale di un testamento può essere a sua volta revocata, ma sempre con le forme previste dall'art. 680 c.c., ovvero con un nuovo testamento o con un atto ricevuto da notaio". Se non si ha a mente il contenuto della disposizione, si potrebbe pensare che queste ultime siano due modalità di revoca diverse rispetto alle forme da essa previste: quindi, in questo caso, sarebbe stato meglio utilizzare *ossia/cioè* al posto di *ovvero*, così come fa Grasso nella nota redazionale a Cass. 8031/19 sul *Foro italiano* (v. n. 26): "...la revoca della revoca può avvenire con le forme stabilite nell'art. 680, cioè in atto notarile ovvero con testamento" (come si vede, la tentazione di utilizzarlo rimane comunque irresistibile). La soluzione migliore sarebbe senza dubbio quella di abolire "ovvero" dal linguaggio normativo in modo da farlo sparire del tutto. È quello che sostiene Giovanni Acerboni (<http://www.scritturaprofessionale.it/articoli/abolire-ovvero.htm>; <http://www.scritturaprofessionale.it/articoli/nuovo-caso-abolire-ovvero.htm>) il quale ha sollecitato Beppe Severgnini ad esprimersi sull'argomento nella rubrica "3 minuti 1 parola" del Corriere/TV ottenendo un pieno consenso: "...quindi gente", ha concluso nel 2011 il noto giornalista, "usate il buon senso, ovvero siate più chiari, ovvero non usate ovvero" (<http://video.corriere.it/ovvero/d1060d9c-8adf-11e0-93d0-5db6d859c804>). Il vocabolario *Treccani.it* ricorda l'uso frequente (in passato) di *ovvero* come "ossia" "per introdurre un sottotitolo di opere letterarie, teatrali, narrazioni varie (spec. quelle di tono popolare): *Il Malpighio secondo ovvero Del fuggir la moltitudine*, uno dei Dialoghi di T. Tasso; *Il marchese di Santa Prassede ovvero la vendetta paterna*, di F. D. Guerrazzi; *Satanella, ovvero la mano della morta*, di C. Invernizio." Il titolo del presente articolo vuol dare conto di ciò e della necessità di restringere il più possibile l'ambito di utilizzo di questo insidioso vocabolo.

(15) Cass. 16.11.2017, n. 27161, caso in cui viene confermata una sen-

tenza della Corte d'Appello di Genova ove la seconda scheda testamentaria che revocava per incompatibilità quelle precedenti, era stata annullata dal Tribunale della nostra città (la pronuncia ha carattere costitutivo, ma il testamento perde la sua efficacia *ex tunc*) per incapacità naturale del testatore. Anche qui si affronta la questione della "non tassatività delle ipotesi" previste dall'art. 683 c.c. riaffermando tuttavia "il principio dell'indipendenza della revocazione testamentaria dalla sorte della delazione" e precisando come "nell'ambito delle patologie che escludono la sopravvivenza dell'effetto di revoca scaturente dall'incompatibilità della nuova scheda testamentaria con il contenuto di quelle precedenti, deve farsi rientrare anche l'ipotesi di annullamento per incapacità naturale del testatore".

(16) Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 142, che individua il negozio presunto soltanto in quelle ipotesi in cui la legge ammette "la prova dell'inesistenza nel caso concreto del negozio": artt. 684, appunto, ma anche 686 e 1237 comma 2 c.c.

(17) Cass. 09.01.1973, n. 10 in *Foro it.*, 1973, I, 2533

(18) "Le cose erano andate come la famiglia Barcai sperava. Il fratello maggiore, Basilio, scapolo ma padre di un figlio illegittimo, era morto senza lasciare testamento. Così i suoi beni tornavano al fratello minore Zebedeo..." È questo l'inizio di uno dei romanzi più belli, anche se meno noti, di Grazia Deledda, *Il Dio dei viventi*, del 1922, che ruota appunto attorno ad un testamento e ai conflitti interiori dell'erede legittimo.

(19) Cfr. Cass. 18 aprile 2019, n. 10847, in *Giur. it.*, con nota di Spatuzzi, *Distruzione del testamento olografo e presunzione di revoca*.

(20) Santoro Passarelli, *cit.*, 136, dove si cita appunto l'art. 684 c.c. ma anche, per rimanere in tema, l'accettazione tacita dell'eredità, art. 476 c.c., il ritiro del testamento segreto, art. 685 c.c., e la trasformazione della cosa legata, art. 686 c.c.

(21) Non in questi termini, ovviamente, ma è l'ipotesi dell'appallottolamento riportata da Giannattasio, *Commentario al Codice Civile, Delle Successioni*, Utet, 1968, 356 per spiegare che laddove non vi sia una compromissione dell'"unità materiale del documento o del testo scritto" non può scattare la presunzione di revoca. Il punto però non sembra così chiaro; all'epoca, infatti, il Guardasigilli riteneva che le tre fattispecie menzionate fossero più che sufficienti per farvi rientrare anche l'appallottolamento... Cfr. Spatuzzi, *cit.* Per il caso di più originali, cfr. Cass. 28.12.2009, n. 27395: "Ove il testamento olografo sia stato redatto in due originali, la distruzione, da parte del testatore, di uno solo di essi - comportando la permanenza di un originale non distrutto - non rientra nell'ambito di operatività dell'art. 684 c.c. e non consente di applicare la relativa presunzione, potendo la distruzione verificarsi indipendentemente da qualsiasi intento di revoca." in *Riv. dir. civ.*, 2010, 515, con nota di Cileppi, *Testamento olografo redatto in più originali e distruzione di uno di essi*, ma anche in *Giur. it.*, 2010, 1535, con nota di Calvo, *Pluralità di schede testamentarie e distruzione di un solo esemplare*. La tesi contraria sostiene la prevalenza dell'unicità del testamento (come unica volizione testamentaria) sulla frammentazione documentale della stessa: distrutto un originale, si distrugge non tanto il documento, quanto la volontà.

(22) Sul punto sempre Bianca, *op. cit.*, 827, per il quale occorre tuttavia la prova specifica dello smarrimento come fatto non avente significato di revoca

(23) Cass. 12.08.2011, n. 17237.

(24) Sotto il codice vigente le disposizioni revocate in modo espresso potevano essere riportate in vita solo con un nuovo testamento, inteso non solo dal punto di vista formale, ma anche in senso sostanziale. Ora la necessità di un nuovo testamento in senso sostanziale è venuta meno anche per via di tale alternativa prima inesistente. Infatti, come osservato in dottrina, se ammetto la possibilità di revoca tramite atto di notaio, nello stesso tempo devo consentire che l'atto con il quale revoco la revoca possa rivestire anche solo la forma del testamento senza necessità che contenga delle attribuzioni patrimoniali. Si parla altresì di testamento *per relationem* stante il rinvio, contenuto nella revoca, a delle disposizioni di ultima volontà che già esistevano, sebbene oggetto di revoca.

(25) La distruzione, lacerazione o cancellazione del testamento colpirebbe quindi solo le disposizioni di ultima volontà lasciando intatta la revoca. Cfr. Giannattasio, *op. cit.*, 348, che richiama Cass. 27.10.1958, n. 3505. La sentenza si può leggere su *Giur. it.* 1959, 419, con nota di Trabucchi, *La volontaria distruzione di un testamento contenente la revoca espressa delle precedenti disposizioni* e su *Giust. Civ.* 1959, con nota di Cassisa, *Sull'efficacia delle revoca espressa contenuta in un testamento poi distrutto*.

In generale, non si vedono ostacoli per ammettere la revoca espressa di revoca tacita.

(26) Cass. 31.03.2019, n. 8031, in *Foro it.*, 2019, 4047, con nota redazionale di G. Grasso ed altresì annotata su *Vita not.*, 2019, 577, da Cea, *La revocazione della revocazione attuata attraverso lo sbarramento del testamento olografo*.

(27) Così aveva deciso il Tribunale di Voghera, la cui sentenza verrà poi riformata dalla Corte d'Appello di Milano.

(28) Cfr. nota 20.

(29) La massima infatti recita: “*La cancellazione del testamento (operata, nella specie, sbarrando a penna il documento nella sua interezza), si configura come un comportamento concludente avente valore legale, qualificabile come revoca tacita; ne consegue che, qualora ad essere cancellato sia un testamento successivo, contenente la revoca del precedente, siffatta revoca non conserva la sua efficacia e le disposizioni di quest'ultimo rivivono. Le forme previste per la revoca della revoca del testamento, non si applicano alle ipotesi di soppressione o alterazione del documento olografo, che rappresentano tipologie sui generis di revoca e che, pur essendo tacite, si caratterizzano per l'idoneità a “togliere” la veste documentale alla precedente revoca.*”

(30) Munari, *Barratura del testamento olografo e riviviscenza del precedente testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 950.

(31) Fois, *Revoca dell'olografo operata dal testatore e riviviscenza delle disposizioni revocate*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 42, citato appunto da Munari.

(32) Si tratta di Cass. 15.06.2020, n. 11472, dove viene anche trattata la questione processuale della fotocopia del documento il cui valore diventa pari all'originale quando non tempestivamente disconosciuta. Il caso nasce dall'azione promossa da una chiamata (in virtù di un testamento olografo del 1987) per far dichiarare la nullità di due procure speciali rilasciate dal *de cuius* ad un altro soggetto per vendere (complessivamente) il 100% dei diritti su di un bene immobile, e dei successivi atti di compravendita fatti a se stesso e ai suoi figli. Nel costituirsi in giudizio i con-

venuti producono (in copia) una lettera raccomandata dell'anno successivo contenente la nomina di un nuovo erede universale. Nel giudizio di merito tale documento viene considerato quale ulteriore testamento olografo idoneo alla revoca di quello precedente. In sede di legittimità, la ricorrente deduce che era onere dei convenuti dimostrare che la revoca del precedente testamento in originale (cioè la lettera raccomandata, prodotta solo in copia) era ancora esistente al momento della apertura della successione. Infatti, nel caso in cui taluno voglia far valere la propria qualità di erede sulla base di una copia di testamento olografo, deve dimostrarne l'esistenza dell'originale al momento della apertura della successione in quanto nulla impedisce di ipotizzare che il testatore l'abbia distrutto dopo averlo fotocopiato. Di qui l'irrelevanza, a suo dire, del mancato disconoscimento della copia. Per un primo commento, cfr. B. D'Amato, *La revocazione tacita della precedente revoca espressa del testamento: limiti di ammissibilità*, *Il Familiarista*, 9.9.2020

(33) Cass. 14.11.2012, n. 19915, relativa al caso in cui la revoca effettuata con un testamento pubblico di un testamento olografo veniva a sua volta revocata tramite l'apposizione da parte del *de cuius* di una nuova data posteriore a quella del testamento pubblico e di una nuova firma sull'olografo. La sentenza aveva peraltro affermato il principio della non automatica riviviscenza delle disposizioni dell'originario testamento olografo dovendosi compiere una valutazione della complessiva volontà del testatore.

(34) Vengono qui richiamate Cass. 1260/1987 e Cass. 1405/1968 (casi di testamento successivo incompatibile, ammesso in quanto avente le forme stabilite dall'art. 680 c.c.).

(35) L'inciso utilizzato è: “...*pur nella consapevolezza della non unanimità dei consensi che la soluzione riscuote in dottrina*”.

(36) Di essa si dice che ha voluto “*innovare rispetto alla più risalente contraria giurisprudenza di questa Corte, costituita da Cass. n. 3505/1958*”.

Recensioni

Il regime delle distanze nella nuova dinamica proprietaria
(art. 873-899 c.c.)

ALESSANDRO BARCA e CORRADO MARVASI
con prefazione di GUIDO ALPA
Pacini Editore, 2020, pagg. 254.

Non è una novità che Alessandro Barca e Corrado Marvasi si presentino sulla ribalta editoriale, con una monografia in tema di diritti reali. La prima volta accadde nel 2004 con *La superficie*, per i caratteri della Giuffrè; questa volta si tratta delle distanze, all'interno della dinamica proprietaria. Ma, nel frattempo, tante altre collaborazioni si sono susseguite e tuttora permangono: non ultima quella spiegata proprio all'interno della presente rivista, *La Nuova Giurisprudenza Ligure*, di cui Barca è il responsabile della redazione e Marvasi condirettore.

Ma non solo. L'anno passato, nell'ottobre 2019, in un'aula gremita Barca svolse un'ottima relazione in occasione della presentazione, "accreditata" dal COA genovese, del libro *Il lavoro nero* (Maggioli), curato dallo stesso Marvasi e dal Dott. Michele Di Lecce, con prefazione del Presidente del Tribunale di Genova, Dott. E.S. Ravera, il quale ha altresì diretto i lavori del convegno. Ciò a dimostrare che l'intesa professionale elaborata "dai due" lungo il solco dell'approfondimento giuridico crea non poco interesse nell'ambiente dell'avvocatura, della magistratura e accademico ai più alti livelli, se è vero, come lo è, che a svolgere la prefazione del volume in oggetto è il Prof. Guido Alpa.

È un libro, il presente, destinato ad affrontare non solo la questione degli spazi che devono intercorrere tra manufatti e beni altrui, ma la loro giustificazione all'interno dell'evoluzione del diritto proprietario, la quale ha avuto (e tuttora è soggetta a) un'accelerazione di non poco conto sotto la spinta di esigenze di solidarietà sociale.

Si tratta di esigenze ben evidenziate dal secondo legislatore postunitario, che le ha elevate ad elemento identificatore del nuovo modo d'intendere il rapporto dell'individuo con le cose che gli appartengono, differenziandolo nettamente dalla concezione egoistica di cui era pervaso il codice del 1865. L'alto valore di tali esigenze emerge dal loro accreditamento all'interno della nostra Carta costituzionale, la quale all'art. 42 ne scolpisce "la funzione sociale"; una formula su cui sono stati scritti fiumi di pagine, che ha trovato l'assenso della più autorevole dottrina (Rodotà, innanzi tutto), ma dietro alla quale il legislatore non ha mancato in più occasioni di celare discutibili manovre tributarie, come sulla piccola proprietà immobiliare, mortificandone sovente il settore.

Vari sono gli argomenti che trovano ospitalità nel volume: dai requisiti necessari affinché l'istituto *ex art. 873 ss. c.c.* trovi applicazione, agli effetti che la legge fa discendere dalla mancata osservanza delle prescrizioni che vigono *sub specie*; dall'implicazione degli interessi, pubblici o particolari, che vi sono coinvolti, alla difendibilità che di questi è consentita in sede giurisdizionale; dai rapporti che intercorrono tra la normativa di fonte statale e quella contenuta nella regolamentazione locale, alla derogabilità delle relative previsioni. Il tutto è "condito" dai raffronti con la disciplina che era contenuta nella pregressa codicistica (in particolare, negli artt. 570 e 571).

Anche il linguaggio cui il legislatore fa ricorso nelle varie situazioni viene scandagliato, in modo da indicare al lettore l'esatto significato da attribuire a vocaboli e, con essi, a concetti non sempre sintonici con quelli della parlata "ordinaria", a riprova, caso mai ve ne fosse bisogno, del non infrequente distacco tra lessico giuridico e comune.

L'opera segue le linee tracciate nella prefazione dal Prof. Alpa. Nella prima parte, l'Avv. Marvasi si sofferma sui caratteri espressivi del tema distanziale all'interno del suo settore di appartenenza, la realtà, con riguardo, quindi, ai diritti dominicali nel loro complesso e, quindi, non solo alla proprietà, ma altresì ai diritti di godimento che possono vantarsi sulle cose. L'Avv. Marvasi rivolge quindi specifica attenzione alla funzionalità del sistema alla luce degli approdi dottrinali e giurisprudenziali che, pur nella discordanza di opinioni su punti di primaria importanza, hanno non poco contribuito alla delineazione dell'istituto, quale oggi conosciamo.

Nella seconda, l'Avv. Barca si dedica ad un nutrito e approfondito studio su questioni che, come giustamente osserva il Prof. Alpa, solo in superficie sono circoscritti "a limitati orizzonti culturali". Tanto è comprovato dal vasto contenzioso che esse generano e di conseguenza dalla caratura degli interessi che vi sono sottesi; da qui l'offerta, da parte dello stesso Avv. Barca, di un non indifferente apporto di materiale giurisprudenziale che arricchisce l'opera.

Nel volume, in conclusione, lo sviluppo di delicati profili processuali e sostanziali, indotti dalla materia, si interseca con la trattazione di tematiche involgenti valori d'ordine superiore, come di per sé suggerisce la normativa atta ad evitare la formazione di intercapedini nocive alla salute e alla sicurezza collettive (non solo, pertanto, dei singoli proprietari), con altre di mero rilievo privatistico quale il poter disporre logisticamente dei propri beni, soprattutto se non in contrasto con la volontà espressa o tacita di chi vi si potrebbe opporre, il "vicino".

Michela Ferraris

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte costituzionale, 27 luglio 2020, n. 168 - Pres. Cartabia - Rel. Barbera.

Corte costituzionale - giudizio incidentale - presupposti - accertamento spettante al solo giudice rimettente.

(Art. 23 l. n. 87/1953; Corte cost. sent. n. 128/2019; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Corte costituzionale - giudizio incidentale - interpretazione adeguatrice - sua attinenza al merito del giudizio e non all'ammissibilità della questione.

(Art. 23 l. n. 87/1953; Corte cost. sent. n. 123/2020; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Prestazioni personali e patrimoniali - contestazione della loro natura legale senza determinazione del loro contenuto e del regime - questione di costituzionalità - inammissibilità.

(Art. 23 Cost.; Corte cost. sent. n. 240/2017; artt. 1, comma 6, 1-bis e 4-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Legge - legge-provvedimento - pericolo di arbitrio - scrutinio di costituzionalità stretto - necessità.

(Art. 3 Cost.; Corte cost. sent. n. 182/2017; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Legge - legge provvedimento - motivazione - facoltatività - eventuale inadeguatezza della motivazione - causa di illegittimità costituzionale - esclusione.

(Art. 3 Cost.; Corte cost. sentt. n. 14/1964 e 379/2004; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Legge - legge provvedimento - individuazione della causa ultima della norma - obbligo - sussistenza.

(Art. 134 Cost.; sent. n. 89/1996; d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Contratti pubblici - concessione autostradali - discrezionalità del concedente di esigere l'esecuzione di lavori da parte del concessionario - corrispondente diritto del concessionario di imporre al concedente iniziative contrarie all'interesse pubblico - esclusione - questione di legittimità costituzionale - infondatezza.

(Artt. 3 e 97 Cost.; artt. 1, comma 1.3, comma 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130; art. 166 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, attuativo della direttiva n. 2014/24/UE)

Contratti pubblici - concessione autostradali - discrezionalità del concedente nel determinare le modalità di esecuzione dei lavori e di prestazione dei servizi - imposizione legislativa del ricorso al mercato - questione di legittimità costituzionale - infondatezza.

(Artt. 3 e 97 Cost.; artt. 1, comma 1.3, comma 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130; art. 166 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, attuativo della direttiva n. 2014/24/UE)

Contratti pubblici - concessione autostradali - volontà del concedente di non sollecitare il concessionario ad adempiere all'obbligo di ricostruzione - parallela volontà di far valere così la responsabilità contrattuale o aquiliana del concessionario - esclusione - questione di legittimità costituzionale - infondatezza.

(Artt. 3 e 97; 24, 102, 103 e 111 Cost.; artt. 1, comma 1.3, comma 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130; art. 166 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, attuativo della direttiva n. 2014/24/UE)

Contratti pubblici - concessione autostradali - soluzione adottata per la ricostruzione dell'opera - carattere proporzionale, implicando tale soluzione un equilibrato punto di sintesi - questione di legittimità costituzionale - infondatezza.

(Artt. 3 e 97 Cost.; artt. 1, comma 1.3, comma 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130).

Legge - vizi eventuali del procedimento amministrativo preliminare - trasmissione dei vizi all'atto legislativo - esclusione.

sione se il procedimento amministrativo non è costituzionalmente imposto.

(Artt. 23 e 97 Cost.; legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi; artt. 1, commi 3, 5, 7, 8, e 8-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130)

Contratti pubblici - concessione autostradali - potere di esproprio delle aree interessate ai lavori - pretesa riserva al concessionario in forza del rapporto convenzionale - esclusione - questione di legittimità costituzionale - infondatezza.

(Artt. 3 e 97 Cost.; artt. 1, comma 5, 1-bis e 4-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130)

Contratti pubblici - concessione autostradali - ricostruzione dell'opera - procedura negoziata senza pubblicazione - esclusione da essa di operatori colpevoli di gravi illeciti professionali non accertati definitivamente in giudizio - questione di costituzionalità - infondatezza.

(Artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 Cost.; artt. 63 e 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, attuativi degli artt. 32 e 57 della direttiva 2014/24/UE; artt. 1, comma 5, 1-bis e 4-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130)

Contratti pubblici - concessione autostradali - regole della concorrenza - inosservanza al momento della concessione e delle sue proroghe - condanna da parte della Corte di giustizia - sopravvenienza dei principi eurounitari di trasparenza, concorrenza e rotazione - conformazione a tali principi della procedura per la ricostruzione dell'opera - libertà di iniziativa economica - violazione - insussistenza.

(Artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 Cost.; artt. 63 e 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, attuativi degli artt. 32 e 57 della direttiva 2014/24/UE; artt. 1, comma 5, 1-bis e 4-bis del d.l. 28 settembre 2018, n. 109, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze, conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130; Corte dei Conti, Sezione controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G; Corte di giustizia, sent. 18 settembre 2019, causa C-526/17)

L'accertamento sulla sussistenza dei presupposti processuali di instaurazione del giudizio di costituzionalità spetta al giudice rimettente, purché quest'ultimo ne offra una motivazione non implausibile; del pari costituisce una prerogativa del giudice a quo, e che non compete alla Corte costituzionale sindacare, se non ove essa abbia condotto ad un esito implausibile, pronunciarsi sulla sussistenza delle condizioni della stessa azione in giudizio (1).

L'accertamento del tentativo da parte del giudice a quo dell'interpretazione adeguatrice attiene al merito del giudizio di costituzio-

nalità, e non pregiudica, invece, l'ammissibilità della questione (2). Anche con riferimento all'art. 23 Cost., non è ammissibile una questione che contesti la natura legale della prestazione imposta, senza stabilire univocamente, e anzi mettendo in dubbio identità, contenuto e regime della stessa prestazione (3).

A fronte di atto legislativo di carattere provvedimentale, in quanto contiene previsioni «di contenuto particolare e concreto» che incidono «su un numero limitato di destinatari, attraendo alla sfera legislativa quanto normalmente affidato all'autorità amministrativa» s'impone uno scrutinio di costituzionalità stretto, ovvero particolarmente severo, poiché in norme siffatte è insito il pericolo di un arbitrio, commesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti i consociati (4).

Benché, in linea di principio, il legislatore non abbia l'obbligo di motivare le proprie scelte, ugualmente ciò non gli è affatto precluso, ed anzi, specie a fronte di un intervento normativo provvedimentale, può proficuamente contribuire a porre in luce le ragioni giustificatrici, agevolando l'interprete e orientando, in prima battuta, il sindacato di legittimità costituzionale (5).

Con penetrazione assai più incisiva di quella limitata al percorso motivazionale esplicito, la Corte è tenuta a individuare la causa ultima della norma, quale componente razionalmente coordinata nel più vasto insieme dell'ordinamento. Infatti, il «tessuto normativo» presenta «una «motivazione» obbiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai «motivi», storicamente contingenti», e, eventualmente, ulteriore rispetto alla formula verbale con cui il legislatore storico cerca di esprimerla (6).

La facoltà del concedente di esigere che il concessionario provveda all'esecuzione di quanto previsto non si converte automaticamente nella pretesa del concessionario di invertire le posizioni, imponendo al concedente di subire quelle iniziative che il legislatore provvedimentale reputa, nella sua discrezionalità, contrarie all'interesse pubblico; interesse sul cui soddisfacimento il concedente è tenuto a vigilare (7).

L'intervento legislativo è espressivo del principio generale fissato al Codice dei contratti pubblici in attuazione della direttiva dell'Unione europea, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici, nel caso di specie indirizzate dal legislatore, sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi. Esse, pertanto, ben possono essere obbligate dal legislatore a prediligere la via del ricorso al mercato al fine di eseguire un'opera, alla contraria opzione di esigerne l'esecuzione da parte di un soggetto che già vi sarebbe obbligato (8).

Le norme censurate non hanno l'obiettivo portata di consolidare un giudizio di responsabilità contrattuale o aquiliana in capo alla concessionaria e di imporre ad essa una conseguente sanzione, ma, in una situazione che incrina la fiducia del concedente nelle capacità e nella affidabilità del gestore, manifestano una incensurabile volontà del legislatore di non sollecitarne il dovere di adempiere alla ricostruzione, ma di provvedere in via cautelativa per altra via, peraltro in forme così celeri da non arrecare in sé alcun pregiudizio alla concessionaria (9).

Al fine di ricostruire l'opera senza incaricarne la concessionaria, il legislatore ha introdotto una soluzione senza dubbio acconcia allo scopo, rispetto alla quale non vi era per definizione alcun modo di individuarne un'altra, che comportasse un minor sacrificio per la stessa concessionaria (10).

Se, in particolari circostanze, condizione di legittimità costituzionale dell'atto avente forza di legge è che esso non sia contagiato da vizi propri del procedimento amministrativo che lo precede, ciò non equivale a dire che l'omissione di tale procedimento sia di per sé un vizio della legge, se non quando il procedimento preliminare è imposto direttamente o indirettamente dalla Costituzione (11).

È immune da ogni profilo di incongruità, e obbiettivamente sorretta da idonea ragione giustificatrice, la decisione di allocare presso il com-

missario straordinario il potere di esproprio di quanto necessario al compimento di attività, che siano legittimamente demandate a terzi, anziché riservate al concessionario, dal momento che il nesso che lega, nella convenzione, il compito di eseguire le opere e il potere di esproprio sussiste fino a quando ci si muova nell'orbita convenzionale, e non già quando se ne sia usciti (12).

La norma censurata, pur con riferimento alla peculiare figura della procedura negoziata senza pubblicazione, ha dato seguito alla consolidata giurisprudenza civile e amministrativa, accordandosi alle speculari posizioni della Corte di giustizia e formata, da ultimo, sull'art. 80 cod. contratti pubblici, reso in attuazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE in tema di contratti pubblici, che si riferisce a operatori colpevoli di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la [loro] integrità o affidabilità», escludendoli dalle gare quando anche l'illecito ad essi non sia stato accertato definitivamente in giudizio (13).

Il mercato di riferimento risulta chiuso non già perché il diritto lo sottragga alle regole della concorrenza, ma perché, di fatto, esse non sono state osservate al tempo in cui si sono affidate concessioni senza gara, poi prorogate per molti decenni con analoghe modalità. Sicché, l'art. 63 cod. contratti pubblici, in accordo e secondo lo spirito dell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE, ha prescritto che la stazione appaltante si attenga, nell'individuare l'operatore economico con cui trattare, ai principi di «trasparenza, concorrenza, rotazione». Nel conformare secondo tale indicazione la procedura e il mercato, sia pure in un contenuto segmento di esso, il legislatore non ha perciò conculcato la libertà di iniziativa economica, ma piuttosto prevenuto un contrasto con l'utilità sociale, di cui all'art. 41 Cost., irrobustendo l'assetto concorrenziale con l'ingresso di altri operatori economici (14).

(1-14) Nota redazionale.

Il TAR Liguria, con tre ordinanze del 6 dicembre 2019 (vedi in questa Rivista n. 1-2020, n. 1, pag. 47), ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 3, 5, 6, 7, 8 e 8-bis, e 1-ter, comma 1, del d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze), conv., con modif., nella l. 16 novembre 2018, n. 130, in riferimento agli artt. 3, 24, 41, 111 (r.o. n. 51 e n. 52 del 2020) e 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 Cost. (r.o. n. 54 del 2020). Con altre due ordinanze di pari data, il medesimo Tribunale ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 3, 5, 6, 7, 8 e 8-bis, 1-bis e 4-bis, del d.l. n. 109 del 2018, nel testo convertito, in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 Cost. (r.o. n. 55 del 2020) e 1, comma 7, del d.l. n. 109 del 2018, nel testo convertito, in riferimento agli artt. 3, 41 e 111 Cost. (r.o. n. 53 del 2020). La sentenza (v.la in www.giurcost.org/decisioni/2020/0168s-20.html), che ha trattato congiuntamente tutte le questioni sollevate, era stata preceduta da un comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte dell'8 luglio 2020 in cui si anticipava che la Corte aveva ritenuto non fondate le questioni relative all'esclusione legislativa di Aspi dalla procedura negoziata volta alla scelta delle imprese alle quali affidare le opere di demolizione e di ricostruzione ed inammissibili quelle sull'esclusione anche delle imprese collegate ad Aspi nonché quelle concernenti l'obbligo della concessionaria di far fronte alle spese di ricostruzione del Ponte e di esproprio delle aree interessate.

P.C.

Tribunale Amministrativo per la Liguria, sez. I, ord. 4 settembre 2020, n. 429 - Pres. Caruso - Est. Felletti.

Concorsi pubblici - aspirante pilota nel Corpo dei Piloti del porto di Genova - prova orale unica - ausilio di sistemi au-

tomatizzati - test preselettivo - criterio dell'anonimato - principio costituzionale di eguaglianza - violazione - sospensione dell'efficacia degli atti impugnati.

(Art. 3 e 97 Costituzione; artt. 102 e ss. del d.p.r. n. 328/1952, regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione; artt. 1, comma 2, e 7, comma 2-bis, del d.p.r. n. 487/1994, norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzioni nei pubblici impieghi)

Il fondamentale criterio dell'anonimato nell'espletamento dei concorsi pubblici si estende anche al test preselettivo previsto per il concorso per l'ammissione nella corporazione dei piloti in attuazione della regola di accesso al pubblico impiego mediante selezione (1).

(1) Si tratta della prima di nove ordinanze di identico tenore (202000258, 202000259, 202000260, 202000261, 202000262, 202000263, 202000264, 202000265, 202000255) emesse in pari data su ricorso di alcuni concorrenti estromessi nei confronti della Capitaneria del Porto di Genova e del competente Ministero (nella procedura è intervenuto *ad opponendum* anche Corpo Piloti del Porto di Genova). Le medesime ordinanze hanno disposto anche l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i concorrenti risultati idonei all'esito della prova preselettiva in qualità di controinteressati.

(...*Omissis*...) sul ricorso numero di registro generale 429 del 2020, proposto da Michele Assante Di Panzillo, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Fezza e Stefano Cavassa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia contro

- Capitaneria di Porto di Genova, non costituita in giudizio;
 - Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria ex lege in Genova, v.le Brigate Partigiane, 2;
 - nei confronti Generoso Ostricarò e Stefano Stagnaro, non costituiti in giudizio;
- e con l'intervento di *ad opponendum*
- Corpo Piloti del Porto di Genova, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Maria Carbone e Chiara Enrica Tuo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
 - per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia
 - del bando di concorso per n. 2 posti di aspirante pilota nel Corpo dei Piloti del porto di Genova indetto dalla Capitaneria di porto di Genova in data 20.12.2019;
 - della Circolare n. 01 (prot. 2742) del 28 gennaio 2019 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Direzione Generale per la vigilanza su autorità portuali, recante schema di bando di concorso per aspirante pilota, richiamata nelle premesse del bando, ancorché non conosciuta;
 - del foglio prot. 40732 del 4.10.2019 della Capitaneria di Porto di Genova, richiamato nelle premesse del bando, ancorché non conosciuta;
 - del dispaccio prot. 29364 del 31.10.2019 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Direzione Generale per la vigilanza su autorità portuali, richiamato nelle premesse del bando, ancorché non conosciuta;
 - dell'avviso di convocazione alla prova preselettiva con l'indicazione delle modalità di svolgimento, pubblicato sul sito ufficiale della Capitaneria di Porto di Genova il 15.6.2020;
 - dell'elenco degli idonei alla prosecuzione della selezione, reso all'esito della prova preselettiva e pubblicato sul sito ufficiale della Capitaneria di Porto di Genova il 2.7.2020;

- di ogni altro atto presupposto e/o conseguente, ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 2 settembre 2020, la dott.ssa Liliana Felletti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che il ricorrente ha impugnato il bando di concorso per n. 2 posti di aspirante pilota nel Corpo dei Piloti del porto di Genova, nonché l'elenco degli idonei alla successiva fase concorsuale, pubblicato all'esito della prova preselettiva;

Considerato che:

- il concorso per titoli ed esami per l'ammissione nella corporazione dei piloti è disciplinato dagli artt. 102 e ss. del d.p.r. n. 328/1952 (regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione), i quali prevedono l'accertamento delle necessarie competenze professionali unicamente attraverso una prova orale;

- il Ministero resistente ha eccepito che il test preselettivo è stato introdotto dalla *lex specialis* di concorso in virtù degli artt. 1, comma 2, e 7, comma 2-bis, del d.p.r. n. 487/1994, i quali, in relazione alla generalità dei concorsi pubblici, stabiliscono, che è possibile ricorrere all'ausilio di sistemi automatizzati diretti anche a realizzare forme di preselezione e che gli esami possono essere preceduti da prove preliminari;

Ritenuto che, ai sensi del d.p.r. n. 487/1994, l'Amministrazione ha facoltà di espletare un test preselettivo con quesiti a risposta multipla allo scopo di semplificare ed accelerare l'iter concorsuale, ma tale prova preliminare deve svolgersi con modalità idonee a garantire il rispetto dei criteri sanciti dal medesimo d.p.r. n. 487 e, segnatamente, dell'imparzialità e della trasparenza dell'operato della Commissione esaminatrice;

Considerato che, diversamente da quanto avviene di norma nei test di preselezione, il questionario: i) è stato somministrato tramite fogli cartacei sui quali i partecipanti hanno dovuto apporre il proprio nominativo, anziché in via telematica su pc messi a disposizione dei candidati; ii) è stato successivamente corretto direttamente dai commissari, invece che attraverso un lettore ottico, con conseguente teorica possibilità di alterazione dei compiti;

Ritenuto pertanto che, nella specie, non è stato rispettato il fondamentale criterio dell'anonimato, diretto portato del principio costituzionale di uguaglianza, la cui violazione comporta un'illegittimità c.d. da pericolo astratto (cfr. Cons. St., ad. plen., 20 novembre 2013, nn. 26, 27 e 28);

Considerato che tale principio è stato esteso dalla più recente giurisprudenza anche alle prove preselettive, in quanto le stesse, al pari di quelle concorsuali in senso stretto, costituiscono attuazione della regola di accesso al pubblico impiego mediante selezione ex art. 97, comma 4, Cost., come del resto si evince dall'art. 7, comma 2-bis, del d.p.r. n. 487 cit., che le considera vera e propria fase procedimentale, seppur eventuale, di un concorso pubblico (così Cons. St., sez. III, 24 gennaio 2019, n. 599);

Considerato altresì che la batteria di trenta domande sottoposta ai candidati non era contenuta in una busta estratta a sorte fra più pieghi suggellati, in difformità dalle modalità stabilite dall'art. 11 del d.p.r. n. 487/1994 per le tracce degli scritti, ma estensibili ai questionari preselettivi somministrati in forma cartacea, spe-

cialmente nei concorsi che, come quello in esame, non prevedano prove scritte;

Ritenuto infine che, essendo stato notificato il ricorso solo ad alcuni controinteressati, risulta necessario disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i concorrenti risultati idonei all'esito della prova preselettiva, ponendo a carico di parte ricorrente l'onere di provvedere a tale incombenza entro il 15 settembre 2020.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima) accoglie la domanda cautelare e per l'effetto:

a) sospende l'efficacia degli atti impugnati, ai sensi di cui in motivazione; b) dispone l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti gli idonei indicati nell'elenco pubblicato sul sito ufficiale della Capitaneria di Porto di Genova, con onere a carico di parte ricorrente di provvedere alla notifica entro il 15 settembre 2020; c) fissa, per la trattazione di merito del ricorso, l'udienza pubblica del 4 novembre 2020.

(...*Omissis*...)

Corte Costituzionale, 6 luglio 2020, n. 134 - Pres. Cartabia - Est. Barbera.

PARCHI regionali - standard minimi di salvaguardia ambientale - competenza statale - sussistenza.

(Art. 134 Cost. - art. 117, co. 2, lett. s) Cost. - art. 117, co. 4, Cost. - L. 6 dicembre 1991, n. 394 - L.R. 19 aprile 2019, n. 3 - L.R. 22 febbraio 1995, n. 12 - L.R. 10 luglio 2009, n. 28)

PARCHI regionali - maggiori livelli di tutela rispetto alla disciplina statale - competenza regionale residuale - sussistenza.

(Art. 134 Cost. - art. 117, co. 2, lett. s) Cost. - art. 117, co. 4, Cost. - L. 6 dicembre 1991, n. 394 - L.R. 19 aprile 2019, n. 3 - L.R. 22 febbraio 1995, n. 12 - L.R. 10 luglio 2009, n. 28)

In materia di disciplina dei parchi naturali regionali, rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela ambientale l'individuazione di standard minimi di salvaguardia dei valori naturalistici delle aree protette (1).

In materia di disciplina dei parchi naturali regionali, la Regione può legiferare, avvalendosi della potestà legislativa residuale, solo introducendo maggiori livelli di tutela rispetto a quelli previsti dalla disciplina statale per le aree naturali protette (2).

(1-2) I parchi liguri alla Consulta.

1. Con sentenza 6 luglio 2020, n. 134, la Corte costituzionale ha dichiarato, in sede di ricorso in via principale, l'illegittimità parziale della Legge regionale della Liguria 19 aprile 2019, n. 3, apportante modifiche alla disciplina delle aree protette regionali - recata dalle L.R. 22 febbraio 1995, n. 12 (Riordino delle aree protette) e L.R. 10 luglio 2009, n. 28 (Disposizioni in materia di tutela e valorizzazione della biodiversità).

In effetti, la normativa impugnata risultava, in alcuni dei suoi punti, suscettibile di incidere negativamente sulla salvaguardia dei valori naturalistici dei parchi regionali, la cui disciplina, pur essendo in via di principio oggetto di potestà legislativa residuale della Regione, è parimenti riconducibile alla potestà legislativa statale in materia di tutela dell'ambiente, ed è pertanto sanzionabile laddove difforme dagli *standard* minimi di garanzia predisposti a livello normativo centrale.

Il giudizio della Corte si è pertanto espresso nel raffronto tra le

disposizioni della L.R. 3/2019 e le corrispondenti previsioni della L. (statale) 6 dicembre 1991, n. 394 (L. Quadro sulle Aree protette) direttamente attuativa, con riguardo alla disciplina dei parchi naturali, della competenza sulla tutela dell'ambiente posta in capo allo Stato dall'art. 117, co. 2, lett. s) Cost.

2. Si propone ora una sintesi riassuntiva di quali "frammenti" di legislazione regionale siano risultati lesivi della tutela dell'ambiente delle aree protette liguri.

La prima previsione (l'art. 7 della L.R. 3/2019) a non aver superato la verifica di costituzionalità prevedeva delle innovazioni nella composizione della "Comunità del Parco", ossia di quell'ente interno all'organizzazione del Parco che esercita una funzione consultiva (talvolta vincolante) nei confronti dei piani, dei regolamenti e degli atti di gestione dell'area protetta: la legge regionale prevedeva quindi di stabilire uniformemente per tutti i parchi liguri una certa composizione della "Comunità del Parco".

Tale assetto, complessivamente considerato, avrebbe leso la competenza organizzativa dei singoli statuti delle aree protette, che avrebbero perso la libertà di determinare autonomamente il peso dei componenti politici e di quelli scientifici all'interno delle Comunità del parco delle diverse aree protette regionali; compito degli statuti dei parchi, ai sensi dell'art. 24 della "legge quadro", è infatti quello di adattare le forme di gestione delle aree protette alle peculiarità di ciascun assetto ambientale, valorizzando le forme di tutela e di conservazione del territorio. In questi termini, dunque, la legge regionale ligure risulta illegittima.

3. Non incorre invece nella declaratoria di incostituzionalità la predetta modifica normativa, laddove consente alla Comunità del Parco di esprimere pareri obbligatori e, nei casi previsti dallo Statuto, vincolanti rispetto agli oggetti di delibera dell'ente di gestione del Parco. In effetti, osserva la Corte, la natura vincolante del parere della Comunità non è sindacabile in sé, ma soltanto laddove sia considerato unitamente a una predeterminazione dei membri della Comunità del Parco, tale da risultare complessivamente violativa della tutela ambientale (ad esempio, nel caso in cui sia la fonte legislativa a prevedere una prevalenza dei componenti politici su quelli tecnici in tale organismo). Si tratta di profilo che il ricorrente non aveva tuttavia sollevato.

Né risulta fondata, sempre con riferimento all'art. 7 L.R. 3/2019, la questione di legittimità della norma che attribuisce alla Comunità del Parco la partecipazione alla redazione del Piano pluriennale socio economico del parco, poiché priva di sostanziale differenziazione rispetto a quanto previsto dalla L. 394/1991 (art. 10) con riguardo alla disciplina dei parchi nazionali.

4. La Corte ha invece espunto l'art. 8 della L.R. n. 3/2019, nel quale venivano enumerate le aree naturali protette liguri, di interesse regionale, provinciale e locale, senza però che fossero riportate anche le aree protette della Provincia di Savona: in tal modo, tali aree provinciali venivano cancellate dalla rete dei parchi liguri. Veniva in rilievo, al proposito, il metodo con cui era stata effettuata tale cancellazione, ossia senza coinvolgere gli enti territoriali interessati (gli enti locali e la Provincia di Savona), che pure ai sensi della legge quadro (art. 22, co. 1, lett. a) devono avere un ruolo nella gestione delle aree che percorrono i loro territori, e che quindi dovevano essere coinvolti anche nella loro soppressione.

5. Per i medesimi motivi risultavano illegittime anche le disposizioni che, sempre all'art. 8 della L.R. n. 3/2019, ridefinivano i perimetri dei parchi regionali delle Alpi Liguri, dell'Aveto, dell'Antola e del Beigua, senza il coinvolgimento degli enti locali interessati (conseguendone anche l'incostituzionalità dei regimi transitori delle porzioni di parco divenute "aree libere", all'art. 31 della L.R. n. 3/2019).

6. Diversamente, non risultava fondata la q.l.c. con riferimento all'art. 10 L.R. 3/2019, laddove si prevede la facoltà per il piano del parco di ridefinire l'estensione dell'area protetta, salvo il caso di confini stabiliti con legge. In proposito, osserva la Corte, la perimetrazione legislativa dei confini del parco può avere natura provvisoria, sì che non appare irragionevole che siano, ove previsto, gli organi del parco a stabilire in via definitiva l'ampiezza e la geometria dell'area protetta.

7. L'art. 10 della L.R. n. 3/2019, incorre invece nella declaratoria di incostituzionalità nella parte in cui, al comma 4, prevede una modifica del valore del menzionato piano del parco, ossia di quella normativa, approvata dall'Ente di gestione del parco, che disciplina la tutela dei valori naturali ed ambientali dell'area protetta (i vincoli, i sistemi di accesso, le attrezzature, i criteri di intervento sulla flora e sulla fauna del parco).

Secondo la disposizione regionale, in effetti, il piano del parco avrebbe una funzione solo integrativa (e di prevalenza, in caso di contrasto) delle norme di pianificazione urbanistica o territoriale, per così dire, di fonte esterna al Parco (Comuni, Province e Regione). Ciò che risulta contrastante, in senso deteriore per la tutela ambientale, con l'art. 25, co. 2, della legge quadro, che prevede invece un valore (non di integrazione/prevalenza ma) sostitutivo del piano del parco rispetto alle norme urbanistiche e di pianificazione territoriale, siano esse contrastanti o meno con esso.

8. Non risulta invece illegittima la disposizione, all'art. 22 della L.R. 3/2019, che consente all'Ente parco il convenzionamento con soggetti (anche privati) competenti all'accertamento della infrazioni di natura ambientale per l'esercizio della funzione di vigilanza, che la legge quadro riserva, in via convenzionale, solo al Corpo forestale dello Stato. Tuttavia, la Corte ritiene che tale previsione non affievolisca, di per sé, la tutela ambientale, a condizione che l'esternalizzazione dei compiti di vigilanza avvenga nelle forme di un ausilio, piuttosto che di una sostituzione, del ruolo rivestito in tale settore dall'Ente di gestione del parco.

9. Da ultimo, la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile la censura statale diretta avverso l'art. 23 della L.R. 3/2019, che introduce sanzioni amministrative sostitutive rispetto a quelle previste all'art. 30 della L. Quadro. In particolare, la q.l.c. difetta di motivazione con riguardo alla considerazione del complesso unitario sanzionatorio predisposto dalla L. 394/1991 quale garanzia minima di salvaguardia dei valori ambientali, difettando pertanto la dimostrazione che gli illeciti amministrativi previsti dalla novella legislativa indeboliscano la tutela ambientale dei parchi.

10. La pronuncia in commento appare dunque di rilievo (non soltanto poiché si riferisce alla nostra Regione, ma anche) in quanto ribadisce il valore inderogabile e fondamentale dell'ambiente e, per esso, delle disposizioni della L. 394/1991 che, come più volte affermato dalla Corte, "oggi assumono la natura di standard minimi uniformi, dettati dalla legislazione statale nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente. (...) la Regione, pertanto, non può prevedere soglie di tutela inferiori a quelle dettate dallo Stato, mentre può, nell'esercizio di una sua diversa potestà legislativa, prevedere eventualmente livelli maggiori di tutela, che presuppongono logicamente il rispetto degli standard adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali (citata sentenza n. 315 del 2010; v. anche sentenze n. 193 del 2010 e n. 61 del 2009)" (Corte cost., 12 ottobre 2011, n. 263).

Avv. Luca Costanzo
Foro di Genova

Documenti

Regionali in Liguria e “quote rosa” ...ma cosa?

Lara Trucco

Ordinario di Diritto costituzionale
nell'Università di Genova

Niente, non c'è verso! Nemmeno l'introduzione, *last minute*, nel sistema elettorale, della doppia preferenza di genere unitamente alla soglia di lista al sessanta per cento del totale ha portato all'elezione di più donne: anzi, semmai l'esatto contrario, dal momento che il Consiglio regionale - Assemblea Legislativa della Liguria reduce dalle elezioni del 20-21 settembre 2020 ne conterà meno rispetto alle due scorse legislature, tornando alla cifra del 2005.

La situazione appare tanto più paradossale ricordando come l'opportunità per la tanto attesa riforma generale del sistema di elezione (recata dalla legge regionale 21 luglio 2020, n. 18) fosse stata offerta, per non dire sofferta, in maniera abbastanza imprevedibile e incombente il solleone, dall'intimazione governativa ad adeguare la disciplina elettorale proprio nella prospettiva di favorire la rappresentanza femminile. Ciò che, tra l'altro, aveva suscitato molte critiche a causa dello scarsissimo lasso di tempo ormai a disposizione delle forze politiche per rimediare alla lacuna nell'ambito di una campagna elettorale a quel punto già ai cancellotti di partenza.

Se, peraltro, il fatto viene annoverato tra le ragioni della *debacle* per la difficoltà di trovare *illico et immediate* donne disponibili a candidarsi, non difettano altre circostanze a cui imputare qualche corresponsabilità. Così, può citarsi, sul piano più prettamente tecnico, l'avvenuta riduzione da 40 a 30 del numero dei consiglieri regionali, ritenendosi verosimile che, ad oggi, il mantenimento del precedente ammontare avrebbe potuto favorire una rappresentanza maggiormente paritaria (di qui, tra l'altro, l'auspicio che il fenomeno sia scongiurato a livello nazionale dopo il “taglio” avallato dal *referendum* costituzionale). Anche l'abolizione del criticatissimo listino bloccato del candidato presidente può aver inciso con un altro apparente paradosso (ma le “migliorie” non andrebbero studiate a fondo al fine di temperarne le eventuali controindicazioni?), se si rammenta che esso aveva permesso la scorsa volta l'ingresso di ben tre donne in consiglio. Ancora, sul depreco (da noi) esito non può non aver avuto effetto l'impostazione della campagna di presentazione delle candidature da parte di tutte le forze in campo, incentratesi in maniera assorbente sui candidati Presidenti (quasi tutti uomini),

lasciandosi nell'ombra la valorizzazione dei “*ticket*” uomo-donna che avrebbe dovuto portare in maggiore auge la rappresentanza femminile. Sempre con riguardo alla strategia comunicazionale, non pare, poi, aver giovato alla causa il “riserbo” osservato sulla riforma del sistema di voto, così che la più gran parte delle elettrici e degli elettori sembra essere andata alle urne senza conoscere la “doppia di genere”. Difficile, da ultimo, dire quanto possa aver giocato la probabile maggior propensione “conservatrice” dei bacini elettorali periferici rispetto alla più “dinamica” circoscrizione genovese, da cui soltanto è sortita la rappresentanza femminile adesso in carica.

Resta in ogni caso malauguratamente disattesa, in Liguria, quella giurisprudenza in cui la Corte costituzionale, più di vent'anni or sono, scommetteva su «un'intensa azione di crescita culturale» in grado di portare «partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improrogabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare» (sent. n. 422 del 1995). Al fondo della problematica, resta, tuttavia, a maggior ragione dopo aver sperimentato la sostanziale inefficacia della disciplina elettorale regionale, la perdurante neghittosità del Parlamento ad individuare soluzioni adeguate: ciò che non ha coinciso nemmeno con la rivisitazione della legge-quadro in materia (v. la legge 22 luglio 2004, n. 165, come riformata dalla legge 15 febbraio 2016, n. 20), essendosi potuto attribuire alle novità favorevoli alla rappresentanza femminile un carattere meramente programmatico, con la conseguenza di risultare prive di immediata cogenza (anche nel relativo contenzioso).

Di qui, ci sembra, l'improrogabile necessità di norme legislative statali di natura chiaramente precettiva e sanzionate in modo stringente, in vista di un effettivo «riequilibrio fra i sessi nel conseguimento delle cariche pubbliche elettive» (sent. n. 422 del 1995). Senza poi dire degli effetti benefici che una tale soluzione avrebbe sull'apertura delle vie di accesso ai giudici (ordinari e, se del caso, amministrativi), aumentando così le probabilità di un voto conforme al dettato costituzionale (artt. 48, 51, 1° c.; e 117, 7° c.; 122 Cost.).

La Corte costituzionale, poi, lungi dal mettersi di traverso, dovrebbe vedervi il compimento del lungo percorso tracciato in ambito interno e sovranazionale (v., spec., le sentt. n. 49 del 2003 e n. 4 del 2010 successive alla riforma del Titolo V della Costituzione), se non addirittura una “legge costituzionalmente necessaria”, in quanto unica ed univoca possibile attuazione del precetto costituzionale di promozione della stessa rappresentanza politica femminile.

REGIONE	ELEZIONI 2005	ELEZIONI 2010	ELEZIONI 2015	ELEZIONI 2020
Liguria	4 su 40(10%)	6 su 40(15%)	5 su 30 (17%)	3 su 30 (10%)

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 7 gennaio 2020, n. 2 - Pres. Sorrentino - Rel. Ranaldi.

ACCERTAMENTO - art. 17, c. 7, l. n. 212/2000 - art. 24, l. n. 4/1929 - accesso - PVC - omissione - contraddittorio endoprocedimentale - violazione - accertamento - illegittimità.

In caso di accesso presso la sede dell'impresa, è illegittimo per violazione dell'art. 12, c. 7, l. n. 212/2000 e dell'art. 24, l. n. 4/1929, il successivo accertamento (emesso in materia di IRES, IRAP ed IVA) emesso "a tavolino" senza che sia stato notificato alcun PVC e senza che il contribuente sia stato messo nelle condizioni di partecipare fattivamente alle operazioni di verifica presentando scritti e memorie difensive, non essendo quindi stato assicurato il c.d. "contraddittorio endoprocedimentale".

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 7 gennaio 2020, n. 3 - Pres. Sorrentino - Rel. Ranaldi.

ACCERTAMENTO - notificazione - direttamente da parte dell'Ufficio - modalità - norme del servizio postale ordinario - applicazione.

In caso di notificazione a mezzo posta dell'atto impositivo eseguita direttamente dall'Ufficio finanziario ai sensi dell'art. 14 della l. n. 890 del 1982, si applicano le norme concernenti il servizio postale ordinario per la consegna dei plichi raccomandati, e non quelle di cui alla suddetta legge concernenti esclusivamente la notifica eseguita dall'ufficiale giudiziario ex art. 149 c.p.c., sicché non va redatta alcuna relata di notifica o annotazione specifica sull'avviso di ricevimento in ordine alla persona cui è stato consegnato il plico, e l'atto pervenuto all'indirizzo del destinatario deve ritenersi ritualmente consegnato a quest'ultimo, stante la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., superabile solo se il medesimo dia prova di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di prenderne cognizione.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 7 gennaio 2020, n. 6 - Pres. - Rel. Sorrentino.

ACCERTAMENTO - maggiori ricavi - determinazione - media semplice - illegittimità - ore lavorate e costo per manodopera - fattispecie.

È illegittimo l'operato dell'Ufficio che, ai fini dell'accertamento di maggiori ricavi, senza ricorrere alla media ponderata, applichi una percentuale media sulla base del costo di alcuni pezzi di ricambio e del prezzo della loro cessione, senza dare dimostrazione di avere verificato quanto il singolo pezzo (avente una percentuale di ricambio del 100%) incida sui ricavi complessivi. Parimenti, al fine della determinazione delle ore lavorate e del costo della manodopera, è verosimile che l'imprenditore non svolga la propria attività per tutto il tempo delle sei ore lavorative e che il costo della manodopera non sia costantemente in linea con il costo di 35 euro all'ora stabilito (come minimo) nelle tabelle della Regione Liguria.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 57 - Pres. Delucchi - Rel. Assandri.

ACCERTAMENTO - notificazione - servizio postale - sottoscrizione - come se si trattasse di atto telematico - conseguenza - inesistenza.

È giuridicamente inesistente l'avviso di accertamento notificato in via ordinaria a mezzo del servizio postale ma sprovvisto della firma autografa del Dirigente autorizzato in quanto recante la dicitura "firmato digitalmente".

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 21 gennaio 2020, n. 85 - Pres. Fannucci - Rel. Serra Caracciolo.

ACCERTAMENTO - verifica - registrazioni meccanografiche - registrazioni cartacee - equipollenza - condizioni - scritture contabili - tenuta presso altri soggetti - dichiarazione - necessità.

Il principio dell'equipollenza delle registrazioni meccanografiche a quelle cartacee (di cui all'art. 7, c. 4-ter, d.l. n. 357/947) postula necessariamente la stampa contestuale alla richiesta e in presenza dei verificatori. Inoltre, l'articolo 52, al comma 10, consente al contribuente di dichiarare, in sede di accesso, che le scritture contabili si trovano presso altri soggetti, previa relativa specifica attestazione da parte di questi ultimi. Se nel corso del procedimento non risulta tale attestazione l'omissione nell'esibizione delle scritture contabili assume quindi rilevanza sostanziale incidendo sulle attività di verifica, risultando per l'Ufficio impossibile effettuare, con la necessaria dovuta immediatezza, i controlli della contabilità della contribuente venendo meno il c.d. effetto di "congelamento" dei dati alla data dell'accesso.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 28 gennaio 2020, n. 33 - Pres. Failla - Rel. Bertoni.

ACCERTAMENTO - notificazione - destinatario - ir-reperibilità della società.

Avendo l'Ufficio tentato la notifica presso la sede della società risultata irreperibile, il plico è stato correttamente depositato presso l'ufficio postale competente. Soltanto a seguito del tentativo di notificazione avvenuto presso il domicilio fiscale dell'ente, l'Agenzia delle Entrate ha legittimamente provveduto a notificare l'atto presso la residenza del rappresentante legale della società. In tal ultimo caso, il soggetto passivo d'imposta rimane sempre e comunque la società (anche alla luce dell'intestazione dell'avviso di accertamento notificato al rappresentante legale).

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 28 gennaio 2020, n. 35 - Pres. Failla - Rel. Bertoni.

ACCERTAMENTO - impugnazione di un condebitore - richiesta di pagamento in pendenza di giudizio ad altro condebitore - illegittimità.

Se un condebitore impugna l'atto ed un altro condebitore non lo impugna, in pendenza di giudizio, l'Amministrazione finanziaria non può richiedere a quest'ultimo il pagamento dell'intera imposta ma può chiederne la liquidazione nella misura di un terzo. In tale contesto, infatti, l'eventuale annullamento ottenuto in sede giudiziale dal condebitore impugnante comporta l'annullamento dell'unico atto

impositivo; conseguentemente, l'atto non può divenire definitivo nei confronti del condebitore rimasto inerte, sul quale si riverberano gli effetti favorevoli derivanti dalla pronuncia giudiziale.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 55 - Pres. Delucchi - Rel. Alba.

ACCERTAMENTO CATASTALE - rendita - impugnazione - giudizio - decisione definitiva - effetti - atto impositivo - ne deve tener conto.

Il provvedimento di attribuzione della rendita, una volta divenuto definitivo, o per mancata impugnazione da parte del contribuente o per intervenuta definitività del relativo giudizio di impugnazione, vincola non solo il contribuente ma anche l'ente impositore tenuto ad applicare l'imposta unicamente sulla base di quella rendita, la quale costituisce il presupposto di fatto necessario ed insostituibile per tutta l'imposizione fiscale che la legge commisura a tale dato. In particolare, per effetto dell'intervenuto passaggio in cosa giudicata della decisione concernente la rendita catastale, ai fini di stabilire l'ammontare dell'Ici dovuta dal contribuente, deve tenersi conto esclusivamente della rendita determinata da quel Giudice tributario, perché solo questa è da considerare legittimamente risultante in catasto (ovverosia messa in atti) al gennaio dell'anno di riferimento dell'imposta, a norma del comma 2, art 5 del D.Lgs. 504/1992. Sulla base di tali premesse l'eventuale contemporanea pendenza dei processi di impugnazione dell'uno e dell'altro atto, fa sorgere un vincolo di pregiudizialità logica del processo concernente l'attribuzione della categoria e della rendita rispetto a quello avente ad oggetto l'atto di imposizione fiscale.

SenteCommissione Tributaria Regionale per la Liguria, 21 gennaio 2020, n. 81 - Pres. Fanucci - Rel. Serra Caracciolo.

ACCERTAMENTO CATASTALE - rendita - pontile - criterio - numero posti barca - redditività e lunghezza dei natanti - legittimità.

È legittimo l'accertamento con cui sia rettificata la rendita catastale di un pontile attraverso la valorizzazione dell'area sulla base della redditività dei posti barca presenti e l'attribuzione di valori unitari diversi secondo la lunghezza delle barche destinate ad essere ormeggiate.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 29 gennaio 2020, n. 45 - Pres. Greco - Rel. Podestà.

ACCERTAMENTO CATASTALE - DOCFA - accertamento - motivazione - caratteristiche.

ACCERTAMENTO CATASTALE - contraddittorio preventivo - necessità - esclusione.

Trattandosi di attribuzione della rendita catastale all'esito della procedura "Docfa", che si instaura su iniziativa dei proprietari di unità immobiliari di nuova costruzione o che hanno subito variazioni edilizie e che prevede una stima diretta da parte dell'ufficio, l'obbligo della motivazione dell'avviso di classamento dell'immobile è adempiuto mediante la semplice indicazione dei dati oggettivi acclarati dall'ufficio e della classe conseguentemente attribuita, in quanto la stima eseguita, che costituisce il fondamento dell'atto, è stata unita nel corpo dell'atto stesso, è conosciuta e facilmente conoscibile per il contribuente, il quale, mediante il raffronto con i dati indicati nella propria dichiarazione, può comprendere le ragioni del classamento e tutelarsi mediante ricorso alla commissione tributaria. Pertanto, l'obbligo di motivazione è assolto tutte le volte che alla notifica sia

allegata copia della stima censuaria, con tutti gli elementi dimensionali ed estimali utilizzati per la determinazione della rendita, compreso il saggio di fruttuosità, applicato al valore globale dell'immobile per determinarne la rendita catastale.

In materia catastale non sussiste l'obbligo di un contraddittorio preventivo: da un lato, l'art. 13, l. n. 241/90 tiene distinto l'accertamento catastale da altri tipi di accertamento; dall'altro la partecipazione del contribuente alla procedura amministrativa è garantita dalla DOCFA.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 2, 29 gennaio 2020, n. 55 - Pres. e Rel. Greco.

IMPOSTA DI PUBBLICITÀ - pannelli esposti su distributori automatici - imposta - è dovuta - fattispecie.

L'esenzione dall'imposta sulla pubblicità è prevista, dall'art. 17, comma 1 bis, primo periodo, del d.lgs 15 novembre 1993, n. 507, solo per le insegne di esercizio di attività commerciali e di produzione di beni e servizi che contraddistinguono la sede ove si svolge l'attività cui si riferiscono oppure eventuali sedi secondarie.

In sintesi, tale esenzione non può trovare applicazione per i pannelli esposti sui distributori automatici raffiguranti i prodotti commercializzati individuati da un proprio marchio, sia perché tali distributori non possono considerarsi "sede" di svolgimento dell'attività commerciale sia perché detti pannelli, in quanto mezzi pubblicitari raffiguranti il marchio del prodotto non possono essere considerati "insegne di esercizio".

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 gennaio 2020, n. 38 - Pres. Delucchi - Rel. Serra Caracciolo.

IMPOSTA DI REGISTRO - terreni - accertamento - maggior valore - criteri - tasso di attualizzazione - applicabilità - condizioni.

È illegittima la determinazione del valore di terreni effettuata senza il supporto di alcun elemento concreto e documentale. In particolare, è illegittimo l'utilizzo del criterio di valutazione del tasso di attualizzazione con un coefficiente tratto dal rendimento medio ponderato dei titoli di stato indifferentemente considerati senza operare una scelta fra questi e prendere in considerazione solo quelli con durata comparabile con quella dell'operazione considerata (nella specie, la CTR ha inoltre considerata corretta la contestazione del contribuente in relazione al fatto che nella sua valutazione l'Ufficio non aveva tenuto conto delle opere di urbanizzazione che sono una componente indispensabile di ogni opera di lottizzazione, e non aveva fornito le ragioni della scelta effettuata per selezione i cinque immobili ritenuti comparabili e presi a raffronto per pervenire alla stima effettuata.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 gennaio 2020, n. 46 - Pres. Delucchi - Rel. Venturini.

IMPOSTA DI REGISTRO - agevolazione "prima casa" - due unità immobiliari - accorpamento - nuovo accertamento - nel termine triennale - irrilevanza - accorpamento sostanziale nel triennio - prova - necessità.

In caso di acquisto di due unità immobiliari una soprastante l'altra, con lo scopo di accorparle in un'unica unità, l'Ufficio deve provvedere all'accertamento della spettanza dell'agevolazione "prima casa" entro il termine triennale dalla registrazione dell'atto. In particolare, la valutazione dell'esistenza della caratteri-

stica "di lusso" dell'immobile non può basarsi sull'aspetto formale dell'accatastamento unitario (la quale può avvenire anche dopo il decorso del termine triennale), bensì sulla situazione di fatto esistente alla scadenza del triennio, incombendo sul contribuente la prova che il reale accorpamento delle due unità immobiliari sia avvenuto entro tale termine triennale.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 58 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

IMPOSTA DI REGISTRO - terreno agricolo - cessione di cubatura - negozio traslativo - diritto reale immobiliare - assimilazione - aliquota del 15% - applicabilità.

Il cosiddetto trasferimento di cubatura va assimilato ad un negozio traslativo di diritti reali immobiliari e, come tale, è assoggettato a tassazione con imposta di registro (all'aliquota del 15% trattandosi di terreno agricolo). Ed infatti, nella cessione di cubatura si verifica l'acquisto di un diritto strutturalmente assimilabile alla categoria dei diritti reali immobiliari di godimento.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 29 gennaio 2020, n. 57 - Pres. Graziano - Rel. Morbelli.

IMPOSTA DI REGISTRO - accertamento - maggiore valore - comparazione con altri immobili - insussistenza - fattispecie.

Nel caso in cui, per la determinazione del valore venale in comune commercio di un immobile, l'Ufficio si sia avvalso, quale termine di paragone, di una serie di compravendite di immobili, asseritamente aventi analoghe caratteristiche e condizioni, è deve ritenersi illegittima la pretesa impositiva se dall'esame delle caratteristiche e condizioni degli immobili presi in comparazione ci si avvede che difetta l'analogia con quello oggetto di accertamento.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 3 giugno 2020, n. 73 - Pres. Fugacci - Rel. Manni.

IMPOSTA DI REGISTRO - regime delle pertinenze - prolungamento di un parco - limiti alle rettifiche.

Laddove un terreno costituisca il prolungamento di un parco di una Villa, essendo accessibile direttamente dalla corte esterna (a servizio esclusivo del fabbricato), è qualificabile come pertinenza dell'unità immobiliare adiacente. Conseguentemente, il suddetto terreno è soggetto alla medesima disciplina, in materia di Imposta di registro, del beni a cui è destinato.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 7 gennaio 2020, n. 5 - Pres. e Rel. Sorrentino.

IMPOSTE SUI REDDITI - assicurazioni per gli amministratori - società beneficiaria - deducibilità - ammissibilità.

Deve ritenersi deducibile dall'imposta sul reddito, in quanto inerente, il costo sostenuto dalla società per i premi relativi alle assicurazioni a favore di due amministratori, in considerazione del fatto che la società è comunque il soggetto beneficiario delle prestazioni di polizza.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 20 gennaio 2020, n. 31 - Pres. Sgambati - Rel. Bellelli.

IMPOSTE SUI REDDITI - accantonamento TFM - deducibilità - sussiste - limiti previsti per il TFR - inconferenza - proporzionalità e congruenza - condizioni.

Non è sindacabile la deducibilità di un accantonamento per TFM che appaia non eccessivo né sproporzionato, quando esso risulti da previsioni statutarie ragionevoli e congrue. Il riferimento alle specifiche norme adottate dal legislatore per il rapporto di lavoro subordinato è del tutto inconfidente, attesa la diversità ontologica del rapporto tra la società ed i suoi amministratori.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 50 - Pres. Delucchi - Rel. Alba.

IMPOSTE SUI REDDITI - società - cessazione - credito - rimborso - bilancio finale di liquidazione - mancata indicazione condizione - irrilevanza.

Pertanto, è legittima la richiesta di rimborso di un credito Ires della società cessata, da parte dei suoi soci, a nulla rilevando il fatto che tale credito non fosse stato riportato nel bilancio finale di liquidazione depositato nella cancelleria tribunale, così come richiesto dall'art. 5 del D.M. 26/02/1992, non potendosi invocare tale previsione essendo mancata la conversione in legge del D.L. n. 47 del 1992 di cui il D.M. 26/02/1992 costituiva attuazione, e non potendo incidere sul riconoscimento del diritto al rimborso l'eventuale inosservanza di adempimenti che siano meramente formali e la cui assenza non impedisca la prova dei requisiti sostanziali.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 64 - Pres. Delucchi - Rel. Del Monaco.

IMPOSTE SUI REDDITI - inerenza - concetto - costo - utilità per l'impresa - anche solo potenziale

Quella di inerenza è una nozione pre-giuridica, di origine economica, legata all'idea del reddito come entità necessariamente calcolata al netto dei costi sostenuti per la sua produzione. Sotto tale profilo, pertanto, inerente è tutto ciò che -sul piano dei costi e delle spese - appartiene alla sfera dell'impresa, in quanto sostenuto nell'intento di fornire a quest'ultima un'utilità, anche in modo indiretto. Così intesa l'inerenza, la correlazione dell'attività costituente un costo ai ricavi dell'impresa deve essere valutata ex ante e, dunque, anche come potenziale. A maggior ragione, deve ritenersi inerente quel costo che abbia consentito all'impresa di incrementare i propri ricavi del 64% rispetto al precedente anno.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 75 - Pres. Cardino - Rel. Cattaneo.

IMPOSTE SUI REDDITI - magazzino - beni infungibili - libri - svalutazione - criteri applicabili - art. 92, c. 5, TUIR - esclusione

I criteri di valutazione indicati dall'art. 92, c. 1, TUIR, trovano applicazione solo per i beni fungibili, ossia per quei beni che non hanno connotazioni individuali, e non per quei beni la cui valutazione sia effettuata a costi specifici, tra cui rientrano che hanno caratteristiche individuali proprie, che li distinguono uno dall'altro (nella specie si trattava di libri). Pertanto, la svalutazione delle rimanenze effettuata a costi specifici non sono disciplinate dal comma 5 dell'art. 92 TUIR ma, in base al principio di derivazione di cui all'art. 83 TUIR, trova applicazione l'art. 2426 n. 9 c.c. che prevede il confronto con il valore normale come definito dall'art. 9 del TUIR.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 29 gennaio 2020, n. 48 - Pres. Graziano - Rel. Grasso.

IMPOSTE SUI REDDITI - agevolazione ACE - spettanza - fattispecie.

In tema di fruizione dell'agevolazione ACE, non esiste alcun elemento normativo che consenta o imponga di distinguere, ai fini della determinazione del patrimonio societario in vista dell'ACE, tra autorizzazione all'acquisto di azioni proprie e concreta attuazione dell'acquisto, assumendo invece esclusiva rilevanza la costituzione di una riserva indisponibile con tale vincolo di destinazione. Pertanto, la costituzione della riserva indisponibile per acquisto di azioni proprie riduce la variazione del capitale proprio fino alla concorrenza degli utili che in precedenza abbiano concorso ad aumentarla, e in caso come quello di specie, spetta l'agevolazione ACE non sussistendo alcun utile precedente che abbia concorso ad aumentare la base ACE al momento dell'acquisto di azioni proprie avvenuto nel febbraio 2011, trattandosi di riserva costituita con utili ante 2010 e dunque formati in periodi di imposta in cui l'agevolazione neppure esisteva.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 19 febbraio 2020, n. 47 - Pres. e Rel. Failla.

IMPOSTE SUI REDDITI - rimborso delle ritenute - esenzione IRPEF - pensione delle vittime del dovere.

A far data dal 1 gennaio 2018, non essendo più l'INPS sostituto d'imposta (in quanto divenuto soggetto erogatore della prestazione), l'istanza di rimborso del ricorrente ("vittima del dovere"), avanzata in riferimento alle trattenute effettuate nell'anno 2017 e per le quali aveva diritto all'esenzione, deve essere proposta all'Agenzia delle Entrate e non all'Istituto pensionistico.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 25 maggio 2020, n. 68 - Pres. e Rel. Baldini.

IMPOSTE SUI REDDITI - canone di locazione - riduzione - deducibilità - scrittura privata - mancata registrazione - condizione - insussistenza.

Gli accordi di riduzione del canone di locazione (contenuti in una scrittura non registrata) hanno efficacia ai fini fiscali anche se non portati a conoscenza dell'Amministrazione finanziaria in quanto "altri elementi di prova possono validamente fondare la resistenza alle pretese dell'Ufficio, non avendo la registrazione efficacia costitutiva della pattuizione tra le parti. Anche se la registrazione della scrittura privata con cui è stato ridotto il canone avrebbe meglio definito la sua data certa, tale riduzione non può esser contestata se comunque trova riscontro nella contabilità dell'azienda (nella specie, la CTP ha conseguente legittimità la deduzione, ai fini reddituali ed IVA, della nota di credito emessa in conseguenza della riduzione del canone di locazione).

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 27 maggio 2020, n. 75 - Pres. Sgambati - Rel. Bellelli.

IMPOSTE SUI REDDITI - spese - sindacabilità dell'Amministrazione - valutazione della congruità ed economicità - ammissibilità.

Le scelte imprenditoriali sono senz'altro insindacabili nel merito, ma soltanto quando siano assistite da razionalità e coerenza, oltre che rispondenti alla finalità stessa dell'impresa e, cioè, alla produzione

di un profitto. Quindi, scelte che non siano funzionali all'attività di impresa - e, cioè, rispondenti a ragionevoli criteri economici - non sono scelte imprenditoriali e non possono essere assistite da insindacabilità. Pertanto, l'Amministrazione finanziaria è certamente legittimata a valutare la congruità e l'economicità della spesa, il cui difetto assume rilevanza probatoria come indicatore sintomatico della mancanza di inerenza della spesa. Incombe, pertanto, sul contribuente l'onere di fornire prova contraria, sulla regolarità delle operazioni in relazione allo svolgimento dell'attività d'impresa ed alle scelte imprenditoriali. È del tutto legittimo, quindi, l'accertamento condotto dall'Ufficio per escludere la deducibilità dei costi che appaiano sproporzionati ai ricavi, soprattutto ove tale sproporzione sia nella misura di specie e, cioè, di 25 volte superiore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 14 gennaio 2020, n. 10 - Pres. Di Napoli - Rel. Galletto.

IMPOSTA DI REGISTRO - decreto ingiuntivo - sua registrazione - contratto di garanzie - enunciazione - irrilevanza - fattispecie.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione, la mancata estensione, ad opera del Dpr 601/73, articolo 15, comma 2 del regime agevolativo previsto per le operazioni del credito alla cooperazione (regime rappresentato dall'assoggettamento di esse ad un'unica imposta sostitutiva) anche agli atti giudiziari ad esse relativi (i quali sono soggetti perciò ad imposizione secondo il regime ordinario) non comporta che le operazioni di credito in questione, per il fatto di venir enunciate in sede di quegli atti giudiziari, diventino perciò soggette anche a imposta di registro, ai sensi del Dpr 131/1986, art. 22.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 30 gennaio 2020, n. 59 - Pres. Di Napoli - Rel. Scanu.

IRAP - rimborso - compensi - attività di Sindaco di Società - CTU e Commissario Giudiziale - Assoggettabilità - rimborso - esclusione.

L'ingente struttura di mezzi, costi e personale, se riferita anche all'attività di sindaco, CTU, revisore e commissario giudiziale svolta dal ricorrente, determina la presenza dell'autonoma organizzazione, di cui all'art. 2 del D.lgs. 446/1997, con il conseguente assoggettamento ad IRAP di tutte le attività esercitate.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 ottobre 2019, n. 17 - Pres. Fugacci - Rel. Castelli.

IVA - sua detrazione - principio di inerenza - pagamento di parcelle per difesa dipendenti - detrazione - non spetta.

Le normative in essere, comunitaria ed interna, hanno precisato che per poter godere del diritto della detrazione dell'imposta assolta sugli acquisti effettuati dal soggetto passivo o su altri costi dallo stesso sostenuti occorre sia provata la correlazione tra il costo per l'acquisto dei beni ed il loro impiego ed utilizzo nell'attività imponente esercitata dal soggetto. Conseguentemente, non sono detraibili le spese legali sopportate dalla società per la difesa di alcuni dipendenti sostenute, non solo in adempimento delle obbligazioni derivanti dai contratti di lavoro, ma anche per un diretto interesse della società all'accertamento dell'insussistenza dei reati contestati ai propri dipendenti e commessi nell'esercizio delle funzioni attribuite nell'ambito dell'attività imprenditoriale svolta dalla società.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 61 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

IVA - impianti pubblicitari - locazione - incorporazione al suolo - qualificazione - beni immobili.

Ai fini IVA i fabbricati costituiti da costruzioni incorporate al suolo costituiscono beni immobili. A tal proposito è rilevante che le costruzioni non siano facilmente smontabili e removibili, senza che sia necessario che siano indissolubilmente incorporati al suolo. Conseguentemente, agli effetti della determinazione del luogo di effettuazione dell'operazione, quanto il bene mobile sia fissato stabilmente al suolo e non possa essere separato, a meno di alterarne la funzionalità o di antieconomici interventi di adattamento, non opererà il criterio base del committente, bensì la disposizione specifica per i servizi relativi a beni immobili illegittima la determinazione del valore di terreni effettuata senza il supporto di alcun elemento concreto e documentale (fattispecie in tema di locazione di impianti pubblicitari collocati in aeroporti italiani nei confronti di committenti esteri).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 71 - Pres. Cardino - Rel. Piombo.

PROCESSO - reclamo - mediazione - documenti - obbligo di allegazione - esclusione.

Conformemente alla giurisprudenza della Suprema Corte nessuna disposizione prevede, ai fini dell'ammissibilità del ricorso giurisdizionale, che i documenti che lo corredano, depositati alla segreteria della commissione tributaria, siano allegati anche all'istanza di reclamo presentato all'amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 17 bis d.lgs. n. 546 del 1992. Conseguentemente deve essere riformata la decisione di I° grado che abbia respinto il reclamo del contribuente sul presupposto che dalla mancata produzione in sede di reclamo dei documenti discenderebbe l'inammissibilità della produzione degli stessi in giudizio.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 25 maggio 2020, n. 61 - Pres. e Rel. Sgambati.

PROCESSO - comunicazione di presa in carico - atto impugnabile - configurabilità.

L'elenco degli atti autonomamente impugnabili deve interpretarsi in senso estensivo nei casi in cui sia notificato al contribuente un atto che, pur presentando un diverso nomen iuris rispetto a quelli tipici previsti, abbia le medesime caratteristiche e ne condivida i caratteri strutturali-funzionali e gli effetti. Conseguentemente, la comunicazione di presa in carico va ritenuta atto impugnabile posto che la stessa non ha solo un contenuto meramente informativo, ma anche funzione contestativa, e sollecitatoria, sì da poter essere paragonata, sul piano sostanziale, all'intimazione di pagamento. Tale assimilazione ne giustifica quindi l'assoggettamento ad identico regime giuridico, ossia della non impugnabilità in sé, ma solo in caso di mancata notifica dell'atto presupposto o per vizi suoi propri.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 20 gennaio 2020, n. 73 - Pres. Cardino - Rel. Piombo.

RISCOSSIONE - Ader - rappresentanza in giudizio - avvocato del libero foro - legittimità.

RISCOSSIONE - crediti erariali - cartella di pagamento - efficacia di giudicato - esclusione - prescrizione - quinquennale.

L'Ader è legittimata a costituirsi in giudizio mediante avvocato

del libero foro, ai sensi prende atto dell'entrata in vigore della norma di interpretazione autentica dell'art. 1 comma 8 del D.L. 193/2016, come interpretato dalla disposizione dell'art. 4 novies del D.L. 34/2019, aggiunta in sede di conversione con legge 58/2019. La ratio della norma suddetta risulta chiaramente ispirata dall'intento di sanare le pronunce di nullità intervenute negli ultimi due anni, con le quali si era affermato che l'Ader, in qualità di ente pubblico, dovesse prioritariamente avvalersi dell'Avvocatura di Stato, potendo ricorrere a difensori esterni solo in casi eccezionali e previa adozione di apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza. Tale interpretazione autentica, inoltre, attribuisce centralità alla convenzione del 5 luglio 2017 con la quale l'Ader ha affidato alla Avvocatura il contenzioso in Cassazione, nonché il contenzioso amministrativo e (tra le altre) le azioni risarcitorie, revocatorie e di simulazione, riservando invece all'autodifesa e agli avvocati del libero foro, le residue liti di riscossione innanzi Giudici di Pace, Tribunali, Corti d'appello e Commissioni tributarie.

Conformemente a Cass., SU, n. 23397/2016 i crediti oggetto di iscrizione a ruolo, pur se di natura erariale, si prescrivono nel termine di cinque anni: ciò in quanto le cartelle esattoriali sono semplici atti amministrativi di autoformazione essendo pertanto sono privi dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato ed a convertire il termine di prescrizione quinquennale in quello decennale.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 24 febbraio 2020, n. 53 - Pres. Sorrentino e Rel. Ranaldi.

RISCOSSIONE - crediti erariali - prescrizione - decennale.

In tema di riscossione di tributi erariali, il diritto alla riscossione dei medesimi, in mancanza di un'espressa disposizione di legge, si prescrive nel termine ordinario di dieci anni e non nel più breve termine quinquennale, non costituendo detti crediti erariali prestazioni periodiche, ma dovendo la sussistenza dei relativi presupposti valutarsi in relazione a ciascun anno d'imposta (nella specie, tali crediti non risultavano ancora prescritti, avendo l'Ufficio dato prova di avere interrotto tempestivamente il termine decennale mediante invio al contribuente di intimazioni di pagamento che li riguardavano).

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 25 maggio 2020, n. 58 - Pres. e Rel. Sgambati.

RISCOSSIONE - crediti - sentenza passata in giudicato - prescrizione - decennale - crediti erariali - prescrizione - decennale.

Solo il credito derivante da una sentenza passata in giudicato si prescrive nel termine di dieci anni in base all'art. 2953 c.c. (norma di carattere eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica). Tuttavia, non sono soggetti alla prescrizione quinquennale ex art. 2948 c.c. bensì a quella decennale ex art. 2946 c.c. i crediti erariali trattandosi di crediti riguardanti prestazioni che vanno pagati per tutti gli anni ma solo a seguito dell'insorgenza / sussistenza dei relativi presupposti d'imposta.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 25 maggio 2020, n. 60 - Pres. e Rel. Sgambati.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - determinazione degli interessi - motivazione - necessità.

Conformemente alla giurisprudenza della Cassazione, la cartella

di pagamento deve essere motivata in ordine al criterio utilizzato per la quantificazione degli interessi richiesti per la prima volta con tale atto, dal momento che il contribuente dev'essere messo in grado di verificare la correttezza del calcolo degli interessi medesimi.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 25 maggio 2020, n. 59 - Pres. e Rel. Sgambati.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - imposta di Registro - prescrizione.

Nel caso in cui la definitività del credito erariale non derivi da un provvedimento giudiziale irrevocabile, a fini della prescrizione vale il termine proprio del tributo in questione. Per quanto concerne l'imposta di Registro, in quanto imposta erariale indiretta che non deve essere pagato tutti gli anni ma solo a seguito dell'insorgenza del presupposto d'imposta, il relativo credito si prescrive in dieci anni (ai sensi dell'art. 78 D.p.r. 131/1986).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 21 gennaio 2020, n. 86 - Pres. Fannucci e Rel. Serra Caracciolo.

TRIBUTI DOGANALI - Accise - energia elettrica - esenzione - beneficiario - autoproduttore - consorzio - cessione di energia alle consorziate - esenzione - non applicabile.

Ai sensi dell'art. 52, comma 3, lett. b del d.lgs. n. 504/95 l'esenzione dal pagamento delle accise sulla produzione di energia elettrica spetta al soggetto che si possa qualificare "autoproduttore" e cioè che produca energia per uso proprio e non quello che produca energia come attività economica o che ceda a terzi l'energia prodotta. Conseguentemente, La società ricorrente non essendo consumatrice dell'energia elettrica prodotta ma somministratrice di energia a terzi non può beneficiare dell'esenzione dal pagamento delle accise, a nulla rilevando il fatto che l'energia venga ceduta a società consorziate, trattandosi comunque di soggetti terzi rispetto al consorzio che effettua la somministrazione dell'energia.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 4 marzo 2020, n. 176 - Pres. Di Napoli - Rel. Scanu.

TRIBUTI DOGANALI - accise - gasolio per autobus con conducenti - direttiva 2003/96/CE - non è self-executive - Imposta - debenza.

Non spetta la riduzione dell'accisa per gli esercenti servizio di autobus con conducente considerato che la Direttiva 2003/96/CE non può essere considerata self-executive e che il legislatore nazionale l'ha recepita escludendo dalla riduzione tali soggetti, avvalendosi di una facoltà concessagli dal contenuto della Direttiva medesima.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 25 maggio 2020, n. 63 - Pres. Sgambati - Rel. Baldini.

TRIBUTI DOGANALI - accertamento - proroga del termine di decadenza - notitia criminis - trasmissione nel triennio - condizione.

TRIBUTI DOGANALI - CAD - rappresentanza indiretta - responsabilità solidale - sussistenza - diligenza - rilevanza - solo per le sanzioni.

Al fine della proroga ultratriennale del termine di revisione dei dazi è necessario che l'Amministrazione emetta un atto nel quale

sia formulata una notitia criminis entro il triennio decorrente dall'obbligazione doganale, non occorrendo, peraltro, accertare se, in relazione a tale fattispecie, sia iniziata o possa essere iniziata un'azione penale, essendo condizione necessaria, ma anche sufficiente, la qualificabilità dell'atto stesso come reato

Il Centro di Assistenza Doganale (CAD) che opera in rappresentanza indiretta è sempre solidalmente responsabile con l'importatore, anche nel caso in cui la falsità delle fatture sia riscontrabile solo a seguito di indagini fiscali. La diligenza o meno da parte del CAD sarà rilevante solo in tema di sanzioni, per cui le stesse saranno comminate in caso di negligenza ma il pagamento dei tributi sarà dovuto perché la responsabilità del dichiarante rileva indipendentemente dall'aspetto psicologico.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 3 gennaio 2020, n. 11 - Pres. Stolfi - Rel. Solamito.

TRIBUTI LOCALI - IMU - art. 9, d.lgs. n. 23/2011 - contratto di leasing - risoluzione - soggettività - società di leasing - mancata restituzione del bene - ir-rilevanza.

Ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 23/2011, nel caso di locazione finanziaria il locatario è il soggetto passivo IMU a decorrere dalla data di stipula e per tutta la durata del contratto, derivandone, qualora il contratto di leasing sia risolto, anche se l'immobile non sia stato restituito, che il locatore ritorna ad essere soggetto passivo. È chiaro quindi dal dettato normativo che nel caso di risoluzione del contratto di leasing la soggettività passiva IMU si individua nella società di leasing, anche se essa non ha ancora acquisito la materiale disponibilità del bene per la mancata riconsegna da parte dell'utilizzatore.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 7 gennaio 2020, n. 4 - Pres. e Rel. Sorrentino.

TRIBUTI LOCALI - ICI - agevolazione - art. 7, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 504/92 - prova - contenuto.

Al fine di usufruire dell'agevolazione ICI prevista dall'art. 7, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 504/92, non è sufficiente, per provare l'esercizio dell'attività culturale con modalità non commerciali, la semplice allegazione della particolare tipologia di attività svolta e la produzione di fotografie riproducenti l'interno dell'immobile e gli arredi e gli oggetti simbolici ivi contenuti.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 8 gennaio 2020, n. 8 - Pres. Fugacci - Rel. Manni.

TRIBUTI LOCALI - IMU - esenzione - immobile utilizzato da un'Associazione senza scopo di lucro.

Laddove un immobile sia adibito a sede di un'associazione senza scopo di lucro e venga utilizzato per scopi non commerciali (ma per la promozione della vita anacoretica), trova applicazione l'art. 7 comma 1 lett. i del D.Lgs. 504/92 e - conseguentemente - l'immobile è esente dal pagamento dell'Imposta .

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 15 gennaio 2020, n. 12 - Pres e Rel. Fagucci.

TRIBUTI LOCALI - IMU - calcolo imposta - vizio di forma.

L'indicazione della categoria A2 anziché A3 nell'avviso di accertamento è un vizio di forma che non inficia sulla quantifica-

zione dell'IMU che è - invece - calcolata sul valore della rendita catastale dell'immobile: tale ultimo elemento è - infatti - l'unico indice che deve essere preso in considerazione a questo fine.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 21 gennaio 2020, n. 16 - Pres. Fugacci - Rel. Castelli.

TRIBUTI LOCALI - IMU - omesso versamento - sanzioni - abitazione - assegnazione giudiziale alla figlia nata fuori da un matrimonio - convivenza con la madre - non debenza.

Conformemente alla giurisprudenza della Suprema Corte, la costituzione con sentenza del diritto di abitazione in capo al genitore affidatario dei figli ed assegnatario della casa familiare comporta che, anche nel caso di cessazione della convivenza more uxorio, il soggetto passivo diventi il genitore assegnatario anche se quest'ultimo non fosse comproprietario, con conseguente liberazione del genitore proprietario ma non assegnatario dell'immobile: conseguentemente, ai fini dell'applicazione dell'imposta municipale sugli immobili è soggetto passivo del tributo, nell'ipotesi di scioglimento del vincolo matrimoniale, il coniuge a cui viene assegnata la casa coniugale con un provvedimento giurisdizionale.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 21 gennaio 2020, n. 82 - Pres. Fannucci - Rel. Serra Caracciolo.

TRIBUTI LOCALI - TARSU - porticciolo turistico - posti barca - concessionaria - soggettività d'imposta - esclusione - singoli proprietari - soggettività - sussiste.

La società concessionaria di un porticciolo turistico non è tenuta al pagamento della TARSU richiesta per la superficie corrispondente ai posti barca non essendo il soggetto che "occupa" tali superfici (nella specie, la CTR ha accertato che la concessionaria aveva trasferito ai singoli privati che ormeggiano la loro imbarcazione la proprietà superficiale dei relativi posti barca per tutta la durata della concessione con contratti aventi efficacia reale; conseguentemente, con la cessione della proprietà superficiale i singoli acquirenti erano divenuti gli unici titolari della superficie in questione, con conseguente assunzione dei relativi tributi).

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 28 gennaio 2020, n. 36 - Pres. Failla - Rel. Dello Iacono.

TRIBUTI LOCALI - IMU - terreno agricolo - utilizzo da parte di terzi - agevolazione - non spetta.

Sebbene possa ritenersi indubbio lo svolgimento di un'attività agricola-viti-vinicola su un terreno qualificato dal piano regolatore come "edificabile", è altrettanto indubbio che, se l'attività viene svolta da un terzo soggetto, in forza di un contratto di comodato precario (che conferisce al comodante il potere di richiedere in qualsiasi momento la restituzione del bene), il proprietario del terreno non è imprenditore agricolo e la destinazione agricola del terreno non è né "stabile" né "irreversibile". Infatti, il proprietario può decidere in qualsiasi momento di rimpossessarsi del bene per sfruttarlo sotto il profilo edificatorio. Ne consegue che non sussistono i requisiti previsti dalla normativa IMU ai fini dell'applicazione dell'agevolazione afferente il calcolo dell'imposta per i terreni agricoli.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 18 febbraio 2020, n. 18 - Pres. e Rel. Fugacci.

TRIBUTI LOCALI - IMU - esenzione - abitazione principale - dimora abituale nucleo familiare - coniugi residenti in due comuni diversi - fattispecie.

Per abitazione principale, ai fini dell'esenzione dal pagamento dell'IMU, si intende l'unica unità immobiliare nella quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente; pertanto, nel caso in cui i coniugi siano residenti in due abitazioni differenti, nell'ambito dello stesso comune, l'agevolazione può essere concessa ad una sola delle due residenze. Laddove, invece, i coniugi risiedano in comuni diversi, l'agevolazione dal pagamento dell'IMU (per l'abitazione principale) può trovare applicazione solo se viene meno la convivenza tra le parti, evento che si verifica con la frattura del rapporto familiare e che - in ogni caso - deve essere documentato e provato dal provvedimento giudiziale di separazione.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 24 febbraio 2020, n. 52 - Pres. Sorrentino - Rel. Ranaldi.

TRIBUTI LOCALI - IMU - agevolazione per "abitazione principale" - art. 13, d.l. n. 201/2011 - coniugi - residenza anagrafica in comuni diversi - spettanza - non sussiste.

Conformemente alla giurisprudenza della Suprema Corte, non spetta l'agevolazione per "abitazione principale" al coniuge che abbia posto la residenza anagrafica in un Comune diverso rispetto a quello in cui l'altro coniuge risieda. Ed infatti, per "abitazione principale" deve intendersi l'immobile nel quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente, in modo tale da poter ritenere che essa costituisca la dimora abituale non solo del ricorrente ma anche dei suoi familiari. Da tale principio si evince, quindi, che per ogni nucleo familiare non può esservi da una sola abitazione principale, trattandosi di situazione da cui deriva un vantaggio fiscale di natura eccezionale; pertanto, nel caso di coniugi non legalmente separati, residenti in Comuni diversi, il beneficio richiesto non può essere duplice, bensì singolo per nucleo familiare.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 5 maggio 2020, n. 6 - Pres. e Rel. Sorrentino.

TRIBUTI LOCALI - IMU - art. 13, d.l. n. 201/2011 - coniugi - separazione - assegnazione casa coniugale - assoggettamento - non sussiste.

Per effetto dell'art. 13, co. 2, lett. c) del D.L. 201/2013, nell'ipotesi di "casa coniugale assegnata al coniuge, a seguito di provvedimento di separazione legale, annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti del matrimonio", l'IMU non è dovuta né dal coniuge assegnatario dell'abitazione, quale sua "abitazione principale" né, con ogni evidenza, dal coniuge non assegnatario non potendosi tale abitazione essere considerata, per quest'ultimo (seppure suo comproprietario al 50%) "seconda casa".

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 3 giugno 2020, n. 72 - Pres. Fugacci - Rel. Manni.

TRIBUTI LOCALI - IMU - leasing immobiliare - risoluzione anticipata del contratto - mancata riconsegna - decorrenza della soggettività passiva d'imposta del proprietario.

Un volta verificatasi la risoluzione anticipata del contratto di leasing, il proprietario dell'immobile diventa soggetto passivo all'Im-

posta (in luogo del locatario) a decorre dalla riconsegna del bene. Diversamente, la mancata riconsegna dell'immobile a seguito della risoluzione del rapporto per causa del conduttore, continua a determinare in capo al locatario gli obblighi assunti con il precedente contratto (tra i quali sussiste il pagamento dell'IMU per il relativo immobile).

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 20 gennaio 2020, n. 29 - Pres. e Rel. Sgambati.

TRIBUTI VARI - contributi consortili - contribuente - onere della prova - incumbenza.

In tema di riscossione dei contributi consortili, il Consorzio non deve dimostrare l'esistenza di un vantaggio diretto e specifico derivante agli immobili compresi nel piano dell'opera di bonifica, realizzandosi un'inversione dell'onere probatorio a seguito di una presunzione "iuris tantum" e non "iuris et de iure". Il contribuente può fornire in giudizio la prova contraria dell'insussistenza del beneficio (eventualmente con censura dei criteri con cui il Consorzio abbia messo in esecuzione le direttive del piano di classifica per la determinazione del contributo), anche se non abbia impugnato il suddetto piano di classifica in sede amministrativa, stante il potere di disapplicazione riconosciuto al giudice tributario dall'art. 7, d.lgs. n. 546/92.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 29 gennaio 2020, n. 44 - Pres. Greco - Rel. Grasso.

TRIBUTI VARI - contributo unificato - opposizione stato passivo - misura - fissa esclusione.

Ai fini della determinazione del contributo unificato dovuto per i procedimenti di opposizione allo stato passivo deve aversi riguardo non al procedimento camerale previsto, bensì alla natura giurisdizionale dei procedimenti in questione. Detta circostanza impedisce il rilievo e l'applicabilità dell'art. 13 co. 5 del d.p.r. 115/2002 (e l'applicabilità del c.u. nella misura fissa ivi prevista), con la conseguente necessità di fare riferimento - ai fini della determinazione del contributo dovuto - alla dichiarazione di valore resa dal difensore ai sensi dell'art. 14 dpr cit..

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 17 febbraio 2020, n. 44 - Pres. Sorrentino - Rel. Baldini.

TRIBUTI VARI - contributi consortili - debenza - beneficio - immobili all'interno del comprensorio consortile - presunto.

L'assoggettamento al pagamento dei contributi consortili deriva dalla legge che permette al Consorzio di imporre contributi a carico dei proprietari di immobili agricoli ed extra agricoli ricadenti all'interno del comprensorio di bonifica. Il beneficio di bonifica corrisponde all'entità del danno che viene evitato con l'attività di bonifica. Pertanto dato che l'azione di bonifica garantisce l'equilibrio idrogeologico del territorio e non delle singole proprietà, essa si presume sussistente per tutti gli immobili ricompresi all'interno del perimetro che delimita il comprensorio consortile.

Documenti

*Lo “stato” dei più recenti progetti di riforma del contenzioso tributario e il rischio di una “involuzione del sistema”, a fronte di interventi normativi ultimamente assunti. **

Prof. Avv. Antonio Lovisolo

Università di Genova

1. Il 2018 e 2019 sono state annualità proficue dal punto di vista della riforma del contenzioso tributario, essendo riscontrabile, in tale lasso di tempo, la predisposizione di alcuni significativi Progetti di riforma, del contenzioso tributario. Al riguardo ricordo solo tali più significativi Progetti, e cioè: Il DDL del Senato n. 243 (Vitali) del 10 aprile 2018; Il DDL della Camera n. 840 del 2 luglio 2018 (Savino); Il DDL Senato n. 724 del 25 luglio 2018 (Caliendo); Il DDL Camera presentato il 23 gennaio 2019 (primi firmatari Centemero e Gusmeroli poi definito “Codice Tributario Glendi/La Bruna”; Successivamente ripreso (parzialmente) dal D.L. 1243 Senato (Romeo ed altri). Il DDL Camera (Martinciglio).

Oltre a tali DDL, ricordo fra gli altri i (meno strutturati e più recenti) “*motu proprio*” sia del Presidente della Corte dei Conti che dell’attuale Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché, il progetto Colletti Viscomi (Camera dei deputati 2283).

Invero, il contenuto di tali (a mio avviso più salienti) Progetti certamente (a mio avviso) non è sempre “*ottimale*” e “*condivisibile*”, tuttavia dimostra l’esistenza, fra gli studiosi e i cultori della materia, di un “*fermento*”, motivato dalla necessità di rivedere (anche profondamente) l’attuale assetto del processo tributario e soprattutto lo status del giudice tributario.

In particolare, tali (a mio avviso) più significative proposte di riforma del contenzioso tributario, pur nella loro “*diversità*”, sono tuttavia convergenti sui seguenti punti:

A. Autonomia della Giurisdizione

Innanzitutto (con soddisfazione ed apprezzamento) vedo che le ricordate iniziative parlamentari intendono prevalentemente mantenere la **autonomia** della giurisdizione tributaria (affidata alle Commissioni Tributarie quasi sempre definite “*Tribunali tributari*”).

Tuttavia, non è “*tramontata*” la tendenza, di affidare la giustizia tributaria a sezioni specializzate dei tribunali ordinari (Progetto Ermini) o quella (Naccarato) di trasformare le Commissioni Tributarie in “*Sezioni della Corte dei Conti*”.

Anzi (come vedremo) una più recente proposta (Colletti Viscomi) (rifacendosi al Progetto Ermini) è favorevole alla convergenza della giurisdizione tributaria in quella del giudice ordinario ed esistono anche tendenze alla concentrazione della

stessa presso la Corte dei Conti (*motu proprio* del Presidente della Corte dei Conti e del Presidente del Consiglio dei Ministri).

B. Gestione delle Commissioni tributarie affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri

Inoltre, ulteriore elemento comune di tali (più significative) proposte, è la previsione che la **gestione** e l’**organizzazione** delle Commissioni Tributarie sia sottratta al Ministero dell’Economia e delle Finanze e affidata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, o (quanto meno) al Ministero di Grazia e Giustizia con la (auspicabili) ricadute che vedremo.

C. Rafforzamento della sezione tributaria e istituzione delle “Sezioni Unite tributarie” presso la Suprema Corte.

Parimenti la maggioranza dei Progetti indicati sono concordi nell’indicare la necessità del rafforzamento del giudizio nanti la Suprema Corte di Cassazione, prevedendo anche la istituzione per legge di una sua Sezione Tributaria specializzata, suddivisa in sottosezioni, talora (progetto Glendi – La Bruna, Centemero e progetto Martinciglio) individuate per materia da trattare, dotate di 30 (Savino) 35 (Centemero e Vitali), o 44 (Caliendo), Magistrati con previsione anche di una adunanza plenaria tributaria (Progetto Glendi – La Bruna Codice Tributario).

Profilo questo che, appare idoneo ad eliminare (o quanto meno ridurre) il noto “*collo di bottiglia*” rappresentato dal giudizio nanti la Suprema Corte.

Tuttavia (stranamente) il più recente Progetto Colletti - Viscomi pur attribuendo la giurisdizione al giudice ordinario (sezioni specializzate presso i Tribunali capoluoghi di provincia) nulla prevede circa il giudizio in Cassazione.

D. Stato giuridico economico e reclutamento del Giudice Tributario

Fondamentale profilo comune attiene allo stato giuridico ed economico e al reclutamento dei giudici tributari.

A tal fine, tutti gli indicati Progetti di legge, prevedono giudici togati, (con trattamento economico assimilato a quello dei Magistrati ordinari), con divieto di iscrizione in albi professionali, assunti tramite concorso ad hoc, su base regionale. In particolare segnalo che il DDL (Glendi – La Bruna Codice Tributario (poi ripreso dal Progetto Romeo) prevede che i “*nuovi*” giudici (circa 800 unità complessive) avrebbero dovuto (addirittura!) essere nominati entro il 30 novembre 2019!

In particolare tale Progetto (Glendi - La Bruna) dimostra di potersi giustamente autodefinire “*Codice del contenzioso tributario*” se non altro perché, alla previsione di un “*libro primo*” dedicato alle regole del processo nanti le Commissioni Tributarie, fa seguito un “*libro secondo*” (da art. 149 a art. 211) dedicato all’ “*ordinamento giudiziario tributario*”, alle stregua cioè della bipartizione fra il d.lvo 1992, n. 546 e 545.

2. Ho voluto ricordare espressamente tali (a mio avviso) apprezzabili ed auspiccate prospettive di riforma affinché non siano dimenticate ed abbandonate, tenuto conto che il loro iter parlamentare ha trovato (come è oggi comprensibile) uno “*stop*”, a causa dei recenti eventi pandemici.

* Relazione svolta al Convegno “*Prospettive di riforma fiscale e novità fiscali nell’era Post-Covid*” organizzata, in video conferenza, il 2 ottobre 2020 dal Centro studi di diritto tributario di Villa Marigola e dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria.

Come è a tutti noto, il funzionamento delle Commissioni Tributarie (lo ripeto, come è *transitoriamente* comprensibile) è stato “bloccato” (o quasi) per alcuni mesi (da febbraio a maggio 2020) durante i quali non è stata fissata alcuna udienza (neppure “da remoto”), poche sentenze (anche a livello di Suprema Corte) sono state depositate e si è riscontrata una certa difficoltà (non del tutto risolta) a richiedere atti, documenti o consultare fascicoli presso le Commissioni Tributarie.

In particolare, durante il periodo di “chiusura”, in materia di contenzioso tributario, sono stati assunti (fra l’altro) provvedimenti diretti a disciplinare la regolamentazione della “*pubblica udienza*” che (almeno inizialmente) si è trasformata nella previsione di un “*collegamento da remoto audiovisivo*” tra i diversi luoghi in cui si trovavano le diverse parti del giudizio tributario (giudici e difensori) e il personale amministrativo delle Commissioni Tributarie, cercando comunque di assicurare ai sensi dell’art. 135 comma 2 D.L. 2020 n. 34 “*una effettiva, controllabile e reciproca loro partecipazione visibilità e uditiva*”. A mio avviso, se la introduzione di tali “collegamenti da remoto” appare comprensibile e giustificata, appare invece censurabile il fatto che la individuazione “*delle controversie*” da affidare a tale (ex pubblica) udienza “da remoto” non sia stata lasciata alla libera scelta delle parti ma ai “*giudici sulla base dei criteri stabiliti dai Presidenti delle Commissioni Tributarie*”.

Invero tale problematica appare oggi superata posto che (almeno nella mia recente esperienza) oggi le Commissioni Tributarie tendono ad organizzare pubbliche udienze “*in presenza*” (seppure ovviamente con le dovute cautele comportamentali) ma resta il fatto che la previsione di una pubblica udienza “*da remoto*” o addirittura la sua abolizione a favore di un “*processo solo documentale*”, affidato ad una Camera di Consiglio fra i giudici, risulta fortemente voluta – anche a regime – dal MEF sotto la cui “*egida*” permangono le Commissioni Tributarie (1).

Tale più recente “quadro” si completa, ricordando il Progetto Colletti – Viscomi (2283 Camera dei Deputati) che ha fatto “riemergere” la tendenza, (già formulata nel precedente Progetto Ermini), di affidare la giurisdizione tributaria a sezioni specializzate dei tribunali ordinari.

Non è questa la sede per un esame critico del contenuto di tale Progetto Colletti - Viscomi. Mi limito, pertanto ad evidenziare che, secondo tale Progetto, le attuali Commissioni Tributarie sarebbero soppresse ed i relativi procedimenti sarebbero attribuiti a *sezioni specializzate istituite presso i Tribunali* siti (solo) in capoluoghi di Provincia e presso le Corti di Appello, con assunzione, per concorso, di 800 Magistrati.

Tali sezioni specializzate in I° grado, si articolerebbero, prevalentemente in composizione monocratica e solo per “*questioni di particolare complessità*” o per “*principi giuridici particolari*” in composizione collegiale. Le relative sentenze sarebbero impugnabili nanti la Corte di Appello, in composizione monocratica per un valore fino a di € 100.000,00. Tali sentenze sarebbero poi impugnabili in Cassazione senza tuttavia (come detto) la previsione di alcun “rafforzamento” di tale terzo grado di giudizio.

Ciò premesso, mi limito ad osservare che tale giudizio seguirebbe il rito del “*procedimento sommario*” di cui all’art. 702 bis c.p.c., escludendosi la possibilità di cambiamento “di rito” (come altrimenti generalmente consentito dall’art. 702 ter terzo comma c.p.c.).

In particolare la istruttoria di tale processo (come per tutti i “procedimenti sommari”) sarebbe gestita “*nel modo ritenuto più opportuno*” dal giudice (monocratico o collegiale che sia) (art. 702 ter comma 5 c.p.c.).

Il Progetto inoltre prevede la cessazione anche del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria.

Nessun accenno alla precipuità delle problematiche delle commissioni tributarie quali ad esempio:

a. controversie di impugnazione d’atti o ammissibilità di azioni di accertamento?

b. istruttoria? Prova testimoniale?

c. ottemperanza delle sentenze tributarie.

Come si vede, trattasi di Progetto che non affronta le *precipuità* del contenzioso tributario e comporta la *sostanziale abolizione della giurisdizione tributaria*, della sua autonomia e delle sue precipuità alle quali tutti (seppure certi di doverne migliorare il funzionamento) particolarmente teniamo essendo convinti della sua inderogabilità anche sul piano costituzionale, ponendosi tale Progetto in palese violazione con la VI Disposizione transitoria e l’art. 25 della Costituzione.

Per non parlare del fatto che l’affidamento del processo tributario a un giudice (quello ordinario) che notoriamente è “*mal funzionante*” (e “*ingolfato*” di lavoro). In tal modo si finisce per affossare definitivamente il giudizio tributario (caso sufficientemente snello e veloce), fra l’altro senza alcuna previsione in relazione all’altrettanto (anche oggi) “*mal funzionante*” giudizio di Cassazione.

Quindi riscontriamo prospettive negative per la riforma del processo tributario ribadite ulteriormente se si prende atto del “riemergere” di precedenti iniziative parlamentari (Naccarato), dirette a trasformare le Commissioni Tributarie in “*Sezioni della Corte dei Conti*”.

In particolare quest’ultima tendenza è stata ribadita sia dalla “*autocandidatura*” formulata dal Presidente della Corte dei Conti, diretta all’affidamento a quel giudice delle materie attualmente oggetto della giurisdizione tributaria sia (più recentemente) dal “*motu proprio*” espresso in tal senso dall’attuale Presidente del Consiglio.

Evidentemente, in questo modo, addirittura si riscontra la tendenza a mettere, in discussione la “*terzietà*” del giudice e la autonomia e precipuità della “nostra” giurisdizione che (nel caso della Corte dei Conti) finirebbe per essere affidata al giudice che è istituzionalmente deputato alla tutela degli interessi dell’Erario!

Confido quindi che tali “*venti pandemici*” cessino di soffiare nell’ambito del contenzioso tributario e che si possa procedere nella strada della riforma, intrapresa con i ricordati Progetti del 2018-2019, in particolare, portando avanti il Progetto definito di “*Codice della riforma del contenzioso tributario*” che (seppure non scevro da profili degni di critica e di revisione) appare tuttavia attualmente il più completo e condivisibile anche sotto il profilo (fondamentale) del diverso assetto dello stato giuridico e normativo del giudice tributario.

3. Ciò premesso, ritengo che anche sotto *profili diversi*, il presente momento storico sia (ad utilizzare un eufemismo) alquanto “*delicato*”.

È notorio che i testi normativi (specie quelli “*tecnici*”) sono predisposti dai “*vertici burocratici*” dei Ministeri interessati e che recepiti dai vari D.L., sono convertiti in Legge, senza una vera discussione parlamentare, legati come sono a “*vicende politiche*” e alla “*fiducia parlamentare*” richiesta da chi li propone.

Ne nascono provvedimenti normativi ampiamente censurabili. Mi limito a “*mettere in fila*” i seguenti provvedimenti (altri sicuramente il lettore ne potrà aggiungere):

3.1. È notoria e condivisa la necessità di prevedere “*filtri amministrativi*” diretti ad evitare (o ridurre) l’accesso al contenzioso tributario.

In questa prospettiva ritengo che un valido ed efficace contraddittorio preventivo che – ante accertamento – consentisse alle parti di valutare compiutamente le reciproche posizioni potrebbe avere un *effetto deflattivo* del contenzioso, consentendo (da un lato) alla Agenzia la formulazione di una pretesa impositiva maggiormente sostenibile e nel contempo accettabile per un contribuente “*accorto*” e “*ben consigliato*”.

Al riguardo i principi comunitari avallano l'esistenza di un reciproco “*diritto di essere ascoltati*”, imponendo una reciproca e anticipata “*disclosure*” fra contribuente e pubblica amministrazione, tenuti entrambi a mettere anticipatamente “sul tavolo” i propri documenti e fascicoli (cfr. Corte di Giustizia 9 novembre 2017 C.298/16 e 4 giugno 2020 C 430/19) allo scopo di consentire la preventiva reciproca valutazione della convenienza ad una definizione, piuttosto che al contenzioso che in tal modo potrebbe risultare “deflazionato”.

Nonostante ciò, dal 1 luglio scorso il c.d. “*contraddittorio preventivo*” si è trasformato (art. 5 ter d.lvo 218/1997 come introdotto con D.L. 30 aprile 2019 n. 34 con effetto dal 1 luglio 2020) in uno “strumento istruttorio” dell'ufficio che può richiedere (ante accertamento) documenti e chiarimenti (al fine di meglio confezionare l'atto impositivo), senza tuttavia dover manifestare al contribuente quali specifici elementi l'Agenzia abbia a disposizione e tenuto conto che il contribuente che non ottemperi a tale specifico invito non potrà produrre in giudizio i documenti richiesti.

In realtà, in tal modo non si realizza il c.d. “*contraddittorio*” (o il “*diritto reciproco di essere ascoltati*”) ma una più penetrante “*istruttoria*” ante accertamento con “buona pace” dei ricordati principi comunitari, vanificando, in gran parte, la soprattutto utilizzabilità del “*contraddittorio preventivo*” quale efficace strumento deflattivo del contenzioso tributario.

3.2. Si è già considerato che il contenzioso tributario sembra evolversi verso un “*giudizio documentale*”, interamente telematico, con una significativa riduzione della diretta partecipazione del difensore. Evoluzione, invero, non del tutto da censurare in questo (si spera transitorio) periodo ma che sarebbe incongruente ove tale processo documentale (come è stato prospettato) dovesse svolgersi a regime e interamente in via telematica ma senza specificamente dotare tutte le Commissioni tributarie (e i suoi giudici in particolare) strumenti informatici idonei alla consultazione (anche “da remoto”) degli atti depositati e da esaminare.

Al riguardo, si consideri che la pretesa impositiva (spesso) è fondata su presunzioni normativamente previste, la cui prova contraria deve essere fornita nel giudizio nanti il Giudice tributario. In proposito (a pensar male!) v'è da domandarsi fino a che punto corrisponda ad un interesse del Ministero delle Finanze (sempre oberato dalla necessità di “fare quadrare i conti”) assicurare un “ottimale” funzionamento delle Commissioni medesime dotandole delle risorse necessarie. E ciò con particolare riferimento alla necessità che, stante la, generalizzazione del giudizio telematico, siano assicurati al Giudice tributario idonei strumenti (anche informatici) al fine di poter consultare (e quindi eventualmente “stampare” ed esaminare) anche “da remoto” gli atti e i documenti depositati dalle parti che altrimenti corrono il rischio di rimanere in una sorta di “*limbo telematico*” (2).

Si confida che la “*sorveglianza*” affidata ad un “*soggetto*” “*non parte*” del processo (e cioè alla Presidenza del Consiglio dei Ministri) (che comunque dovrà essere dotato di idonee risorse) si riveli maggiormente idonea ad assicurare, anche sotto questo

profilo, un migliore funzionamento delle Commissioni che è garanzia di loro imparzialità ed indipendenza.

3.3. Ulteriore provvedimento normativo del tutto incongruente ed ingiustificato è rappresentato dalla recente previsione del DL “*semplificazione*” (DL 76/2020) che (anche dopo la sua conversione in legge) prevede la esclusione dalle gare pubbliche di appalto delle imprese che abbiano debiti con il Fisco (anche se solo a titolo provvisorio) per importi superiori a 5 mila euro e a prescindere dall'esito del contenzioso eventualmente già instaurato.

In tal modo, le imprese (che operino con la pubblica amministrazione) possono subire la prospettiva di aver maggior convenienza economica a sottostare alle pretese dell'Agenzia (anche se infondate o comunque riducibili in giudizio) piuttosto che ad intraprendere un giudizio di contestazione della pretesa impositiva.

Sono evidenti i profili di incostituzionalità (sotto diversi aspetti) di tale “*irragionevole*” previsione normativa che surrrettizamente introduce “di fatto” una sorta di “*solve et repete*” per le imprese che comunque intendano resistere alle pretese impositive elevate nei loro confronti.

3.4. Per non parlare poi del “*guazzabuglio*” del regime di sospensione dei termini (in materia di “*accertamento, riscossione e contenzioso*”) introdotto nel periodo pandemico, la cui “*specificità*” e poca chiarezza delle norme che li prevedono addirittura pone in discussione la loro cumulabilità con il “*generale*” regime di sospensione dei termini feriali (Cass. 2019/19587), e comunque non appare conciliabile con l'applicazione dei termini previsti per la procedura di adesione. Per non parlare poi della “*opacità*” (prevista dall'art. 157 del Decreto rilancio) della distinzione fra “*emissione*” dell'atto di accertamento (soggetto all'ordinario termine di decadenza scadente entro il 2020) e sua “*notifica*” differita al 2021, e ciò (fra l'altro) senza minimamente porsi il problema della debenza degli interessi comunque sempre a carico del contribuente (3), anche in presenza di un differimento dei termini di accertamento nell'esclusivo interesse dell'amministrazione causata dalla sua “*diversa organizzazione*” nel periodo COVID.

In definitiva, mi sembra che il sistema tributario si stia da ultimo complessivamente allontanando da criteri di “*ragionevolezza*” e di “*parità delle armi*” verso i quali sembrava indirizzarsi anche attraverso (per rimanere al settore del contenzioso) il rafforzamento della “*indipendenza*” del giudice tributario assicurata dalla sua maggior preparazione (assunzione per concorso) ed adeguato trattamento economico.

Come dicevo, spero che tali “*venti pandemici*” calino, ma non ne sono troppo sicuro: temo, anzi, che le recenti ricordate previsioni normative (che solo oggi possono essere giustificate da transitorie ragioni di necessità) rappresentino, a certi livelli, l'occasione per una “*ristaurazione*” di pregresse situazioni alle quali, solo con il tempo, si era riusciti a porre rimedio.

Note.

(1) Da ultimo “*revisionata*” introducendo la disciplina della “*correzione delle sentenze*” (art. 71-73).

(2) Si veda al riguardo Glendi: “*Le caotiche mutazioni dei termini del processo tributario durante la pandemia del Corona virus*” in Riv. Giur. Trib. 2020 pag. 389

(3) Si ricorda che attualmente il tasso degli interessi a favore dell'Erario è di gran lunga superiore a quello preteso dal sistema.

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

I

Corte di Cassazione, sez. III pen., 28 settembre 2018, n. 53319 - Pres. Di Nicola - Rel. Scarcella.

IVA - reato di evasione dell'IVA all'importazione - reato di violazione delle accise - contraddittorietà della nuova valutazione - rinvio alla Corte di Appello di Genova.

Deve essere annullata senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente ai reati di concorso in emissione di fatture per operazioni inesistenti di cui ai capi n) ed o) della rubrica perché il fatto non sussiste e con rinvio limitatamente ai capi a) ed m) della rubrica ad altra sezione della Corte di Appello di Genova, ai fini di una nuova valutazione sui fatti oggetto del procedimento. (1)

Deve essere revocata la confisca per equivalente disposta con riferimento al profitto dei reati di cui ai capi n) ed o). (2)

II

Corte d'Appello di Genova, sez. II pen., 4 ottobre 2019, n. 146 - Pres. e Rel. Diomeda.

IVA - reato di evasione dell'IVA all'importazione - reato di violazione delle accise - intervenuta prescrizione - confisca obbligatoria dell'oggetto - confisca diretta "per equivalente" del profitto del reato - necessità.

In parziale riforma della sentenza del Tribunale di Genova pronunciata in data 10 luglio 2015, limitatamente ai capi A) ed M) oggetto del rinvio, deve dichiararsi non doversi procedere nei confronti degli imputati per essere i reati a loro rispettivamente ascritti estinti per intervenuta prescrizione. (3)

Deve essere confermata la confisca del natante "Force Blue" nonché la confisca per equivalente nei confronti di tutti gli imputati fino all'ammontare di € 3.600.000,00. (4)

I

(...*Omissis*...)

Considerato in diritto.

(...*Omissis*...) 9. Ritiene il Collegio che la sentenza debba essere annullata senza rinvio perché il fatto - contestato al capo sub n) della rubrica (n.d.r. emissione di fatture relative ad operazioni soggettivamente inesistenti) - non sussiste, cui consegue la revoca della confisca per equivalente degli importi relativi; diversamente, con riferimento ai residui reati, la sentenza merita di essere annullata con rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello di Genova, ravvisandosi plurimi profili di criticità del percorso logico - argomentativo che meritano di essere riesaminati dal giudice del rinvio. (...*Omissis*...)

16. (...*Omissis*...) è innegabile che la sentenza d'appello presenti un *deficit* argomentativo non colmabile in questa sede, costituito anzitutto dalla palese contraddittorietà interna su un punto centrale della vicenda, ossia la circostanza dell'utilizzo della società *Autumn sailing* quale società schermo, atteso che la normativa si limita ad escludere che possa essere considerata attività commerciale quella che, dietro lo schermo

di una struttura societaria, risulta rivolta esclusivamente a permettere al socio o a soggetti riconducibili ai soci, l'uso personale di determinati beni. Sul punto, tuttavia, si registra un'insanabile contraddittorietà argomentativa nella sentenza impugnata, atteso che, mentre tale circostanza (ossia, la circostanza dell'utilizzo della società *Autumn sailing* quale società schermo) viene ad essere inequivocabilmente esclusa nella sentenza impugnata in quella parte della motivazione in cui la sentenza si sofferma a trattare il reato di cui all'art. 8, d. Igs. n. 74 del 2000, diversamente, la medesima circostanza appare invece essere il fondamento argomentativo su cui riposa la tesi della sussistenza del reato di evasione dell'IVA all'importazione. Solo, infatti, ipotizzando che la società proprietaria dell'imbarcazione fosse una società schermo della titolarità del natante in capo al Briatore, il quale utilizzando la nave a scopo diportistico sarebbe stato tenuto a pagare l'IVA, può ipotizzarsi la configurabilità del reato oggetto di contestazione, dovendosi, infatti, solo in tale ultimo caso, ritenere del tutto ultronee le disquisizioni giuridiche circa la rilevanza del requisito della "prevalenza", una volta sciolta la contraddizione logica secondo cui, mentre per un reato (l'art. 8, d. Igs. n. 74 del 2000) la tesi della società "schermo" viene ad essere esclusa, laddove, per l'altro reato (ovvero, per gli altri reati, tra loro collegati, sia l'art. 70, d.P.R. n. 633 del 1972 e l'art. 40, comma primo, lett. c), D. Lgs. n. 504 del 1995), si da invece sostanzialmente per presupposto che la *Autumn sailing* avesse tale caratteristica di "schermo" della titolarità del natante in capo al Briatore, il quale utilizzando la nave a scopo diportistico sarebbe stato tenuto a pagare l'IVA.

17. A tale *deficit* argomentativo non altrimenti colmabile in questa sede di legittimità, si aggiungono poi una serie di silenzi e di vuoti motivazionali correttamente fatti rilevare dalle difese. Segnatamente, vengono in rilievo alcune deduzioni difensive, sollevate con i motivi di appello, che sarebbero rimaste prive di riscontro da parte della Corte territoriale. (...*Omissis*...)

18. Alla stregua di tali, evidenti, *deficit* motivazionali l'impugnata sentenza dev'essere annullata con rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello di Genova. Il giudice del rinvio colmerà, quindi, tali *deficit*, risolvendo, anzitutto, il profilo di contraddittorietà interna dianzi rilevato (ossia la natura o meno della *Autumn sailing* come società schermo del Briatore), per poi passare ad esaminare, ove negativamente risolto tale pregiudiziale quesito, tutte le richiamate deduzioni difensive dimostrative, nella prospettazione delle difese dei ricorrenti, della commercialità dell'imbarcazione. (...*Omissis*...)

19. Strettamente collegata alla questione relativa al reato di cui all'art. 70, d.P.R. n. 633 del 1972 (n.d.r.: reato di evasione dell'IVA all'importazione) è quella, sollevata con un terzo gruppo di motivi, afferente al tema della configurabilità dell'elemento psicologico del reato. (...*Omissis*...)

19.1. Anche tale motivo è fondato. (...*Omissis*...)

19.2. Anche su tale punto, le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata non superano il vaglio di legittimità, in quanto adeguatamente confutate dalle contrarie argomentazioni difensive, dovendosi peraltro confrontare con la natura dolosa del reato oggetto di contestazione, che pur non essendo un reato a dolo specifico, presuppone pur sempre che

sia raggiunta la prova della volontà di introdurre la merce nel territorio dello stato fuori del controllo doganale al fine di evadere il pagamento dell'IVA, quale che sia la reale intenzione dell'agente in ordine alla destinazione finale di essa. (...*Omissis*...) Anche su tale profilo, pertanto, il giudice del rinvio dovrà porre rimedio al *deficit* argomentativo della sentenza impugnata. (...*Omissis*...)

23. Conclusivamente, l'impugnata sentenza dev'essere annullata senza rinvio per insussistenza del fatto quanto ai reati di concorso nell'emissione di fatture per operazioni inesistenti, e con rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello di Genova nel resto. All'annullamento senza rinvio, segue, peraltro, la revoca della disposta confisca per equivalente dell'importo relativo alle imputazioni sub n) ed o).

II

Svolgimento del processo

(...*Omissis*...) la sentenza rescindente, per la natura del vizio riscontrato nella precedente sentenza di appello, a parte il rigetto di questioni processuali pregiudiziali sollevate dalle difese e la dichiarata assoluzione dai reati di emissione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, non contiene l'enunciazione di principi di diritto vincolanti per questo giudice del rinvio, né altri tipi di accertamenti che comportino preclusioni nell'ambito della cognizione di questo nuovo giudizio di appello in sede di rinvio. Ed infatti, l'annullamento della precedente decisione di secondo grado è avvenuto esclusivamente per vizi della motivazione, ritenuta contraddittoria e carente, in ordine alla sussistenza dei reati, per cui la Corte di cassazione ha espressamente rimesso a questo giudice del rinvio la nuova valutazione dei motivi di appello a suo tempo proposti dalle difese degli imputati avverso la sentenza di primo grado con riferimento alle questioni di merito inerenti la sussistenza dei reati contestati. (...*Omissis*...)

Consegue che questo giudizio di rinvio, volto a verificare incidentalmente la pregressa esistenza di tutti gli elementi costitutivi dei reati in questione, la Corte è libera di procedere ad un'autonoma valutazione dei fatti emersi nel corso del dibattimento di primo grado e di tutte le argomentazioni giuridiche sostenute dalle parti, ivi compresa la pubblica accusa, indipendentemente dalle valutazioni compiute nei precedenti giudizi di merito.

A tutto concedere, nella decisione rescindente è dato ravvisare, più che un principio di diritto, una indicazione programmatica di tipo logico argomentativo, là ove al punto 18 della decisione la Corte di Cassazione demanda a questo giudice di rinvio il compito di risolvere in via prioritaria il tema relativo alla natura della società Autumn Sailing, e cioè se la stessa sia stata mero schermo dell'imputato B. oppure effettiva società commerciale, per poi procedere, solo se negativamente risolto il predetto quesito (cioè in caso possa escludersi che la predetta società abbia costituito un mero schermo di B.) tutti i temi in fatto e in diritto proposti dalle difese degli imputati al fine di accertare la natura commerciale dell'impiego del natante. (...*Omissis*...)

Conclusioni sulla sussistenza dei reati.

Le considerazioni sopra svolte circa l'effettiva proprietà del natante in capo a B., la funzione di mero schermo societario svolto dalla Autumn Sailing e la natura di "sham trust" del FB TRUST, unitamente al poderoso compendio probatorio tutto coerente in modo univoco ed escludere che del natante stesso sia fatto uso commerciale nel senso richiesto dalla normativa che disciplina l'esonero dell'IVA all'importazione,

consentono di concludere per la sussistenza dei reati ascritti ai capi a) ed m) dal punto di vista oggettivo, e per la loro riferibilità dal punto di vista soggettivo al dolo di tutti gli imputati appellanti, sia del beneficiario B., sia degli altri imputati, concorrenti nel predisporre e mantenere l'artificioso schermo societario e la relativa copertura della reale attività svolta da B., nonché nel garantire al predetto i vantaggi derivanti dall'evasione fiscale.

(...*Omissis*...)

Pertanto, non è possibile pronunciare assoluzione degli imputati, ed in relazione ai reati oggetto del presente giudizio di rinvio deve dichiararsi l'intervenuta estinzione per prescrizione.

(...*Omissis*...)

Il tema residuale da affrontare è quello di valutare se la confisca di cui all'art. 301 del D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 è operabile anche nel caso, come quello in questione, in cui sia intervenuta estinzione del reato per prescrizione.

(...*Omissis*...)

(1-4) Il caso "FORCE BLUE": considerazioni sulla confisca in relazione all'intervenuta prescrizione del reato presupposto.

Sommario: 1. Premessa - 2. La vicenda processuale - 3. Sulla sussistenza dei reati contestati - 4. La confisca dell'oggetto e del profitto del reato - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Verificata nella vicenda in esame la sussistenza dei reati di evasione dell'IVA all'importazione e di violazione delle accise, la Corte d'Appello affermava la penale responsabilità degli imputati e dichiarava altresì l'intervenuta prescrizione dei predetti reati, affrontando la questione dell'applicabilità della confisca nonostante l'intervenuta estinzione del reato e risolvendola positivamente.

Invero, l'esigenza dell'irrogazione della misura ablatoria dinanzi a fattispecie cadute in prescrizione, avvertita *incidenter tantum* dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite già nel caso De Maio (2008), è stata dapprima negata dalle pronunce del Giudice di Strasburgo Sud Fondi e Varvara degli anni a venire - in riferimento alla confisca urbanistica - ed è stata poi oggetto di un *revirement* giurisprudenziale innestato dalla Corte Costituzionale con la nota pronuncia n. 49 del 2015, dalla quale è stato estrapolato il principio fondante l'ablazione nell'ipotesi di reato prescritto, secondo il quale "[...] nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione del reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità".

Il *Force Blue*, un natante di lusso della società Autumn Sailing Limited adibito a mezzo di charter, nel 2010 veniva fermato al porto di La Spezia dalla Guardia di Finanza di Genova che, dopo aver proceduto a regolare controllo ed aver richiesto mediante rogatoria all'estero - in Svizzera e a Montecarlo - accertamenti ed acquisizioni documentali, trasmetteva la notizia di reato alla Procura competente per formulare l'imputazione a carico di cinque imputati collaboratori nella società, che vedeva indicati - tra gli altri, e per quello che qui interessa - i reati di evasione dell'IVA all'importazione (art. 70 d.p.r. 633/1972, c.d. T.U. IVA) e di violazione delle accise (art. 40 c. 1 lett. c) e c. 4 d.p.r. 504/1995, c.d. T.U. Accise). La vicenda, iscritta nel registro delle notizie di reato nel 2010, procedeva nei tre gradi di giudizio, all'esito dei quali la Corte di Cassazione disponeva l'annullamento con rinvio della sen-

tenza della Corte d'Appello genovese ad altra Sezione della medesima Corte, al fine di decidere limitatamente dei reati sopra indicati. In particolare, l'annullamento con rinvio veniva disposto per vizio di motivazione in ordine alla sussistenza dei reati contestati, per cui il Giudice del rinvio veniva chiamato ad una nuova valutazione dei fatti emersi in sede di dibattimento di primo grado, delle argomentazioni giuridiche sostenute dalle parti e dalla pubblica accusa nonché dei motivi di appello già proposti dalle difese degli imputati avverso la sentenza di primo grado.

All'esito di siffatta valutazione, la sez. II Corte d'Appello di Genova, nella veste di Giudice del rinvio, ha disposto la confisca del natante *Force Blue*, nonché la confisca per equivalente del profitto derivante dal reato di evasione dell'IVA all'importazione fino all'ammontare di €3.600.000,00 nonostante la dichiarata intervenuta estinzione del reato-presupposto a seguito di prescrizione.

2. La vicenda processuale.

Prima di addentrarsi nel merito della questione concernente la misura ablatoria è necessario ripercorrere le fasi principali del procedimento, onde meglio comprendere le *rationes* che hanno portato la Corte d'Appello a ritenere sussistenti i reati ascritti agli imputati e, conseguentemente, confermare la confisca nei termini suindicati.

Il caso *Force Blue* ha visto coinvolti cinque soggetti, riconducibili – con diverse qualifiche – alla società Autumn Sailing Limited, imputati in concorso per una cospicua serie di reati inerenti l'evasione dell'IVA all'importazione, la violazione delle norme sulle accise in riferimento ai rifornimenti di carburante immesso nel natante e l'emissione di fatture relative ad operazioni inesistenti.

All'esito del giudizio di primo grado, il Tribunale di Genova (1) accertava in fatto che lo yacht *Force Blue* era stato usato promiscuamente da F. B. (amministratore di fatto e proprietario della Autumn Sailing Limited), sia per diporto personale e della sua famiglia sia stipulando con terzi contratti di noleggio (c.d. *charters*), circostanza che delegittimava – diversamente da quanto sostenuto dalle difese degli imputati – l'esenzione vantata, prevista *ex lege* per la cessione permanente e non occasionale delle navi destinate all'esercizio di attività commerciali (art. 8 *bis*, c. 1 lett. a) T.U. della Legge Doganale, c.d. T.U.L.D.).

Sicché il primo Giudice riteneva provati il reato di evasione dell'IVA all'importazione, nonché i reati di violazione delle accise (sebbene riscontrandone, in relazione ad alcune contestazioni più risalenti, l'intervenuta prescrizione) e i reati di emissione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, considerata la natura di mera intestataria fittizia della società, finalizzata – per l'appunto – all'interposizione delle forniture di beni e prestazioni di servizi di cui il reale destinatario risultava F. B. quale persona fisica.

Pertanto, quali corollari della condanna, il Tribunale disponeva la confisca del natante *Force Blue* ai sensi dell'art. 301 T.U.L.D. e la confisca per equivalente in merito all'IVA all'importazione (€3.600.000,00), per l'IVA evasa sulle fatture relative ai periodi in cui i reati erano da considerarsi non ancora estinti per prescrizione e per le accise.

La Corte d'Appello (2), adita a seguito dell'impugnazione degli imputati e del pubblico ministero, dopo aver richiamato integralmente la ricostruzione dei fatti operata dal primo Giudice, sostanzialmente confermava l'impianto argomentativo a sostegno delle condanne pronunciate.

La Corte, tuttavia, dava atto dell'intervenuta prescrizione

medio tempore delle violazioni delle accise, ed accertava altresì l'estinzione per prescrizione di alcune delle contestazioni in merito ai reati relativi alle fatture per le operazioni inesistenti. Conseguentemente, riduceva gli importi delle confische per equivalente in riferimento all'IVA evasa per le fatture soggettivamente inesistenti e per la violazione delle accise, confermando nel resto la decisione impugnata.

La Corte di Cassazione (3), chiamata a pronunciarsi dalle difese degli imputati, annullava la decisione della Corte d'Appello (senza rinvio) in relazione alle condanne per i reati di emissione di fatture per operazioni inesistenti e revocava le relative confische per equivalente.

I Supremi Giudici, altresì, rinviavano per un nuovo giudizio ad altra sezione della medesima Corte d'Appello limitatamente ai reati di evasione dell'IVA all'importazione e di violazione delle accise.

In particolare, l'annullamento con rinvio veniva disposto per vizio della motivazione, ritenuta carente e contraddittoria, in ordine alla sussistenza del reato di evasione dell'IVA all'importazione, senza tuttavia che i giudici di legittimità affrontassero il tema – dibattuto dalle difese – della possibile già maturata prescrizione (connessa alla verifica circa la natura di reato istantaneo o permanente dello stesso).

Sul punto la Cassazione riteneva non doversi pronunciare, giacché il quesito relativo alla prescrizione del reato è logicamente dipendente dalla risoluzione del tema circa la sussistenza del reato – che condiziona altresì la pronuncia da adottare in merito al reato di violazione delle accise. La Suprema Corte si limitava a fornire una mera indicazione programmatica, di tipo logico-argomentativo, per indirizzare il Giudice del rinvio nella verifica della pregressa esistenza degli elementi costitutivi dei reati contestati, in merito ai quali la Corte d'Appello è stata libera di procedere ad un'autonoma valutazione dei fatti emersi nei gradi di giudizio precedenti. Invero, la sentenza rescindente non contiene alcuna enunciazione di principi di diritto vincolanti per il Giudice del rinvio, né accertamenti che determinino preclusioni nell'ambito della cognizione del nuovo giudizio di appello. Al più, è possibile ravvisare nella decisione rescindente il compito, demandato al Giudice di appello, di risolvere in via prioritaria il tema relativo alla natura della società Autumn Sailing Limited, al fine di verificare se la stessa sia stata costituita al fine di rappresentare un mero schermo dell'imputato F. B., per poi eventualmente procedere, se negativamente risolto detto quesito, ai temi proposti dalle difese in merito alla natura commerciale dell'impiego del natante.

Dunque la Corte d'Appello è stata chiamata a valutare *ex novo*, seppure sulla base delle risultanze processuali dedotte nei gradi di giudizio precedenti, la sussistenza dei reati contestati nonché la loro riferibilità soggettiva agli imputati appellanti.

Il giudizio, come preannunciato, si è concluso con l'accertamento della sussistenza dei reati contestati agli imputati e con il riconoscimento della penale responsabilità dei medesimi in relazione ai reati loro ascritti, sia dal punto di vista oggettivo sia dal punto di vista soggettivo (4).

A detta dichiarazione di responsabilità non è tuttavia seguita una formale condanna, posto che il Giudice del rinvio, nel rispetto del principio di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato sancito dall'art. 129 c.p.p., non ha potuto che riscontrare l'intervenuta prescrizione del reato di evasione dell'IVA all'importazione e di quello relativo alla violazione delle accise.

L'estinzione dei reati per prescrizione, in ogni caso, non ha impedito al Giudicante di confermare – *rectius* affermare, considerata l'intera ricostruzione fattuale operata in ragione del

rinvio - la confisca dello yacht nonché la confisca per equivalente del profitto del reato.

3. Sulla sussistenza dei reati contestati.

Secondo l'ipotesi accusatoria lo yacht *Force Blue*, introdotto nelle acque territoriali senza il pagamento dell'IVA all'importazione, è sempre stato appartenuto di fatto e di diritto alla persona fisica dell'imputato F. B., considerato che la società formalmente proprietaria del natante, la Autumn Sailing Limited, non soltanto costituisce una mera "società schermo" interposta tra l'imputato e l'imbarcazione, ma è una costruzione negoziale giuridicamente nulla, e come tale improduttiva di qualsivoglia effetto. Pertanto, l'utilizzo personale da parte di F. B. del *Force Blue* esclude *ex se* la configurabilità di un'attività commerciale, presupposto indefettibile perché sussista l'esenzione all'imposizione prevista dall'art. 8 *bis* c. 1 lett. a) e ss. del T.U. IVA.

Secondo, invece, la tesi difensiva, oltre a doversi riconoscere la legittimità ed effettiva sussistenza della società Autumn Sailing Limited, doveva valorizzarsi la circostanza secondo la quale l'uso commerciale del natante mediante il noleggio a terzi non sarebbe stato escluso dall'utilizzo dello stesso anche da parte dell'imputato.

Al riguardo, la pubblica accusa contestava l'assunto asserendo che il noleggio a terzi del natante fosse un'attività residuale, subordinata alle esigenze del F. B. in quanto attuata solo a condizione che l'imbarcazione non servisse all'uso privato dello stesso. Invero detto utilizzo personale sarebbe risultato prevalente, e come tale da escludere altresì la possibilità di configurare l'ipotesi del c.d. autoconsumo. In buona sostanza, il noleggio a terzi sarebbe consistito in un mero strumento per conseguire introiti finanziari allo scopo di abbattere i costi d'acquisto, di ristrutturazione e di manutenzione dello yacht. Come preannunciato, l'esito al quale il Giudice del rinvio è pervenuto è stato quello di riconoscere l'effettiva proprietà del natante in capo all'imputato F. B. e la funzione di mero schermo della società Autumn Sailing Limited, costituita peraltro in un trust (F.B. TRUST) irregolare - qualificato dal giudicante come *sham trust*.

In estrema sintesi, considerata la complessità della vicenda, dalle molteplici risultanze documentali e dichiarative del dibattimento di primo grado (5), la Corte d'Appello ha ricostruito la vicenda ritenendo trattarsi del caso di una persona fisica, l'imputato F. B., che ha acquistato un natante di notevoli dimensioni, lo ha ristrutturato rendendolo uno yacht di lusso utilizzabile per crociere di piacere, lo ha destinato al suo uso personale e, nei periodi in cui non lo utilizzava per sé e per la propria famiglia, lo noleggiava a terzi incamerando i relativi introiti a parziale copertura dei costi iniziali e di quelli di manutenzione della nave. Siffatta attività di godimento del natante, che ha visto coinvolti anche gli altri imputati, è stata falsamente rappresentata all'esterno come oggetto di un'attività commerciale riferibile Autumn Sailing Limited, mero schermo del patrimonio personale di F. B., a sua volta conferita in un trust irregolare che ha consentito l'evasione dell'IVA all'importazione e delle accise sugli acquisti di carburante.

Inquadri così i fatti, la Corte d'Appello ha concluso affermando la sussistenza dei reati contestati dal punto di vista oggettivo, nonché la loro riferibilità dal punto di vista soggettivo al dolo degli imputati appellanti, per avere predisposto e mantenuto un artificioso schermo societario finalizzato a coprire la reale attività svolta dal F. B. e a garantirgli i vantaggi derivanti dall'evasione fiscale.

La Corte, riscontrata l'intervenuta prescrizione dei delitti di evasione dell'IVA all'importazione di cui all'art. 70 T.U. IVA

e di violazione delle accise di cui all'art. 44 T.U. Accise (D. L.vo 26 ottobre 1995, n. 504), ha affermato di aderire all'orientamento consolidato della Corte di Cassazione in merito all'applicabilità, in riferimento ad entrambe le ipotesi di reato, delle sanzioni previste dalle Leggi doganali, e dettagliatamente dell'art. 301 T.U.L.D.

In particolare, per quanto concerne il reato di violazione delle norme sulle accise, la Corte, pur richiamando una massima della Corte di Cassazione secondo la quale "[...] l'art. 44 del D. L.vo 26 ottobre 1995, n. 504 prevede che tali beni (n.d.r.: prodotti petroliferi ed altri mezzi utilizzati per commettere il reato) sono soggetti a confisca secondo le norme vigenti in materia doganale, con conseguente applicabilità dell'art. 301 del d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 73" (6), non ha confermato la confisca per equivalente dell'IVA su fatture carburante disposta dal Tribunale per un motivo di ordine processuale.

Infatti il Giudicante, aderendo alle conclusioni rassegnate dal Procuratore Generale, ha evidenziato, da un lato, l'assenza di specifica impugnazione da parte del Pubblico Ministero in relazione alla precedente pronuncia che aveva escluso la confisca in relazione ai capi in allora già prescritti e, dall'altro lato, che in forza del giudicato interno deve riscontrarsi l'esigenza di evitare l'insanabile contrasto che deriverebbe se, in relazione a situazioni identiche, venissero assunte decisioni opposte nel medesimo processo.

Invece, in relazione all'evasione dell'IVA all'importazione, la Corte d'Appello, aderendo all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione senza contrasti in base al quale "*Al delitto di evasione all'IVA all'importazione consegue, ai sensi dell'art. 301 d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43, la confisca obbligatoria di quanto importato, perché il richiamo alle sanzioni previste dalle leggi doganali relative ai diritti di confine, contenuto nell'art. 70 d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, è da intendersi come rinvio all'intero Titolo VII del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia doganale*" (7), afferma doversi applicare (in linea generale) la confisca, con alcune precisazioni.

Il Giudice genovese osserva che siffatto principio risulta coerente con la natura del tributo in questione che, pur essendo strutturato dal punto di vista della sua determinazione dalla disciplina dell'IVA, costituisce un diritto di confine, in quanto il presupposto dell'imposta è integrato dalla mera introduzione nel territorio doganale dell'Unione europea di un bene proveniente da un Paese straniero senza la previsione di dazi, al fine di garantire la parità di concorrenza fra gli operatori economici, e non da una cessione o da una prestazione di servizi fra due soggetti (come, tipicamente, l'IVA) (8).

Orbene, l'art. 301 comma 1 T.U.L.D. prevede che "*Nei casi di contrabbando è sempre ordinata la confisca delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto*", configurando così un'ipotesi di confisca obbligatoria relativa, in particolare, alle cose che costituiscono l'"oggetto" del reato nonché il "profitto" ottenuto dallo stesso.

4. La confisca dell'oggetto e del profitto del reato.

La valutazione condotta dal Giudice del rinvio in ordine alla misura ablatoria si sviluppa nelle direttrici cui corrispondono i due diversi oggetti di confisca: il bene-oggetto del reato, ovvero l'imbarcazione, e il profitto conseguente da reato, individuabile nel risparmio derivante dall'omesso versamento dell'IVA all'importazione.

Preme ribadire che presupposto indefettibile per la conferma della confisca già disposta in sede di primo grado è l'affermazione, da parte della Corte d'Appello di Genova, della na-

tura non istantanea del reato-presupposto, ossia dell'art. 70 T.U.IVA, giacché in caso contrario, qualora cioè fosse stata riconosciuta la consumazione istantanea del delitto *de quo*, la prescrizione dello stesso sarebbe maturata in un momento addirittura precedente alla condanna dichiarata dal Tribunale, sicché in quel caso - con evidenza - alcuna misura ablatoria avrebbe potuto essere applicata (9).

Nell'affrontare il tema della confisca dello yacht oggetto del reato di evasione dell'IVA all'importazione, il Giudicante ha premesso una sintesi della nota evoluzione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale in tema di confisca.

La Corte d'Appello, allineandosi con la giurisprudenza di legittimità espressasi in ordine alla confisca prevista nella speciale ipotesi del contrabbando, ha evidenziato come la stessa manifesti carattere derogatorio rispetto alla previsione generale della confisca *ex art.* 240 c.p., dovendo essere disposta "sempre", anche nel caso in cui l'imputato sia stato prosciolto o assolto per cause che non incidono sulla materialità del fatto.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che "In tema di contrabbando, le cose che servirono per la commissione del reato o che ne costituiscono l'oggetto, il profitto o il prodotto sono soggette a confisca anche nel caso che il reato venga dichiarato estinto per prescrizione, derogando la disciplina fissata dall'art. 301, comma 1 del d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43 a quella generale contenuta nell'art. 240 cod. pen. (Nell'affermare tale principio la Corte ha precisato che la confisca disciplinata dal citato art. 301 deve essere disposta anche nei casi di proscioglimento per cause che non riguardano la materialità del fatto e non interrompono il rapporto tra le cose e la circostanza della loro introduzione illegale nel territorio dello Stato)" (10).

In seguito il Giudice del rinvio si è soffermato sulla natura giuridica della confisca *ex art.* 301 T.U.L.D., escludendo che la stessa manifesti natura sanzionatoria e, al contrario, ritenendo che consista in una misura di sicurezza (11).

Invero, scopo precipuo della misura è quello di "evitare l'ulteriore impiego o la circolazione di beni segnati da illecità" (12), da cui - a dire del Giudicante - dovrebbe escludersi che l'ablazione *de qua* sia incentrata sulla necessità di sanzionare l'autore del reato.

Sulla base di queste considerazioni, peraltro, lo stesso Giudice ha ritenuto "non pertinente al caso della confisca in esame" l'orientamento manifestato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in particolare nella sentenza sul noto Caso *Varvara*, perché relativo ad ipotesi in cui alla confisca viene attribuita una funzione prevalentemente sanzionatoria, dalla quale può profilarsi l'eventualità della violazione dei principi convenzionali.

In ogni caso, precisa la Corte d'Appello, "anche se si volesse attribuire alla confisca obbligatoria in materia di contrabbando funzione preminentemente sanzionatoria, ciò non ne escluderebbe la compatibilità con la prescrizione del reato", riferendosi agli orientamenti sviluppatasi in tema di reati urbanistici, a proposito della confisca nelle ipotesi di lottizzazione abusiva.

Invero, rinviando alla copiosa giurisprudenza sviluppatasi nell'ultimo decennio relativamente alla confisca c.d. urbanistica o lottizzatoria, sulla quale si è instaurato il dialogo tra la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, da un lato, e la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, dall'altro (13), il Giudice genovese ha ribadito la possibilità di disporre la confisca anche in occasione del proscioglimento dell'imputato dal reato per prescrizione, laddove sia riscontrabile una condanna "in senso sostanziale", soddisfatta cioè dall'accertamento incidentale della colpevolezza dello stesso. Peraltro, a conferma dell'approdo circa la possibilità di attuare

la confisca speciale dinanzi a reati rispetto ai quali è maturata la prescrizione, la Corte d'Appello ha fatto riferimento alla positivizzazione del principio in esame, operata dal legislatore nazionale con l'art. 6 c. 4 D. L.vo 1 marzo 2018, n. 21, che ha introdotto l'art. 578 *bis* c.p.p., il quale stabilisce che "Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240 *bis* c.p. e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato" (14).

In conclusione, sulla base di queste argomentazioni, il Giudice del rinvio, sussistendo le condizioni che consentono di disporre la confisca malgrado la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, nello specifico la pronuncia in tal senso del Tribunale nonché l'accertamento (compiuto *ex novo*) della Corte d'Appello in sede di giudizio di rinvio, nel pieno contraddittorio delle parti, ha disposto la confisca del natante *Force Blue*, ai sensi dell'art. 301 T.U.L.D. (15).

L'art. 301 T.U.L.D. prevede la confisca obbligatoria anche del prodotto e del profitto del reato di contrabbando - nonché del reato di evasione dell'IVA all'importazione - e, come visto, trova applicazione anche dinanzi all'ipotesi di declaratoria di prescrizione del reato ed anche in caso di assoluzione dell'imputato, sempre che tale pronuncia si fondi su cause che non riguardino la materialità del fatto e non interrompano il rapporto tra le cose e la circostanza della loro introduzione illegale nel territorio dello Stato (16).

La Corte d'Appello, dopo aver richiamato l'orientamento prevalente in giurisprudenza in materia di confisca del profitto, specie in relazione ai reati fiscali, ha sviluppato alcune interessanti considerazioni in merito alla natura della confisca del profitto e della sua compatibilità con la declaratoria di intervenuta prescrizione del reato.

In particolare, il Giudice del rinvio ha ricostruito la nozione di "profitto" nell'ipotesi di evasione del pagamento di imposte, ritenendo trattarsi di risparmio conseguito dall'autore della condotta omissiva, ed in quanto tale corrispondente alla somma di denaro non versata all'erario. Nella vicenda *de qua*, pertanto, detto risparmio, derivante dall'IVA all'importazione evasa in conseguenza del contrabbando del natante *Force Blue*, è risultato pacificamente corrispondente a €3.600.000,00.

Inoltre, la confisca diretta del profitto ricavato dal reato non presenta, secondo la tesi maggioritaria consolidata, natura giuridica diversa dalla confisca del prezzo del reato: si tratta di misure che non presentano connotazioni di tipo punitivo, giacché i due oggetti di confisca in esame (il prodotto ed il profitto del reato) "appartengono ad un nucleo unitario caratterizzato da finalità ripristinatoria dello status quo ante, secondo la medesima prospettiva volta a sterilizzare, in funzione essenzialmente preventiva, tutte le utilità che il reato, prescindendo dalle relative forme a dal relativo titolo, può aver prodotto in capo al suo autore" (17).

Secondo il Giudicante, essendo l'imposta un'obbligazione che viene adempiuta con la corresponsione di una somma di denaro a favore dell'erario, il profitto conseguito dall'evasione risulta integrato dalla corrispondente mancata diminuzione del patrimonio del debitore, quantificata in termini di valore corrispettiva alla somma di denaro di cui è omesso il pagamento.

Poiché il denaro presenta una natura ontologicamente fungibile, tuttavia, appare tutt'altro che semplice distinguere fra la confisca diretta (del denaro) e la confisca per equivalente (di beni di valore corrispondenti al debito evaso): il profitto non è integrato da un aumento positivo del patrimonio valu-

tabile, piuttosto da un risparmio, sicché non è possibile operare distinzioni tra denaro liquido ed altri beni all'interno del patrimonio inalterato del debitore. Del resto, osserva il Giudice del rinvio, in entrambi i tipi di profitto, la confisca (sia diretta sia per equivalente) manifesta identica funzione ripristinatoria dello *status quo ante* e funzione preventiva in relazione alle utilità prodotte dal reato.

Secondo la Corte d'Appello, pertanto, la confisca del profitto conseguente ad un risparmio è sempre confisca diretta, attuabile dal punto di vista esecutivo con le forme della confisca per equivalente.

Nel giungere a questa conclusione, il Giudicante ha motivato facendo esplicito riferimento ad una sentenza della Corte di Cassazione (18) nella quale i giudici di legittimità, mantenendo inalterata la differenza di struttura istituzionale fra la confisca diretta e quella per equivalente anche in caso di profitto rappresentato da un risparmio di imposta, essendo possibile solo la confisca diretta - giacché quella equivalente avrebbe natura afflittiva -, hanno affermato necessario eseguire un'indagine al fine di verificare il valore numerario delle disponibilità giacenti sul conto dell'imputato alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta e al momento del sequestro. Invero, secondo questa interpretazione, il denaro versato successivamente a detto termine non può essere "profitto" del reato, ma rappresenta un'unità di misura equivalente al debito fiscale scaduto e non onorato, confiscabile solo al ricorrere dei presupposti per la confisca per equivalente (dunque non in caso di prescrizione, data la natura afflittiva di questa *species* di ablazione).

Argomenta la Corte d'Appello che il profitto, individuato alla stregua di un risparmio, permane continuativamente nel patrimonio dell'autore del reato fino all'estinzione dell'obbligazione tributaria, sia essa derivante dal pagamento del dovuto, dalla prescrizione o da altra causa. Esso non è cristallizzato in una entità suscettibile di essere modificata, *id est* non è costituito dal denaro che il debitore ha al momento dell'insorgere dell'obbligazione tributaria; pertanto, non può ritenersi che detto profitto venga meno perché "*speso in altri modi il denaro allora esistente sul conto, l'entità di patrimonio successivamente costituito da nuove entrate finanziarie non benefici più del precedente 'profitto'*" (19).

Il risparmio conseguente all'omesso versamento dell'imposta, in altri termini, costituisce un arricchimento del patrimonio globale del debitore, di cui peraltro risponde di tutti i suoi debiti *ex art. 2740 c.c.*, e non è enucleabile in solo alcune delle sue componenti.

Secondo il Giudice del rinvio, poi, sarebbe altrettanto discutibile ritenere che, dopo la prescrizione, la confisca del profitto "per risparmio" di imposta perda la funzione ripristinatoria ed acquisti quella sanzionatoria: fino a quando il debito tributario non si è estinto, l'arricchimento di cui si è giovato l'imputato evasore mantiene la sua illiceità, che non può certo dirsi esclusa da una pronuncia di prescrizione che accerti la sussistenza del reato attraverso una "condanna sostanziale". Sicché, con evidenza, la confisca del profitto del reato mantiene le sue tipiche funzioni ripristinatoria e preventiva.

In conclusione, la Corte d'Appello ha dunque statuito che la confisca obbligatoria del profitto prevista dall'art. 301 T.U.L.D. deve essere confermata, specificando che, dal momento che il profitto *de quo* ha per oggetto un'entità esprimibile solo in termini di valore, corrispondente al risparmio fiscale rappresentato dal mancato decremento del patrimonio del debitore, la stessa deve essere eseguita nelle forme della confisca per equivalente.

5. Conclusioni.

La pronuncia in commento sostanzialmente aderisce all'orientamento maggioritario in tema di confisca dell'oggetto del reato, andando a confermare la possibilità di disporre la misura ablatoria in caso di prescrizione del reato-presupposto.

Nel giungere a siffatta conclusione, peraltro, il Giudice del rinvio ha correttamente inquadrato la natura della confisca *de qua*, collocandola nell'alveo delle misure di sicurezza, ed escludendo che la stessa manifesti un carattere prettamente sanzionatorio. E, nell'argomentare, ha comunque addotto una doppia motivazione, rafforzata, affermando potersi concludere *sic et simpliciter* con la confisca *ex art. 301 T.U.L.D.* anche nell'ipotesi, non ritenuta, in cui all'ablazione di contrabbando venga attribuita una valenza punitiva, sulla base della giurisprudenza sviluppatasi in tema di reati edilizi (20). Peraltro, questa pronuncia anticipa la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sul Caso Perroni (21), adottando, sebbene in un ambito applicativo differente - l'una la confisca di contrabbando, l'altra la confisca urbanistica -, la medesima soluzione, che prevede il disporsi della confisca anche in presenza della declaratoria di prescrizione del reato, purché sia accertata la sussistenza del reato "*[...] sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati [...]*". Del resto, indubbiamente, nella vicenda *Force Blue*, un siffatto accertamento è stato realizzato, nel rispetto dei principi del contraddittorio e della partecipazione delle parti nel processo. Per dovere di completezza, inoltre, si osserva che la sentenza in commento si inserisce nel più recente (sebbene consolidato) orientamento giurisprudenziale che esclude che l'adozione o meno della misura ablatoria, ai sensi dell'art. 301 T.U.L.D., dipenda dalla sola base del nesso pertinenziale intercorrente tra la *res* e il reato prescritto, essendo piuttosto fondata - come detto - sull'accertamento sostanziale della sussistenza della fattispecie criminosa presupposto (22). Sicché, per quanto concerne la confisca obbligatoria del nante, *nulla quaestio*.

Per quanto invece riguarda la confisca del profitto del reato, la motivazione adottata dalla Corte d'Appello appare "creativa" laddove qualifica la confisca del profitto come confisca diretta attuabile nelle forme della confisca per equivalente, escludendone altresì una natura afflittiva.

Il Giudicante, infatti, ha elaborato una peculiare nozione di "profitto fungibile", inteso come risparmio economico che determina un arricchimento del patrimonio del debitore, non individuabile *ex se*, ovvero non distinguibile dal resto del patrimonio dell'agente, e come tale insuscettibile di divenire oggetto dell'ablazione in ottica punitiva.

La suesposta ricostruzione persuade, considerato che il profitto del reato di evasione dell'IVA all'importazione è tipicamente un bene fungibile, indistinguibile all'interno del patrimonio del debitore, se non nelle forme del "risparmio". Ne deriva che l'espropriazione di dette somme, attraverso la confisca - che si intende diretta, giacché esprimibile in termini di valore corrispondenti alle forme della confisca per equivalente - è finalizzata al mero ricostituire lo *status pro ante* in cui versava l'agente-debitore.

In altre parole, in questa *reductio* del patrimonio debitorio non è ravvisabile una funzione sanzionatoria, considerato che non si tratta di confisca per equivalente, bensì di confisca diretta azionabile esecutivamente alla stregua di una confisca per equivalente.

Ne deriva in buona sostanza che, nonostante sia impossibile individuare direttamente il denaro derivante dal reato di eva-

sione dell'IVA all'importazione (pur essendone noto il valore), la confisca disposta - etichettata come "equivalente" - risponde *sic et simpliciter* all'esigenza, avvertita storicamente dalla dottrina e recepita dalla giurisprudenza, di evitare che il provento derivante dal reato (accertato, sebbene non attraverso una sentenza passata in giudicato) possa incentivare la futura commissione di nuovi reati, ponendosi nell'ottica per cui "il delitto non paga".

Essa detiene, per ciò detto, una funzione meramente repressiva, e non eminentemente sanzionatoria, in quanto consiste sostanzialmente in una confisca diretta attuabile soltanto per equivalente.

Alla luce delle suseposte considerazioni, la pronuncia sul caso *Force Blue* perfettamente si inserisce nel quadro giurisprudenziale nazionale e sovranazionale recente, e giunge a riconoscere l'applicabilità della misura *ex art. 301 T.U.L.D.* non soltanto nel caso di accertamento "senza condanna", bensì anche traducendo - in maniera del tutto innovativa - la natura della confisca diretta nelle forme della confisca per equivalente, senza tuttavia che la stessa vada ad assumere una funzione diversa rispetto a quella tipica della sua forma, appunto, diretta.

Preme ribadire, in ogni caso, che la sentenza *de qua* non ha assunto la forma del giudicato, avendo gli imputati proposto ricorso per Cassazione, ed essendo la questione pendente in seno alla Suprema Corte.

Appare, del resto, doveroso anticipare che, data la complessità della materia e considerato che, dopo essersi pronunciate sul Caso Perroni in tema di confisca lottizzatoria, le Sezioni Unite della Corte della Cassazione sono state investite di una questione attinente la legittimità della confisca facoltativa diretta del profitto in presenza di una pronuncia di prescrizione del reato-presupposto (23), di cui si attende l'esito, in ordine alla vicenda di F. B. si ritiene che la Corte di Cassazione potrà considerare la sentenza appellata immune da censure - quantomeno per ciò che concerne le soluzioni adottate (potendo, al più, fornire una motivazione differente con riguardo alla confisca del profitto).

Resta salva, anche se non ritenuta, la possibilità che la Corte, riconosciuta la natura istantanea del reato *ex art. 70 T.U.IVA*, dichiarò maturata la prescrizione del predetto reato prima degli accertamenti condotti dal Tribunale in sede di giudizio di primo grado, dunque precedentemente rispetto ad una qualsivoglia forma di "condanna sostanziale" (utilizzando le parole delle S.U. Perroni, dell'accertamento della sussistenza del reato "sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati"), annullando senza rinvio l'impugnata sentenza.

Dott.ssa Martina Duina Specializzata in Professioni Legali

- (1) Tribunale di Genova, sentenza del 10 luglio 2015, *inedita*.
- (2) Corte d'Appello di Genova, Sez. III penale, sentenza n. 606 del 10 febbraio 2018, *inedita*.
- (3) Corte di Cassazione, Sez. III penale, sentenza n. 53319 del 28 settembre 2018, *inedita*.
- (4) Corte d'Appello di Genova, Sez. II penale, sentenza n. 146 del 4 ottobre 2019, *inedita*.
- (5) Ritenute dal giudicante "tutte concordi fra loro e caratterizzate da valenza probatoria assolutamente certa".
- (6) *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 22001 del 13/03/2018 - CED 273662*. Cfr. *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 13671 del 01/04/2020 - CED 278771*, in cui la Corte ha affermato: "In tema di violazione della disciplina delle accise sugli idrocarburi, il giudice di appello, nel pronunciare

declaratoria di estinzione del reato previsto dall'art. 40 del d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504 per prescrizione, maturata prima della pronuncia della sentenza impugnata, non ha l'obbligo di revocare la confisca dei prodotti petroliferi e degli automezzi disposta ai sensi dell'art. 44 dello stesso d.lgs., sempre che sia integralmente ribadito, in via incidentale, l'accertamento già operato in primo grado in ordine alla sussistenza del reato ed alla sua attribuibilità all'imputato".

(7) *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 404 del 25/09/2018 - CED 274568*.

(8) A sostegno di detta ricostruzione dell'imposta, il Giudice del rinvio richiama alcuni orientamenti della giurisprudenza di legittimità civile e penale, alla stregua dei quali è stato affermato che il trattamento dell'evasione dell'IVA all'importazione è omogeneo a quello della sottrazione ai diritti doganali, e in particolare ai diritti di confine. In particolare, "L'IVA dovuta all'importazione è [...] uno dei diritti di confine, avendo natura d'imposta di consumo a favore dello Stato, la cui imposizione e riscossione spetta alla dogana in occasione della relativa operazione d'importazione" (*Cass., Sez. III penale, sentenza n. 19233 del 20/02/2019, CED 275792*).

(9) Sul punto si precisa che, come chiarito dalla sentenza *G.I.E.M. c. Italia*, e come altresì riaffermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella pronuncia sul *Caso Perroni*, la c.d. "confisca senza condanna" - attuabile cioè in caso di prescrizione del reato-presupposto, sebbene relativamente all'ipotesi di confisca lottizzatoria - richiede un accertamento quantomeno sostanziale della responsabilità dell'autore in relazione al reato a lui contestato.

La Corte EDU ha precisato: "[...] For this reason (the Court) takes the view that, where the courts find that all the elements of the offence of unlawful site development are made out, while discontinuing the proceedings solely on account of statutory limitation, those findings can be regarded, in substance, as a conviction for the purposes of Article 7, which in such cases will not be breached." (§261, *Caso G.I.E.M.*).

Le Sezioni Unite, sulla scia della giurisprudenza sovranazionale, hanno stabilito che "La confisca di cui all'art. 44 del d.p.r. 380/2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129 c. 1 c.p.p., proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento".

In senso maggiormente estensivo, *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 13671 del 1/04/2020 - CED 278771*, la cui massima è stata riportata nella Nota 25; *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 34537 del 21/04/2017 - CED 270693*, con nota di A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. L'impossibile raggiungimento di un punto di equilibrio*, in *Arch. Pen. Web*, 2017, 2 cui si rimanda, nella quale la Corte ha affermato che "In tema di reati doganali, il giudice di appello, nel pronunciare declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, maturata prima della decisione impugnata, non ha l'obbligo di revocare la confisca *ex art. 301 T.U.L.D.*, sempre che sia integralmente ribadito, in via incidentale, l'accertamento - già operato in primo grado -, in ordine alla sussistenza del reato ed alla sua attribuibilità all'imputato".

(10) *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 4739 del 26/11/2001 - CED 221054*; si vedano anche *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 3549 del 29/10/1997 - CED 209052*; *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 25887 del 26/05/2010 - CED 248057*. Cfr. *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 19166 del 5/5/2018* nella quale è stato affermato che "Ai fini di disporre o confermare le confische obbligatorie speciali strutturate alla stregua della confisca urbanistica (tra cui rientra a pieno titolo la confisca dei beni di contrabbando *ex art. 301, d.p.r. n. 43/73*, a cui rinvia la disciplina relativa ai reati di omesso pagamento dell'IVA all'importazione) è richiesto, quanto meno, l'accertamento incidentale di merito sulla sussistenza del reato e sulla responsabilità dell'imputato, non essendo sufficiente la mera valutazione circa la sussistenza del nesso pertinenziale tra la *res* oggetto della confisca e il reato presupposto. A tal fine, qualora il reato si sia estinto per prescrizione prima dell'instaurazione del processo, il giudice dell'archiviazione non può procedere a un accertamento che, se pure incidentale, abbia comunque il carattere dell'accertamento di merito; né potrebbe il giudice dell'esecuzione procedere per la prima volta ad una siffatta valutazione nell'ambito dell'incidente d'esecuzione *ex art. 676 cod. proc. pen.*".

(11) *Contra*, G. CIVELLO, *Illegittima la confisca in sede di archiviazione per prescrizione del reato: un'importante sentenza in tema di evasione di IVA all'importazione*, in *Arch. Pen. Web*, 2018, 2, il quale ritiene che “Con riferimento al reato di evasione dell'IVA all'importazione, la confisca *de qua* pare doversi qualificare in termini di misura patrimoniale di carattere intrinsecamente afflittivo e dunque ‘penale’: con essa, infatti, l'ordinamento [...] giunge a privare l'imputato dell'intero bene importato, così di fatto infliggendogli una sorta di pena di natura economica”.

(12) Cfr. Corte d'Appello di Genova, Sez. II penale, sentenza n. 146 del 4/10/2019, pagg. 80 e ss.

(13) Ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza originata a seguito della Pronuncia della Corte EDU sul *Caso Sud Fondi c. Italia*, alla quale sono seguite la pronuncia della Corte EDU sul *Caso Varvara c. Italia*, la sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazioni sul *Caso Lucci*, la pronuncia della Corte EDU sul *Caso G.I.E.M. c. Italia* e, da ultima, la recentissima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2020 sul *Caso Perroni*, che pare aver “chiuso il cerchio” in materia di confisca urbanistica.

(14) Si segnala che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 13539 del 30 gennaio 2020 (*Caso Perroni*), in tema di prescrizione del reato di cui all'art. 44 d.p.r. 380/2001 e confisca dei suoli abusivamente lottizzati, hanno offerte precisazioni in merito alla disposizione di cui all'art. 578 *bis* c.p.p.

(15) Cfr. G. CIVELLO, *Illegittima la confisca in sede di archiviazione per prescrizione del reato: un'importante sentenza in tema di evasione di IVA all'importazione*, op. cit.

(16) *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 4739 del 26/11/2001 - CED 221054; Cass., Sez. I, sentenza n. 38174 del 24/09/2008 - CED 241146.*

(17) Corte di Appello di Genova, Sez. II penale, sentenza 146 del 4/10/2019, pag. 84.

(18) *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 6348 del 4/10/2018 - CED 274859*, da cui è stata tratta la seguente massima: “In tema di reati tributari, ai fini della confisca diretta delle somme sequestrate sul conto corrente bancario dell'imputato, la natura fungibile del denaro non è sufficiente per qualificare come “profitto” del reato l'oggetto del sequestro, essendo necessario anche provare che la disponibilità delle somme, successivamente sequestrate, costituisca un risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta. (In motivazione la Corte ha precisato che, per accertare se il denaro costituisce profitto del reato tributario, e, cioè, un

risparmio di spesa aggredibile in via diretta, è necessario avere riguardo non all'identità fisica delle somme, ma al valore numerario delle disponibilità giacenti sul conto dell'imputato alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta, mentre il denaro versato successivamente a detto termine, che fosse stato sequestrato, non può essere ritenuto “profitto” del reato, ma rappresenta un'unità di misura equivalente al debito fiscale scaduto e non onorato, confiscabile se ricorrono i presupposti per la confisca per equivalente)”.

(19) Corte di Appello di Genova, Sez. II penale, sentenza n. 146 del 4/10/2019, pag. 85.

(20) Si segnala G. CIVELLO, *Illegittima la confisca in sede di archiviazione per prescrizione del reato: un'importante sentenza in tema di evasione di IVA all'importazione*, op. cit., in cui l'autore afferma che “[...] nei casi in cui la confisca assuma le forme e la natura di una vera e propria ‘pena patrimoniale’ (come, ad esempio, nei casi di confisca per equivalente), la medesima non potrà mai irrogarsi in presenza di un reato prescritto, esattamente come non è mai possibile infliggere ed eseguire la pena della multa o dell'ammenda nei confronti dell'imputato prosciolto; qualora, invece, la confisca mantenga la propria natura di misura di sicurezza, essa potrà essere sì irrogata pur quando il reato si sia ormai prescritto, ma a condizione che l'accertamento di responsabilità sia avvenuto nell'ambito di un regolare procedimento di merito, con le garanzie di legge che ne derivano”.

(21) *Cass., S.U., sentenza n. 13539 del 30/01/2020 - CED 278870.*

(22) La giurisprudenza più risalente aveva sostenuto che l'art. 301 T.U.L.D. imponga al giudice di disporre la confisca speciale da esso prevista anche in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, a prescindere dalla condanna e dall'avvenuto accertamento della responsabilità dell'interessato, ferma restando la necessità di valutare esclusivamente la relazione materiale ed oggettiva tra la cosa confiscata ed il reato. In tal senso, *ex multis* *Cass., Sez. III penale, sentenza n. 4739 del 26/11/2001 - CED 221054*, in cui la Corte ha precisato che la confisca disciplinata dall'art. 301 T.U.L.D. deve essere disposta anche nei casi di proscioglimento per cause che non riguardano la materialità del fatto e che non interrompono il rapporto tra le cose e la circostanza della loro introduzione illegale nel territorio dello Stato.

(23) Per l'ordinanza di rimessione alle S.U. si veda *Cass., Sez. V penale, ordinanza 7881 del 12/02/2020*, in *Sist. Pen. Web*, 2020, 5, relativa al caso Telecom-Sismi.

Massimario

Tribunale di Genova in Composizione Collegiale, 16 gennaio 2020, n. 181 - Seconda Sezione Secondo Collegio - Est. Boccaccio.

BANCAROTTA per distrazione - onere probatorio in capo al PM - dimostrazione ingresso somme nelle casse della società - onere imputato - dimostrazione uscita somme per necessità impresa.

BANCAROTTA documentale fraudolenta - interesse tutelato - conoscenza vicende contabili e patrimoniali giuridicamente utile.

AGGRAVANTE della commissione di più fatti di bancarotta - plurime dichiarazioni di fallimento - inapplicabilità.

(Artt. 216 n. 1 e n. 2 e 219 RD 223/42)

Il Pubblico Ministero assolve all'onere probatorio in capo allo stesso spettante, quando documentalmente dimostra che le somme di cui all'imputazione sono entrate nelle casse della società e l'imputato del reato di bancarotta distrattiva non prova che le uscite siano giustificate da una necessità dell'attività di impresa: nel caso di specie le giustificazioni fornite sono apparse vaghe, generiche e non verosimili, non è stata prodotta alcuna documentazione che le giustificasse e anzi appare provata la destinazione delle somme stesse a fini personali.

Nel delitto di bancarotta fraudolenta documentale l'interesse tutelato non è circoscritto ad una mera informazione sulle vicende contabili e patrimoniali della società, ma concerne una loro conoscenza documentale e giuridicamente utile; ne consegue che il predetto delitto sussiste non solo quando la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari del fallito si renda impossibile per il modo in cui le scritture contabili sono state tenute ma anche quando gli accertamenti da parte degli organi fallimentari siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con l'ordinaria diligenza.

L'omessa tenuta della contabilità interna integra gli estremi del reato di bancarotta documentale fraudolenta e non quello di bancarotta semplice qualora si accerti che scopo dell'omissione sia quello di recare pregiudizio ai creditori.

In tema di reati fallimentari nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica dando luogo a un concorso di reati, unificati ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico di cui all'art. 219 comma 2 legge fall., disposizione che pertanto non prevede sotto il profilo strutturale una circostanza aggravante ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 cp

In tema di reati fallimentari la pluralità di atti di bancarotta è considerata ai sensi dell'art. 219 l. fall. come semplice circostanza aggravante del reato (assoggettata all'ordinario giudizio di comparazione tra aggravanti e attenuanti) solo all'interno del medesimo procedimento concorsuale, ne consegue che nel caso in cui le dichiarazioni di fallimento siano plurime e autonome le rispettive condotte illecite realizzano un'ipotesi di concorso di reati, con applicazione del cumulo materiale delle pene ovvero dell'istituto della continuazione.

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 13 gennaio 2020, n. 61 - Giudice Blanc.

COLTIVAZIONE di sostanza stupefacente - uso personale del coltivatore - esclusione del reato.

(Art. 73 comma 5 DPR 309/90)

Devono ritenersi escluse dal reato di coltivazione di sostanze stupefacenti quelle attività di "minime dimensioni svolte in forma domestica che, per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore" (Cass. Pen, S.U. 19.12.2019).

Si verte in tale ipotesi nel caso di singola pianta di marijuana di non ampie dimensioni, di alcune foglie essiccate, di altra pianta e rametto posti ad essiccare, allorché non siano utilizzate particolari tecniche di coltivazione, né rinvenuti oggetti tipicamente utilizzati per il confezionamento di dosi, né alcuno strumento per la pesatura dello stupefacente, né somme di denaro riconducibili a cessioni.

CR.BR.

Tribunale di Genova in Composizione Monocratica, 13 gennaio 2020, n. 85 - G.O.T. Dallara.

CONCORSO di persone nel reato - possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli - pregressa condanna per delitti determinati da motivi di lucro - presupposto del reato - presupposto sussistente solo per uno degli imputati in concorso - consapevolezza - responsabilità - sussistenza.

(Art. 707 c.p.)

Nel reato di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli, la particolare qualificazione del soggetto attivo per precedenti condanne per reati commessi per motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, non impedisce di ravvisare la responsabilità a titolo concorsuale di soggetti che non si trovino in tali condizioni personali o che non siano colti in possesso di oggetti atti allo scasso, purché abbiano consapevolezza della particolare qualità di condannato del concorrente e del fatto che questi detiene gli indicati oggetti, di cui possono servirsi direttamente o indirettamente, aiutando l'altro a farne uso.

Detta consapevolezza può ricavarsi dalla prossimità degli imputati derivante dal comune paese di origine e lingua, dall'analoga età, dall'evidente reciproca frequentazione.

CR.BR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 3 febbraio 2020, n. 454 - Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio - danneggiamento - deturpamento e imbrattamento di cose altrui - elementi di prova - individuazione fotografica - immagini estrapolate da telecamere - insufficienza.

(Artt. 635 e 639 c.p.)

L'individuazione fotografica effettuata in sede di indagini preliminari e confermata dal teste in sede dibattimentale, costituisce, secondo una recente pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. Pen. Sez. IV, n. 47262/2017), un accertamento liberamente apprezzabile dal giudice, la cui affidabilità dipende dall'attendibilità del teste e dalla dichiarazione resa.

Nel caso in oggetto, il Giudice di primo grado assolveva gli imputati rilevando come le immagini estrapolate da alcune telecamere rappresentassero l'unico elemento di prova dell'accusa. In particolare, rifacendosi alla pronuncia della Suprema Corte, lamentava come, nonostante la sicura attendibilità del riconoscimento operato dal teste (personale della DIGOS), non risultasse alcun accertamento antropometrico che consentisse di identificare i soggetti e non fossero presenti nelle annotazioni della Polizia Giudiziaria fotografie effigianti gli imputati, in modo da rendere possibile una comparazione in grado di validare una valutazione effettuata in termini di certa somiglianza.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 gennaio 2020, n. 322 - Giudice Vinelli.

DELITTI contro la fede pubblica - falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale - identità e qualità personali - stato di gravidanza - integrazione del reato - insussistenza.

(Art. 495 c.p.)

Non integra il delitto di cui all'art. 495 c.p. la condotta di chi attesta il proprio stato di gravidanza pur essendo consapevole della falsità di tale dichiarazione. In particolare, secondo il Giudice di prime cure lo stato di gravidanza non integra una dichiarazione attinente ad una qualità personale rilevante ai sensi del delitto di cui sopra.

La Suprema Corte ha chiarito, in merito all'art. 495 comma 1 c.p., che rientrano nella nozione di qualità personali "gli attributi ed i modi di essere che servono ad integrare l'individualità di un soggetto e, cioè, sia le qualità primarie, concernenti l'identità e lo stato civile delle persone, sia le altre qualità che pure contribuiscono ad identificare le persone, quali la professione, la dignità, il grado accademico, l'ufficio pubblico ricoperto, una precedente condanna e simili" (Cass. n. 1969/2019).

F. BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 gennaio 2020, n. 139 - Giudice Maggio.

DELITTI contro la persona - omicidio stradale - violazione del codice della strada da parte della vittima - corresponsabilità - sussistenza.

(Art. 589 bis c.p.)

Nel caso in cui la vittima abbia tenuto un comportamento contrario al codice della strada (attraversamento fuori dalle strisce pedonali), il grado di responsabilità dell'autore del fatto deve essere proporzionalmente ridimensionato.

F. BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 13 gennaio 2020, n. 83 - G.O.T. Dallara.

DELITTI contro la Pubblica Amministrazione - interruzione di pubblico servizio - mezzo pubblico in anticipo sull'orario previsto - insussistenza.

(Art. 340 c.p.)

Non sussiste il reato di interruzione di pubblico servizio ai sensi dell'art. 340 c.p. allorché venga interrotta la corsa di un mezzo pubblico che viaggia in anticipo rispetto agli orari stabiliti.

Nel caso di specie, in particolare, in ragione dell'anticipo del mezzo pubblico sui tempi di marcia la sosta dovuta al comportamento dell'imputato non avrebbe comportato un ritardo integrante il delitto di cui all'art. 340 c.p..

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 20 gennaio 2020, n. 200 - Giudice Blanc.

DELITTI contro l'incolumità pubblica - reati di pericolo - incendio boschivo - colpa - sussistenza.

(Art. 423 bis comma 2 c.p.)

Il delitto di incendio boschivo ai sensi dell'art. 423 bis comma 2 c.p. sussiste quando esso si concretizzi in un "fuoco suscettibile di espandersi su aree boscate, cespugliate o arborate, oppure su terreni coltivati o incolti e pascoli limitrofi alle dette aree".

Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto sussistente il delitto nella condotta dell'imputato che aveva appiccato le fiamme al fine di ripulire il proprio terreno dalle sterpaglie, aveva perso il controllo del fuoco, il quale non si propagava nell'area boschiva circostante solo grazie all'intervento dei Vigili del Fuoco. Ciò che rileva, infatti, ai fini dell'integrazione del reato di pericolo in questione non è tanto l'effettiva realizzazione dell'evento, quanto l'idoneità degli atti a cagionare l'incendio boschivo.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 3 febbraio 2020, n. 471 - G.O.T. Dallara

DELITTI contro l'onore - diffamazione - mezzo stampa o qualsiasi altro mezzo di pubblicità - social network - diritto di critica verso l'autorità giudiziaria - limiti.

(Art. 595 c. 3 c.p.)

È integrata la condotta criminosa di cui all'art. 595 comma 3 c.p., quando l'imputato, esprimendo una critica diretta all'autorità giudiziaria a mezzo social network, lede la reputazione e il decoro della persona offesa.

Il Primo Giudice ha statuito che il diritto di critica verso l'autorità giudiziaria e la polizia, come nel caso di specie, è diritto ineludibile e da riconoscere con ampia elasticità in un sistema democratico, ma non può sfociare in mera aggressione gratuita scriminabile apoditticamente ex art. 51 c.p., così come affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia n. 19960/2019.

F. BAR.

Sezione di deontologia

Documenti

La sospensione cautelare e il suo procedimento

Fabio De Santis

Avvocato, Segretario del CDD di Genova

Accade che in occasione d'inchieste giudiziarie e/o procedimenti penali vengano coinvolti diversi professionisti a vario titolo tra cui, purtroppo, anche avvocati.

Parte così un *assordante e silenzioso tamtam* (“chiacchiericcio”) tra i corridoi e le aule di giustizia: “*perché il Consiglio dell’Ordine non fa nulla?*” ... “*Ai nostri tempi li sanzionavamo immediatamente... senza perdere tempo!*” ... “*Cosa stanno aspettando per buttarlo fuori dall’Ordine degli Avvocati?*” ... alimentando così sterili polemiche e contrasti tra *giustizialisti e garantisti*. Queste sono solo alcune delle domande che rimbalzano da un avvocato all’altro e che, nei più non trovano risposta, perché fortunatamente, si ha poca dimestichezza con la sospensione cautelare dall’esercizio della professione forense, essendo un provvedimento singolare e infrequente (1).

La confusione è ancora maggiore quando si vuol dare una risposta alle domande di cui sopra “rammentando” astrattamente la normativa previgente (ancora più oscura a molti) volendola applicare oggi, quando, la sospensione cautelare, come attualmente rimodulata e disciplinata, a otto anni dalla sua introduzione, è ancora in piena evoluzione.

La sospensione cautelare dall’esercizio della professione forense non è una sanzione disciplinare, ma è un provvedimento per tutelare l’immagine, il decoro e la dignità della classe forense e prescinde “da ogni giudizio prognostico sulle effettive responsabilità dell’incolpato” (così ci chiarisce la giurisprudenza disciplinare) (2).

Oggi la sospensione cautelare è disciplinata dall’art. 60 Legge Forense (Titolo V - Il procedimento disciplinare) e dall’art. 32 regolamento n. 2/14 CNF.

La normativa detta specifiche regole e una tempistica precisa per l’irrogazione di tale tipo di provvedimento.

La competenza a deliberare la sospensione cautelare spetta al Consiglio distrettuale di disciplina “*competente per il procedimento disciplinare*”. Orbene, su tale ultima questione, si evidenzia come un’interpretazione restrittiva (che si fonda anche sulla previgente normativa e giurisprudenza) porterebbe a ritenere competente, per l’emissione del provvedimento cautelare, solo il Consiglio di disciplina del distretto ove è iscritto l’incolpato e non anche il Consiglio di disciplina del distretto dove è stato commesso il fatto da parte del segnalato (sottoposto a provvedimento dell’Autorità Giudiziaria penale). Infatti, l’articolo 51, comma 3, Legge Forense prevede che l’autorità Giudiziaria debba dare immediata notizia “*al Consiglio dell’Ordine competente*” quando sia esercitata l’azione penale o siano assunte altre iniziative “*nei confronti di un iscritto*”, ritenendo così l’esclusione della competenza del Consiglio del luogo in cui il fatto è stato commesso in favore della sola competenza del Consiglio ove l’incolpato è iscritto (3).

La sospensione cautelare è un provvedimento di esclusiva competenza del Consiglio Distrettuale di Disciplina (non del Consiglio dell’Ordine) e come provvedimento provvisorio, di natura amministrativa e discrezionale (4), è volto a tutelare il prestigio e la dignità della classe forense. Lo stesso può (non deve) essere emesso nei casi (tassativi) previsti dall’art.60 Legge Forense per la durata massima di un anno.

Il nuovo assetto normativo, stravolge quindi, completamente la “vecchia” sospensione cautelare dall’esercizio della professione forense. Infatti, prima della riforma, il provvedimento interdittivo era regolato dall’articolo 43 del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 (5), il quale prevedeva due tipi di sospensione cautelare: la prima, automatica, o meglio *di diritto*, ove non era necessario l’audizione dell’incolpato (oggi sempre obbligatoria) e l’altra, in determinati casi (ex art. 43 terzo comma RDL 1578/33) a discrezione del Consiglio dell’Ordine, con obbligo di ascoltare previamente l’incolpato.

La giurisprudenza disciplinare (pre-riforma) affermava comunque che la sospensione cautelare poteva essere irrogata in presenza di comportamenti di particolare gravità in presenza dell’ulteriore requisito, necessario ed indefettibile, del cd. “*strepitus fori*” (su questo ultimo elemento ritorneremo). La vecchia sospensione cautelare, una volta irrogata, era a tempo indeterminato (art. 43 ultimo comma RDL 1578/33). Nel tempo, con l’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, nel 1989, venivano soppressi il mandato e l’ordine di comparizione (presupposti, ex art. 43.3 RDL 1578/33, per l’emissione di quella sospensione cautelare “discrezionale”) e la giurisprudenza disciplinare confermava e ribadiva che la sospensione cautelare poteva essere comunque sempre irrogata, in presenza di comportamenti di particolare gravità (e dello *strepitus fori*) posti in essere dall’avvocato che provocassero disdoro sia alla propria reputazione, sia all’intera classe forense, compromettendone così l’immagine, il prestigio e la credibilità (6). Oggi lo scenario è completamente mutato.

L’articolo 60 L.F. determina in modo tassativo i casi in cui è possibile adottare la sospensione cautelare dall’esercizio della professione o dal tirocinio.

Precisamente, essa può essere adottata in caso di:

- applicazione di misura cautelare detentiva o interdittiva irrogata in sede penale e non impugnata o confermata in sede di riesame o di appello;
- pena accessoria di cui all’articolo 35 c.p., anche se è stata disposta la sospensione condizionale della pena, irrogata con la sentenza penale di primo grado
- applicazione di misura di sicurezza detentiva;
- condanna in primo grado per i reati previsti negli articoli 372 (Falsa testimonianza), 374 (Frode processuale), 377 (Intralcio alla giustizia), 378 (Favoreggiamento personale), 381 (Altre infedeltà del patrocinatore), 640 (Truffa) e 646 (Appropriazione indebita), se commessi nell’ambito dell’esercizio della professione o del tirocinio, 244 (Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra), 648bis (Riciclaggio) e 648ter (Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) del codice penale;

- condanna a pena detentiva non inferiore a tre anni.

Il primo presupposto, per la legittimità dell'emissione della sospensione cautelare dall'esercizio della professione, è la "previa audizione" dell'incolpato (7). Non sussiste (più) una sospensione cautelare immediata e automatica (*di diritto*).

L'attuale sistema esclude, fino al momento in cui l'incolpato non sia ascoltato (anche per quelle ipotesi che pre-riforma erano "automatiche"), l'emanazione del provvedimento di sospensione cautelare dall'esercizio della professione.

Si evidenzia che ove l'iscritto sia soggetto a misura cautelare detentiva e/o interdittiva penale (primo caso previsto dall'art. 60 LF) i tempi per l'audizione dell'iscritto da parte del Consiglio di Disciplina, sono subordinati alla previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria e quindi ad una tempistica dettata dall'Autorità Giudiziaria con inesorabilmente incidenza temporale sull'emanazione del provvedimento cautelare forense da parte del Consiglio Distrettuale di Disciplina.

Sempre in tale caso, per l'emissione della sospensione cautelare dall'esercizio della professione, vi è altresì un ulteriore freno temporale. Infatti non potrà essere emesso il provvedimento cautelare della sospensione dall'esercizio dalla professione forense se la misura cautelare detentiva e/o interdittiva penale non sia divenuta definitiva, ovvero non sia stata impugnata nei termini di dieci giorni, o dovrà comunque essere confermata in sede di riesame o di appello, se proposto dall'incolpato. È chiaro che in tali casi i termini per l'emanazione del provvedimento cautelare saranno dilatati: soltanto al verificarsi delle scadenze di cui sopra, infatti potrà essere emessa una sospensione cautelare dall'esercizio della professione legittima da parte del Consiglio Distrettuale di Disciplina.

Ai fini dell'emissione del provvedimento di sospensione cautelare, non si richiede una condanna penale passata in giudicato (8), né il Consiglio Distrettuale di disciplina dovrà valutare la fondatezza delle accuse penali, ma solo se sussistono i presupposti di legge nonché "l'opportunità" dell'irrogazione della sospensione cautelare.

Il provvedimento che "può" (non "deve") essere deliberato, essendo una decisione discrezionale del Consiglio distrettuale di disciplina, dovrà essere motivato.

Questo l'altro presupposto per la legittimità del provvedimento: la motivazione (9).

La giurisprudenza disciplinare per deliberare la sospensione cautelare, ritiene necessario il requisito dello *strepitus fori* che si sostanzia nella diffusione, non solo nell'ambiente forense, ma anche verso la collettività, della notizia che coinvolge l'avvocato creando nell'opinione pubblica un "clamore" e una pubblicità negativa verso l'intera classe forense.

Tale requisito (era ed è) necessario e sufficiente, insieme alle ipotesi previste dal legislatore, per l'emissione del provvedimento cautelare.

Infatti "Secondo una interpretazione sistematica, storica e teleologica deve ritenersi che il c.d. *strepitus fori* costituisca tuttora presupposto della nuova sospensione cautelare, la quale pertanto non consegue automaticamente o di diritto al solo verificarsi delle fattispecie tipiche e tassative di sua ammissibilità (artt. 60 L. n. 247/2012 e 32 Reg. CNF n. 2/2014), ma è comunque rimessa al potere-dovere del CDD di valutare in concreto e motivatamente l'eventuale clamore suscitato dalle imputazioni penali, in una dimensione oggettiva di rilevante esteriorizzazione e non solo nello stretto ambiente professionale" (10)...

Mentre "la prova dello *strepitus fori* deve aver luogo non necessariamente per via documentale, facendola semplicisticamente coincidere con la diffusione delle notizie giornalistiche o con il numero delle pubblicazioni ma, in assenza di altri elementi concludenti, neppure

può ricavarsi in via meramente presuntiva, ritenendo di per sé sufficiente la semplice pronuncia di un provvedimento giudiziale. In particolare, il richiamato presupposto va valutato sia nell'ambito professionale che in quello dell'opinione pubblica: il primo è dotato di recettori adeguati e consapevoli idonei a valutare la rilevanza e la gravità dell'accaduto mentre la seconda si forma sulla base "delle notizie e delle voci" che si diffondono, necessariamente, quasi in misura proporzionale alle dimensioni dell'indagine, al numero, al ruolo ed all'importanza delle persone coinvolte" (11)...

Per l'emissione del provvedimento cautelare, il requisito dello *strepitus fori*, secondo la giurisprudenza forense, deve essere attuale e concreto (12).

"Detta valutazione -concernente la concretezza, rilevanza e attualità della lesione al decoro ed alla dignità della professione- non è sindacabile dal CNF, il cui scrutinio è infatti limitato alla sola legittimità formale del provvedimento dell'ente territoriale, rimanendo precluso ogni giudizio in ordine all'opportunità ed ai presupposti fattuali della comminata sospensione." (13)

L'orientamento giurisprudenziale, che impone l'esistenza (dell'unico e implicito) requisito dello *strepitus fori* per l'emissione del provvedimento cautelare è messo in discussione da gran parte degli organismi forensi territoriali (14).

Infatti seppur tutti concordi nell'obbligo di motivare il provvedimento cautelare, essendo un provvedimento discrezionale del CDD, non è condivisibile, al fine della legittimità dello stesso, prendere posizione esclusivamente su un requisito, lo *strepitus fori*, non espressamente previsto dalla legge, che sicuramente può (anche insieme ad altri) essere un elemento (non obbligatorio) da prendere in considerazione per deliberare il provvedimento interdittivo, ma non di per sé sufficiente e necessario.

Tale requisito (giurisprudenziale) appare ultroneo in alcuni casi previsti dall'art.60 della legge forense, quali ad esempio, nell'ipotesi dell'applicazione di una misura di sicurezza nei confronti dell'iscritto che nella previgente normativa era un'ipotesi di sospensione cautelare di diritto -ex art. 43 primo comma R.D.L. n. 1578/1933- e in astratto, per la sua deliberazione, non era già "necessario" quel requisito dello *strepitus fori*, oppure in quelle ipotesi di condanna penale di primo grado (per quei reati previsti dall'art. 60 LF) che, pur in assenza di uno *strepitus fori* attuale e concreto, comporterebbero, sempre e comunque, la cancellazione dall'albo ex art. 17 lett. g) Legge Forense.

Tali semplici considerazioni permettono di ritenere che lo *strepitus fori*, non possa essere considerato più l'unico, "necessario" e/o autosufficiente requisito (nei casi previsti dall'art. 60 LF) per legittimare un provvedimento di sospensione cautelare da parte del Consiglio Distrettuale di Disciplina: il provvedimento cautelare dovrà ritenersi comunque legittimo, se correttamente motivato, anche in presenza di ulteriori requisiti, insieme e/o in assenza di quello *strepitus fori* (non previsto dalla legge). In tal senso, attendiamo una modifica dell'orientamento giurisprudenziale.

La sospensione cautelare può essere irrogata per un periodo non superiore ad un anno ed è esecutiva dalla data della notifica all'interessato del provvedimento che la infligge, mentre perde efficacia nei seguenti casi:

- qualora, nel termine di sei mesi dalla sua irrogazione (non dalla notifica), la sezione competente del Consiglio distrettuale di disciplina non deliberi il provvedimento sanzionatorio;
- qualora la sezione competente del Consiglio distrettuale di disciplina deliberi non esservi luogo a provvedimento disciplinare;
- qualora la sezione competente del Consiglio distrettuale di disciplina disponga l'irrogazione delle sanzioni dell'avvertimento o della censura.

La sospensione cautelare può essere revocata o modificata nella sua durata (anche d'ufficio) in ogni momento dalla sezione che l'ha disposta o comunque dalla sezione competente per il procedimento, qualora, anche per circostanze sopravvenute, non appaia adeguata ai fatti commessi.

L'eventuale revoca e/o modifica della misura cautelare penale non giustificata di per sé la modifica e/o la revoca della sospensione cautelare dall'esercizio professionale avendo i due provvedimenti una diversa natura e diversa finalità: *“Mentre alla base delle misure cautelari penali stanno il rischio di inquinamento delle prove, il pericolo di reiterazione del reato ed il pericolo di fuga, la sospensione cautelare disciplinare si giustifica in vista della salvaguardia dell'Ordine Forense, al fine di preservarne la funzione sociale dalle menomazioni di prestigio che possono conseguire alla notizia di assoggettamento dell'avvocato a procedimento penale per fatti gravi e comportamenti costituenti reato. Pertanto, il venir meno delle esigenze cautelari che a suo tempo hanno giustificato l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale non comporta l'automatico e corrispondente venir meno delle esigenze cautelari poste a base della sospensione a tempo indeterminato autonomamente disposta dal Consiglio territoriale”* (15).

Sull'istanza di revoca o di modifica presentata dall'interessato è competente a pronunciarsi altra sezione, diversa da quella che ebbe a disporre il provvedimento cautelare, designata dal Presidente del Consiglio distrettuale di disciplina.

Qualora sia stata irrogata la sanzione della sospensione a carico di un iscritto, al quale per il medesimo fatto è stata applicata la sospensione cautelare, il consiglio dell'ordine determina d'ufficio senza ritardo la durata della sospensione, detraendo il periodo di sospensione cautelare già scontato (16).

Contro il provvedimento della sospensione cautelare, l'interessato può proporre ricorso avanti il CNF nel termine di venti giorni dall'avvenuta notifica nei modi previsti per l'impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Il ricorso non ha effetti sospensivi dell'esecuzione (17).

Contro la decisione del CNF, gli interessati e il pubblico ministero possono proporre ricorso avverso le decisioni del CNF alle sezioni unite della Corte di cassazione, entro trenta giorni dalla notificazione, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge. Il ricorso non ha effetto sospensivo. Tuttavia l'esecuzione può essere sospesa dalle sezioni unite della Corte di cassazione in camera di consiglio su istanza del ricorrente (18).

Note.

(1) Il CDD di Genova ha irrogato, nel 2015, una sospensione cautelare e così nel 2016. Nel 2017 nessun provvedimento cautelare, nel 2018 una. Nel 2019 tre sospensioni cautelari e nel 2020 (ad oggi) quattro.

(2) “Anche a seguito della riforma professionale, la sospensione cautelare non ha la natura di sanzione disciplinare, ma è un provvedimento amministrativo precauzionale, col quale si intende tutelare il decoro e la dignità della classe forense” (CNF sentenza del 25 marzo 2017, n. 23 – Cass. SS.UU., sentenza n. 26148 del 3 novembre 2017); “la ratio che assiste l'istituto della sospensione cautelare è nell'esigenza di tutela del decoro e della dignità della classe forense offuscate dalle accuse al professionista imputato” (CNF sentenza del 29 marzo 2003, n. 45).

(3) in tema di competenza esclusiva del CDD dove è iscritto l'incolpato vedasi l'art.46.10 LF (candidato all'esame di Stato), nonché “Il nuovo procedimento disciplinare degli avvocati” di Remo Danovi Ed. Giuffrè 2014 dove l'autore conclude comunque sull'opportunità di confermare la duplice competenza territoriale dei CDD.

(4) CNF n. 79/2015 n. 79; tra le altre, Cass. sez. un. n. 28505/2005; Cass. sez. un. n. 19711/2012; CNF n. 110/2013; CNF n. 24/2013; CNF n. 192/2012; CNF n. 146/2011; CNF n. 8/2011; CNF n.104/2007

(5) R.D.L. n. 1578/1933 - Della disciplina degli avvocati e dei procuratori.

Art. 43. “Oltre i casi di sospensione dall'esercizio della professione previsti nel codice penale, importano di diritto la sospensione dall'esercizio della professione: a) la interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a tre anni; b) il ricovero in un manicomio giudiziario fuori dei casi previsti nell'articolo precedente, il ricovero in una casa di cura o di custodia, l'applicazione di una tra le misure di sicurezza non detentive previste nell'art. 215 del codice penale, comma terzo, numeri 1°, 2° e 3°; c) l'emissione di un mandato o di un ordine di cattura; d) l'applicazione provvisoria di una pena accessoria o di una misura di sicurezza, ordinata dal giudice a norma degli articoli 140 e 206 del codice penale. La sospensione è dichiarata dal direttorio del sindacato, sentito, ove lo creda, il professionista.

Il direttorio può pronunciare, sentito il professionista, la sospensione dell'avvocato o del procuratore ammonito o assegnato al confino di polizia o contro il quale sia stato emesso mandato od ordine di comparizione o di accompagnamento, senza pregiudizio delle più gravi sanzioni.

Nei casi previsti nel presente articolo la durata della sospensione non è assoggettata al limite stabilito nell'art. 40, n. 3.

(6) tra le altre CNF 6 giugno 2015 n. 79 cit.; CNF 12 ottobre 2009 n. 89.

(7) “Nel procedimento disciplinare a carico degli avvocati, il principio di cui all'art. 45 del Rdl 27 novembre 1933, n. 1578 – secondo cui il Consiglio dell'Ordine territoriale non può infliggere nessuna pena disciplinare senza che l'incolpato sia stato citato a comparire davanti ad esso – assume valenza di un principio generale, volto a garantire il rispetto del contraddittorio e il diritto di difesa. Ne consegue che, dovendosi applicare tale principio anche per l'adozione di provvedimenti cautelari, è affetto da nullità insanabile il provvedimento del Consiglio dell'Ordine territoriale che abbia inflitto la sospensione cautelare dall'esercizio della professione all'esito di una riunione alla quale l'interessato non sia stato convocato” (CNF sentenza del 10 giugno 2014 n.89 – Cass. Sez. Un. n.3182/12), CNF sentenza del 18/07/2013 n. 110

(8) CNF- sentenza n. 23/2017 - Cass. sez. un., sentenza n. 26148/2017

(9) Significativa, sul punto della motivazione dei provvedimenti cautelari, la sentenza del CNF 28 settembre 2011, n. 146: “Il potere cautelare esercitato dal C.d.O. ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione è discrezionale e non sindacabile, essendo solo al C.O.A. affidata dall'ordinamento la valutazione della lesione al decoro e alla dignità della professione e quella dell'opportunità dell'adozione della misura cautelare, mentre l'esame del C.N.F. è limitato al controllo di legittimità, restando precluso ogni giudizio rispetto all'opportunità dell'adozione della misura sospensiva. La decisione del C.O.A. di applicare la misura cautelare della sospensione, la quale non ha natura di sanzione disciplinare ma di provvedimento amministrativo a carattere provvisorio, va ritenuta immune da censure quando, come nella specie, sia disposta – previa audizione dell'interessato – mediante deliberazione discrezionale del Consiglio territoriale che, con riferimento alla sentenza di condanna e alle imputazioni dalla stessa emergenti, abbia tenuto conto sia della gravità delle stesse e della loro capacità di incidere sulla dignità e sul decoro della professione, sia della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per cinque anni, sia, infine, delle dichiarazioni mendaci del professionista. La decisione con la quale il C.d.O. disponga l'applicazione della misura cautelare della sospensione non può ritenersi priva di motivazione quando contenga espliciti riferimenti sia al comportamento del ricorrente sia alla sentenza penale di condanna.

(10) CNF sentenza n. 152 del 7 dicembre 2019

(11) CNF sentenza del 25 ottobre 2018, n. 130; CNF sentenza del 2 aprile 2012, n. 52.

(12) Cass., sez. un., 18 febbraio 2015, n. 3184.

(13) CNF sentenza del 25 ottobre 2018, n. 130; CNF sentenza del 31 dicembre 2018, n. 241; CNF sentenza del 12 aprile 2018, n. 29, CNF sentenza del 25 marzo 2017, n. 23 confermata in sede di legittimità da Corte di Cassazione (pres. Canzio, rel. Giusti), SS.UU., sentenza n. 26148 del 3 novembre 2017.

(14) Riunione del 16/09/20 presso la sede del CNF con i CDD

(15) CNF sentenza del 25 ottobre 2018, n. 130; CNF sentenza del 21 febbraio 2005, n. 32, CNF sentenza del 27 luglio 2010, n. 56, CNF sentenza del 4 marzo 2013 n. 24.

(16) articolo 62, comma 8, LF e articolo 35, comma 6, Reg. 2/14 CNF

(17) ex art. 32, comma 6, Reg. 2/14 CNF

(18) ex art. 36, comma 6 e 7 LF. I provvedimenti del CNF su impugnazione di delibere dei consigli distrettuali di disciplina hanno natura di sentenza (ex art.37, comma 2 LF)

Il procedimento disciplinare (in pillole)

Maria Grazia Gandolfo

Avvocato, Consigliere del CDD di Genova

Come noi tutti sappiamo, l'appartenenza alla professione forense ed il suo esercizio comporta l'osservanza di norme, anche di rango legislativo, la cui violazione determina reazioni interne di verifica del loro rispetto, e sanzione nel caso di loro violazione (c.d. potestà disciplinare), che fa capo al Consiglio Distrettuale di Disciplina.

Lungi dall'essere solo una sorta di "galateo istituzionale", l'insieme delle norme che solitamente definiamo come "deontologia forense" ha da un lato un'indubbia valenza etica (che, in quanto tale, dovrebbe nascere da un'idea condivisa di chi sia l'avvocato) e dall'altro il precipuo e fondamentale compito di difendere - in una contingenza storica fortemente caratterizzata dalla così detta "liberalizzazione" di molti settori economici e da vari tentativi legislativi di assimilazione dell'avvocato all'imprenditore - la funzione e ragione d'essere, all'interno del nostro ordinamento giuridico e della nostra società, della professione forense come "libera professione" e come professione al servizio della giustizia.

La verifica del rispetto dei precetti deontologici e l'esercizio del potere sanzionatorio a fronte della *patologia* dei comportamenti è, quindi, in questa prospettiva, altrettanto fondamentale, poiché ne va dell'esistenza stessa dell'avvocatura come funzione costituzionalmente prevista.

Il procedimento deontologico ha subito, con l'approvazione della nuova legge professionale forense (legge 247/2012) e dei Regolamenti del CNF n. 1/2014 e n. 2/2014, profondi e radicali mutamenti introdotti soprattutto con l'intendimento di superare le critiche sollevate in passato (compresi dubbi di costituzionalità) in relazione alla vecchia legge professionale del 1933.

Tali fonti normative hanno previsto che la verifica del rispetto delle norme deontologiche avvenga, in una prima fase, davanti al Consiglio Distrettuale di Disciplina sulla base di una procedura appositamente creata, disciplinata ed integrata per quanto "non specificamente disciplinato" dalle norme del codice di procedura penale (art. 59 comma 1 della l.p.f.).

Il CDD esercita la sua funzione, in questa prima fase, in via amministrativa, non essendo un organo "giurisdizionale": solo con l'eventuale impugnazione della decisione del CDD, la verifica del comportamento avviene in sede giurisdizionale davanti al CNF (artt. 35 comma 1 lettera c e 61 l.p.f.).

Ciò nonostante il procedimento disciplinare che si svolge davanti al CDD ha regole (anche relative alla difesa) e fasi ben determinate e del tutto simili al nostro processo penale, regole che qui di seguito si sintetizzano:

1. Fase preliminare.

La notizia dell'illecito perviene al CDD dal COA di appartenenza dell'avvocato, COA che deve immediatamente ed obbligatoriamente "girare" al CDD la segnalazione e quindi dare notizia della segnalazione all'iscritto invitandolo a presentare le sue deduzioni entro 20 giorni.

Con l'invio immediato della segnalazione al CDD il COA deve allegare la scheda riassuntiva di eventuale progressi provvedimenti a carico dell'iscritto stesso; immediatamente la segnalazione viene iscritta in un apposito registro riservato.

Il fascicolo viene poi esaminato dal Presidente (o da uno dei

Vice Presidenti), il quale potrà richiederne l'archiviazione al CDD riunito in plenaria (e con l'astensione dei componenti facenti parte del medesimo Ordine a cui appartiene l'iscritto), per "manifesta infondatezza della notizia dell'illecito", può proporre l'improcedibilità per intervenuta prescrizione o il richiamo verbale.

2. Istruttoria pre-procedimentale.

Se non è stata disposta l'archiviazione dal CDD in plenaria:

- il Presidente designa la Sezione competente per l'eventuale dibattimento e nomina il Consigliere istruttore il quale comunica all'iscritto l'apertura della fase istruttoria e la facoltà di presentare (entro 30 giorni) scritti difensivi, documenti, mezzi di prova o sommari informativi, farsi assistere da un difensore, essere sentito dal Consigliere Istruttore.
- il Consigliere Istruttore istruisce il fascicolo sulla base degli elementi che gli vengono forniti e su quelli che intende raccogliere di sua iniziativa e all'esito dell'istruttoria (che dovrebbe definirsi entro un termine non perentorio di 6 mesi), con provvedimento motivato, fa richiesta alla Sezione di archiviazione, oppure propone richiamo verbale sulla base dell'istruttoria pre-dibattimentale fino a quel momento esperita, oppure formula il capo di incolpazione, indicando le persone che intende vengano sentite quali testimoni.
- la Sezione decide se accogliere le richieste del Consigliere Istruttore ed in caso di formulazione del capo di incolpazione lo comunica all'iscritto (che diviene "incolpato") il quale ha termine di ulteriori 20 giorni per estrarre copia del fascicolo, depositare ulteriori memorie e chiedere di essere sentito dal Consigliere Istruttore;
- all'esito di questa ulteriore fase, se il Consigliere Istruttore non ritiene di proporre l'archiviazione, chiede disporsi la citazione al dibattimento;

3. Il dibattimento e la decisione.

Si tratta di un vero e proprio processo davanti alla Sezione di competenza (di cui non farà parte il Consigliere Istruttore): alle udienze (che non sono pubbliche) è prevista la presenza dell'incolpato (se vuole assistito da un difensore) ma non è prevista la presenza di alcuna "parte processuale" per il soggetto che ha depositato l'esposto, il quale può essere sentito come testimone se lo chiede l'incolpato o se lo decide la Sezione, è invece prevista la presenza del Pubblico Ministero. L'incolpato viene sentito per primo (se acconsente) ed ha comunque la parola a propria difesa per ultimo. La sezione acquisisce i documenti della fase istruttoria, quelli che l'incolpato intenda produrre in quella sede, procede all'esame dei testimoni indicati o che l'incolpato indica in quella sede, procedendo anche d'ufficio all'ammissione e all'acquisizione di ogni prova necessaria o utile. All'esito della discussione finale, emette, a maggioranza dei componenti, la propria decisione (impugnabile davanti al CNF entro 30 giorni dal deposito della sentenza stessa).

Queste, veramente in sintesi, sono le regole che governano il nostro procedimento disciplinare.

La formalità del procedimento, la sua similarità a quello penale (confermata dal richiamo "a chiusura" più sopra citato), la terminologia processuale introdotta hanno sicuramente la finalità di consentire una verifica piena ed una piena difesa per le "macro" patologie deontologiche segnalate.

Ciò nondimeno rende tutti noi (innanzitutto chi scrive) maggiormente consapevoli dell'importanza funzionale dell'impianto normativo deontologico di oggi.