

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 Culetto (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 Zanolì (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

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

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

via Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova

Tel 010 0986820/21/22 · 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 Genova, sez. fall., 4 novembre 2019 **3**

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 21 maggio 2020 **7**

Corte di Cassazione, sez. III civ., 11 novembre 2019, n. 28990 **8**

Responsabilità medica alla luce delle sentenze di San Martino 2019: danno biologico “differenziale” e applicazione diretta dei criteri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private.

Michela Ferraris **19**

Massimario **27**

Documenti

Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria.

Paolo Biavati **29**

La nozione civilistica di alea.

Andrea Fusaro **33**

Le conclusioni (e i dispositivi) negli atti e nelle decisioni civili.

Andrea Del Nevo **38**

La Corte di Cassazione e il “diritto di entrare nella morte a occhi aperti”.

Eugenio Tagliasacchi **43**

Appunti sulla sospensione ex art. 54 ter d.l. 18/2020 convertito con l. 24/4/20 n. 27.

Lucia Canepa **47**

Recensioni

CARLO ALBERTO CALCAGNO, *Arbitrato e negoziato in Europa. Le opportunità dell'avvocato.*

Alessandro Barca **53**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Documenti

Tutela della concorrenza e tutela della professione forense nell'ordinamento italiano: divergenza o coincidenza con il diritto europeo?

Daniele Granara **55**

Sezione di diritto tributario

Massimario **63**

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte d'Appello di Genova, 7 gennaio 2020 e 2 marzo 2020 **69**

La sindacabilità del mandato di arresto europeo e la questione del cittadino straniero.

Valter Semino **73**

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. fall., 4 novembre 2019 - Giudice Unico Lucca - Spa (Avv.ti Francesca e Bregante) c. Srl (Avv.ti Allavena e Fossati).

IMPUGNAZIONI civili in genere - precetto su sentenza - opposizione - interpretazione del titolo esecutivo - interessi moratori e interessi legali - distinzione - sussistenza nel caso di specie.

(Art. 615, co.1, cpc; art. 5, D.Lgs. n. 231/2002)

L'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale deve essere condotta con criteri letterali e senza ricorrere ad elementi estranei al titolo esecutivo stesso; in tale ottica l'interpretazione deve muovere dalla domande proposte che non sono solo un elemento formale della sentenza, ma stabiliscono i confini e i limiti del decisum, delimitando l'oggetto del processo.

Allorché nel dispositivo venga data una diversa qualificazione della natura delle somme oggetto di condanna e a tale diversa natura venga correlato il computo di interessi qualificati ora "moratori" - sulle somme dovute a titolo di corrispettivo su fatture scadute - ora come "legali" - sulle somme dovute a titolo di risarcimento - il richiamo agli "interessi moratori" non può essere inteso quale riferimento al fatto che si tratterebbe di interessi diversi da quelli corrispettivi e compensativi dovendo invece intendersi l'utilizzo di tale aggettivazione come riferimento diretto all'art. 5 del decreto legislativo 231 del 2002 che stabilisce gli interessi nelle transazioni commerciali e contiene, inoltre, un esplicito richiamo alla data della scadenza delle singole fatture (pure tipico degli interessi commerciali).

E.CER.

(...Omissis...)

Motivi della decisione

La presente causa ha ad oggetto l'opposizione a precetto ex art. 615 c. 1 cpc introdotta da S.p.a. a seguito della notifica effettuata da S.r.l. del 26.6.2018 della somma di € 1.917.625,93. Il precetto si fonda sulla sentenza del Tribunale di Genova del 28 maggio 2018 n. 1501 il cui dispositivo recita:

"1. revoca i decreti ingiuntivi n. 1275/2012 e 1841/2012 emessi dal Tribunale di Genova;

2. dichiara tenuta e condanna S.p.a. in persona del suo legale rappresentante p.t. a corrispondere ad S.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t. la complessiva somma di € 5.308.332,40 oltre interessi moratori decorrenti dalla scadenza delle singole fatture sino all'effettivo soddisfo su € 4.323.550,40, somma dovuta a titolo di corrispettivo, ed interessi legali e rivalutazione monetaria dalla domanda sino all'effettivo soddisfo su € 984.782,00, somma dovuta a titolo di risarcimento del danno;

3. dichiara tenuta e condanna S.p.a. in persona del suo legale rappresentante p.t. a rimborsare a S.r.l. in persona del suo legale rappresentante p.t. le spese del giudizio che liquida in € 150.303,00 per compensi, oltre spese generali iva e cpa, e in € 1.474,00 per esborsi;

4. pone a carico di S.p.a. le spese di CTU già liquidate in atti".
In particolare, il precetto riguarda esclusivamente la parte della condanna - sopra riportata in neretto - relativa agli interessi "moratori" sulla somma di € 4.323.550,40".

La parte opposta ha calcolato tale interesse secondo il tasso degli interessi per le transazioni commerciali ai sensi della legge 2002 n. 231; secondo l'opponente, invece, S.r.l. sulla base del titolo può procedere soltanto per gli interessi al tasso legale.

La parte opposta, oltre a ribadire l'interpretazione del titolo giudiziale già posta a base del precetto e a fornirne le ragioni che dovrebbero, secondo la stessa, portare al rigetto dell'opposizione, nel costituirsi ha, preliminarmente, chiesto di dichiarare la stessa opposizione inammissibile, in quanto coincidente con una delle censure sollevate dalla parte opposta nel suo atto di appello contro la sentenza.

L'eccezione preliminare va respinta.

Secondo Srl l'opposizione sarebbe inammissibile perché coincidente coi motivi di appello. In realtà, occorre rilevare che l'invocata inammissibilità potrebbe ricorrere, se in questa sede venissero avanzate censure di merito e, quindi, se la domanda qui fatta valere da SGDP fosse la stessa di cui all'atto di impugnazione. Tale situazione non ricorre: in questa sede; infatti, l'opponente si limita a chiedere l'accertamento negativo del diritto a procedere ad esecuzione forzata di Srl, in quanto la condanna costituirebbe titolo solo per gli interessi nella misura legale. Nell'atto di appello, invece, Spa ha chiesto che, nel caso di presentazione di appello da parte di Srl per far risultare una condanna al pagamento degli interessi commerciali, la Corte voglia indicare che la sentenza, invece, commina gli interessi nella misura legale, e in ogni caso riformare la stessa nel senso della inapplicabilità della normativa di cui alla legge 231/2002.

Appare evidente che la parte opposta, in sede di opposizione a precetto, chieda una decisione che accerti che, sulla base della sentenza di primo grado - quale essa è ed era al momento della notifica del precetto - sono dovuti esclusivamente gli interessi nella misura legale e, quindi, tale titolo non consente di procedere *in executivis* per gli interessi commerciali; nell'atto di appello, invece, chiede che il giudice dell'impugnazione - nel caso Srl introduca in appello la questione sugli interessi per far risultare il tasso commerciale - valuti il merito della questione, ossia stabilisca che sono dovuti gli interessi legali.

Le due questioni non sono coincidenti: il merito dovrà stabilire -se si verificano le condizioni e se saranno superate le eccezioni di inammissibilità in appello sollevate- quale sia la corretta statuizione circa la misura degli interessi; l'indagine qui richiesta, invece, è quale sia stato il *decisum* del primo giudice, posto a base del precetto. Le questioni sono ben diverse, perché l'opposizione a precetto qui proposta ha solo ad oggetto se sussista sulla base del titolo il diritto a eseguire anche per gli interessi commerciali, mentre il giudice dell'appello dovrà esaminare il merito e, quindi, stabilire quale sia la statuizione corretta. E' evidente che si tratta di due valutazioni differenti e che potrebbero avere esiti diversi: in ipotesi, qui potrebbe stabilirsi che la sentenza di primo grado costituisce titolo per gli interessi legali o in ipotesi quelli commerciali, ma ciò non implicherebbe alcuna valutazione sulla correttezza di tale decisione, valutazione che spetta solo al giudice del merito, ossia il giudice dell'appello. La prima questione è rivolta al passato: ossia quale sia stata la decisione trasfusa nella prima sentenza, la seconda, invece, è indirizzata verso la corretta statuizione, verso la futura decisione che risulterà dalla impugnazione.

L'eccezione di inammissibilità è, quindi, infondata.

Venendo alla questione principale, ritiene questo giudice che la sentenza costituisca titolo esecutivo per gli interessi nella misura delle transazioni commerciali.

Concorda questo Tribunale con l'indirizzo secondo il quale l'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale, infatti, debba

essere condotta con criteri letterali e senza ricorrere ad elementi estranei al titolo esecutivo stesso.

Tale interpretazione aderente al titolo, tuttavia, non deve essere condotta in maniera sommaria, ma approfondita, specialmente se si tratta di una complessa sentenza di circa settanta pagine. Soprattutto, l'interpretazione del titolo deve discendere dalla sua natura. Forse è utile partire proprio dalla ovvia considerazione che una sentenza è una statuizione giudiziale nella quale il giudice decide sulla base delle domande proposte. Non è possibile comprendere una decisione giudiziale senza partire dalle domande. Esse, infatti, non sono solo un elemento formale della sentenza (le conclusioni delle parti), ma stabiliscono i confini e i limiti del *decisum*, delimitando l'oggetto del processo. Il primo passaggio di ogni sentenza è cosa chiedono le parti e, quindi, quale sia l'oggetto del processo, per comprendere l'ampiezza, la natura ed i limiti della decisione, a seconda del *petitum* richiesto.

Una precisazione appare necessaria: le conclusioni dell'una e dell'altra parte nella causa X/2012 non si comprendono senza far riferimento al contenuto dei decreti ingiuntivi opposti. Si deve anche precisare che non si tratta di un riferimento ad un elemento extratestuale, ma a due statuizioni che costituiscono l'oggetto del processo stesso di opposizione a decreto ingiuntivo. Nell'opposizione a decreto ingiuntivo si verifica un'inversione delle parti: l'opponente, che assume il ruolo di attore formale del processo, è in realtà in posizione di convenuto sostanziale, che contesta quanto ingiunto nel decreto ingiuntivo, mentre l'opposto, che nel processo ha il ruolo di convenuto formale, è in realtà la parte attrice, che ha proposto una domanda giudiziale che ha come contenuto il ricorso per ingiunzione, nei limiti in cui accolto dal decreto monitorio. Pur non trattandosi di una vera impugnazione, si tratta comunque - nel contenuto minimo del giudizio di opposizione - solo di esaminare a contraddittorio pieno quelle domande che già erano state proposte col ricorso ed erano già state accolte nell'ingiunzione di pagamento emessa, e quindi l'oggetto del processo è delimitato da quello del decreto ingiuntivo opposto.

Nel caso di specie, erano stati pronunciati due decreti ingiuntivi (il n. X/2012 e il n. Y/2012) che ingiungevano a SGDP di corrispondere a ELLEVI rispettivamente Euro 2.513.5000 (prod. 1) e Euro 1.876.125,00 (prod. 2).

Si deve subito notare chiaramente sottolineare che gli interessi richiesti da Srl nei ricorsi per ingiunzione e concessi dai due giudici del monitorio erano quelli commerciali ai sensi della legge 231/2002: essi attenevano al pagamento, rispettivamente, della terza e della quarta rata di cui al contratto, che erano state oggetto della fattura n. e della fattura n.

Nelle opposizioni proposte con i numeri Rg.nn. X/2012 R.G. e n. Y/2012 Spa aveva contestato la debenza delle somme per essere intervenuti numerosi e gravi inadempimenti, domandato in via riconvenzionale la risoluzione del contratto e il risarcimento di ingenti danni e chiesto la revoca dei due decreti, per essere non dovute le somme richieste ed ingiunte.

Si riportano di seguito le conclusioni di SGDP, riportate nella sentenza:

“Piacca all'III.mo Tribunale, contrariis rejectis, previo ogni meglio ritenuto provvedimento:

- in via principale,

- accertare e dichiarare i gravi e molteplici inadempimenti di Srl al Contratto di Subappalto datato 5.10.2011 per cui è causa sotto forma di (i) mancato completamento di parte dei lavori, (ii) ritardi nell'esecuzione dei lavori rispetto al termine previsto nel Contratto di Subappalto e (iii) gravi vizi e deficienze nell'esecuzione delle lavorazioni e nelle forniture, tali anche da rendere parte delle opere inidonee all'uso per la quale erano state progettate e commissionate, inadempimenti tutti meglio descritti negli atti depositati da Spa in ciascuno dei tre procedimenti poi riuniti;

- accertare e dichiarare la risoluzione del Contratto di Subappalto per la parte di lavori non eseguita e per le lavorazioni con difetti sì gravi da renderne impossibile l'utilizzo per l'impiego cui erano destinate;

- accertare e dichiarare, per l'effetto, che Srl non ha diritto a percepire nessuna delle somme di seguito indicate reclamate dalla stessa a titolo di saldo del prezzo contrattuale: Euro 2.513.500,00 (saldo sulla Terza Rata di prezzo), Euro 1.876.125 (Quarta Rata di prezzo), Euro 1.876.125,00 (Quinta Rata di prezzo);

- accertare e dichiarare che Srl non ha svolto alcuna lavorazione extra rispetto a quanto previsto nel Contratto di Subappalto e/o che le lavorazioni asseritamente descritte da Srl come extra non sono mai state oggetto di accordo né con l'Armatore Committente principale Costa Crociere né con l'esponente Spa e, per l'effetto, rigettare la domanda di Srl di pagamento di un ulteriore corrispettivo di Euro 2.906.995,70 oltre al prezzo contrattuale pattuito, in quanto infondata in fatto ed in diritto e comunque non provata né nell'an, né nel quantum;

- accertare e dichiarare che nulla è dovuto ad Srl per pretesi maggiori costi di noleggio del traghetto e vitto del personale a bordo dello stesso per le ragioni illustrate in atti e, per l'effetto, rigettare la domanda di Srl di pagamento della ulteriore somma di Euro 833.543,72, in quanto infondata in fatto ed in diritto oltreché non provata nell'an e nel quantum;

- accertare e dichiarare che la domanda di risarcimento del danno all'immagine e/o ogni altra domanda formulate da Srl solo con la seconda memoria ex art. 183, c.VI, c.p.c. sono tardive, e comunque infondate in fatto ed in diritto oltreché non provate nell'an e nel quantum per le ragioni esposte in atti e come tali rigettarle integralmente;

- comunque accertare e dichiarare che tutte le domande di Srl sono infondate in fatto ed in diritto e/o non provate, e, per l'effetto, revocare i decreti ingiuntivi opposti nn. 1275/12 e 1841/12 e respingere tutte le domande introdotte da Srl con atto di citazione notificato in data 25.9.2012 e comunque rigettare ogni e qualsiasi domanda svolta da Srl nei procedimenti riuniti; e

- condannare Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento di tutti i danni subiti da Spa meglio descritti negli atti depositati dall'esponente, nell'ammontare che verrà quantificato in corso di causa o nella diversa somma ritenuta di giustizia;

- in via riconvenzionale, e in subordine anche in via di domanda/eccezione di compensazione con le asserite pretese creditorie di Srl nei confronti di Spa che dovessero essere in denegata ipotesi in tutto o in parte riconosciute da codesto Giudice, accertare e dichiarare Srl, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, tenuta, e per l'effetto condannare la stessa, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, al pagamento a favore di SGDP delle seguenti somme:

- Euro 1.100.000,00, o la diversa somma che codesto Giudice riterrà di giustizia, a titolo di risarcimento e/o riduzione del prezzo e/o come meglio visto, quale corrispondente somma che Costa ha addebitato a Spa per la sistemazione dell'area SPA (indicati nel doc. 56, ex 53, Spa);

- Euro 4.119.487,00, o la diversa somma che codesto Giudice riterrà di giustizia a titolo di risarcimento del danno e/o di riduzione del prezzo e/o come meglio visto a fronte delle lavorazioni e dei servizi di competenza contrattuale di Srl, da questa non svolti o svolti in maniera non corretta e/o negligente ed effettuati da Spa, direttamente o tramite propri subappaltatori, in luogo di e/o per conto di Srl a bordo della M/n “Costa Romantica” (indicati nel doc. 29);

- Euro 3.500.000,00, o la diversa somma che codesto Giudice riterrà di giustizia, quale ammontare massimo delle penali da ritardo previste ai sensi dell'art. 12.1 del Contratto di Subappalto e/o a titolo di risarcimento per le penali da ritardo addebitate dall'Armatore Costa Crociere all'esponente e/o come meglio visto;
- interessi e rivalutazione sulle somme trattenute da Costa Cro-

ciere a Spa a causa degli inadempimenti di Srl, dalla data della scadenza prevista nel Contratto di Appalto al saldo;

- Euro 300.000,00, o la diversa somma che il Tribunale riterrà di giustizia, a titolo di risarcimento e/o riduzione del prezzo e/o come meglio visto, per l'eliminazione dei remarks, di competenza di Srl, da essere curata direttamente dall'Armatore a spese del Cantiere (indicati nel doc. 76, ex 73, Spa);

- Euro 52.000,00, o la diversa somma che il Tribunale riterrà di giustizia, a titolo di risarcimento e/o di riduzione del prezzo e/o come meglio visto, per l'eliminazione di alcuni dei remarks di competenza di Srl che questa si è rifiutata di eseguire meglio descritti da ultimo nella prima memoria ex art. 183, c.VI, c.p.c. (indicati nei docc. 77, ex 74, e 79 Spa);

- Euro 50.000,00, o la diversa somma che il Tribunale riterrà di giustizia, a titolo di risarcimento e/o di riduzione del prezzo e/o come meglio visto, per l'eliminazione dei remarks di competenza di Srl che questa si è rifiutata di svolgere e che Spa si è impegnata con l'Armatore ad eseguire in occasione della prossima sosta della Nave in cantiere (indicati nel doc. 78, ex 75, SGDP);

- oltre a ogni e qualsiasi altra somma che dovesse emergere in corso di causa essere stata addebitata, e/o in qualsiasi modo trattenuta o compensata, da Costa a Spa a qualsivoglia titolo derivante da, o connesso con, gli inadempimenti contrattuali o altri comportamenti altrimenti illeciti imputabili ad Srl;

- in via istruttoria, nella sola denegata eventualità che non venissero ritenute sufficientemente provate da codesto Giudice alcune delle difese, eccezioni e domande di Spa, (...Omissis...) capitoli tutti, in prova diretta e contraria, da intendersi qui integralmente ritrascritti, e rigettate con l'ordinanza dell'8.1.2014, ad eccezioni dei capitoli in prova diretta e contraria, dedotti nelle seconde e terze memorie sopra richiamate, non ammessi in quanto aventi oggetto circostanze ritenute pacifiche (in prova diretta (...Omissis...)); e (ii) disporre supplemento di consulenza tecnica avente ad oggetto le richieste al CTU di chiarimenti/integrazioni formulate da Spa nella propria memoria del 31.1.2017 non accolte dall'ordinanza del G.I. del 29.4.2017;

- in ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari, anche del giudizio di esecuzione R.E. 2400/12^o.

Srl, invece, chiedeva il rigetto dell'opposizione e quindi la conferma sia del decreto ingiuntivo n. X/2012 o comunque la relativa condanna al pagamento della somma di € 2.513.000, oltre rivalutazione e interessi, a titolo di terza rata del corrispettivo di cui al contratto di subappalto del 5.10.2011, sia del decreto ingiuntivo n. Y/2012 o comunque la relativa condanna al pagamento delle somme dovute a titolo di quarta rata (pari a € 1.876.125.000) oltre rivalutazione e interessi. Proponeva, inoltre, (con citazione notificata in data 17.9.2012, poi riunito al processo di opposizione ai due decreti, inizialmente instaurati coi numeri 7462 e 10978 del 2012) una domanda di condanna avente ad oggetto il pagamento della quinta rata (pari a € 1.876.125.000) oltre rivalutazione e interessi; chiedeva, inoltre, la condanna alla somma di oltre dieci milioni a titolo di opere extra contratto o risarcimento del danno.

Le conclusioni di Srl si riportano di seguito:

“Voglia l'Ill.mo Tribunale di Genova, disattesa e respinta ogni contraria domanda, ragione, istanza, eccezione o deduzione avversaria:

Nel merito

1. rigettare l'opposizione proposta da S.p.A. avverso il decreto ingiuntivo n. X/2012 (R.G. n. X/2012) reso il 12.4.2012 dal Tribunale di Genova a favore di S.r.l. in quanto infondata in fatto e in diritto per le ragioni di cui in atti e, conseguentemente, confermare l'opposto decreto ingiuntivo o comunque, ove occorra anche in via riconvenzionale, dichiarare tenuta e quindi condannare S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, a pagare a S.r.l. la somma di Euro 2.513.000,00 a saldo della Terza

Rata del corrispettivo previsto nel Contratto di Subappalto del 5.10.2011 intercorso tra le parti e/o il diverso maggiore o minore importo emergente in corso di causa, oltre rivalutazione e interessi;

2. rigettare l'opposizione proposta da S.p.A. avverso il decreto ingiuntivo n. X/2012 (R.G. n. X/2012) reso il 29.5.2012 dal Tribunale di Genova in favore di S.r.l. in quanto infondata in fatto e in diritto per le ragioni di cui in atti e, conseguentemente, confermare l'opposto decreto ingiuntivo o comunque, ove occorra anche in via riconvenzionale, dichiarare tenuta e quindi condannare S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, a pagare a S.r.l. la somma di Euro 1.876.125,00 a saldo della Quarta Rata del corrispettivo previsto nel Contratto di Subappalto del 5.10.2011 intercorso tra le parti e/o il diverso maggiore o minore importo emergente in corso di causa, oltre rivalutazione e interessi;

3. condannare S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento della somma di Euro 1.876.125,00 in favore di S.r.l. a saldo della Quinta Rata del corrispettivo previsto nel Contratto di Subappalto del 5.10.2011 intercorso tra le parti e/o il diverso maggiore o minore importo emergente in corso di causa, oltre rivalutazione e interessi;

4. condannare S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento della somma di Euro 10.788.979,00 e/o il diverso maggiore o minore importo emergente in corso di causa in favore di S.r.l., anche in via equitativa ex art. 1226 c.c., per l'esecuzione di opere e lavorazioni non espressamente previste nel Contratto di Subappalto del 5.10.2011 intercorso tra le parti e/o a titolo di risarcimento danni subiti in conseguenza dell'inadempimento e/o ritardato adempimento di S.p.A. al predetto Contratto di Subappalto, oltre rivalutazioni e interessi;

5. in ogni caso, rigettare integralmente le domande riconvenzionali formulate da S.p.A. nei confronti di S.r.l. perché infondate in fatto e in diritto per tutte le ragioni di cui in atti.

In via istruttoria:

1. ammettere la richiesta prova orale sui capitoli testimoniali di cui ai numeri 36 e 37 contenuti della 3° memoria ex art. 183, c. 6, c.p.c. e non ammessi con l'ordinanza resa in data 8.1.2014;

2. per la subordinata eventualità in cui non si ritenga già sufficientemente provato il pregiudizio alla reputazione commerciale di S.r.l., come già dedotto e quantificato nel § III.B. della 2° memoria ex art. 183, c. 6, c.p.c. e nella specifica perizia di cui alla prod. n. 76, disporre idonea consulenza tecnica d'ufficio; (...Omissis...)

La sentenza ha deciso le diverse domande accogliendo parte delle doglianze di Spa relative a difformità e omessa esecuzione dell'opera (ma ha ritenuto inammissibile la domanda di risoluzione parziale del contratto di appalto): a seguito di una complessa CTU, ha stabilito che le pretese di Srl, fondate sul contratto di appalto, dovessero essere diminuite di una certa somma per la parziale fondatezza della eccezione di inadempimento sollevata da Spa e che a Srl venisse riconosciuto un risarcimento del danno.

La somma dovuta da Spa viene dal giudice determinata per differenza tra l'ammontare complessivo delle rate rivendicate per € 6.265.750 (p. 65) ed il totale dei costi sostenuti da Spa per lavorazioni non effettuate da Srl (pari a € 1.942.199,60). Il totale del corrispettivo dovuto viene rideterminato in € 4.323.550,40 a favore di Srl. Il Giudice riconosce inoltre un risarcimento del danno, a favore di Srl pari a € 984.782.

La somma che qui rileva è proprio la prima, quella del corrispettivo di 4.323.550,40 euro a favore di Srl, perché è su questa somma che il giudice ha imposto gli interessi moratori di cui qui si discute.

Come si è già visto, il totale delle rate richieste (la somma di € 6.265.750) derivava dalla sommatoria della terza rata ri-

chiesta ed ingiunta nel d.i. n. X/2012, pari a € 2.513.000, della quarta rata richiesta ed ingiunta nel d.i. Y/2012, pari a € 1.876.125,00 e della quinta rata (di cui all'ultimo giudizio instaurato) pari a € 1.876.125,00. Di conseguenza, il parziale accoglimento dell'eccezione di inadempimento comportava la necessità di revocare i due decreti ingiuntivi, per essere sostituiti dalla condanna statuita nella sentenza. Nel dispositivo, infatti, si pone per prima cosa la revoca dei decreti ingiuntivi; al capo secondo, segue la condanna al pagamento del corrispettivo che residua dovuto dopo la sottrazione dei costi sostenuti da Spa e dell'importo del risarcimento del danno liquidato a Srl.

Sia nel dispositivo, sia nella motivazione il giudice opera delle distinzioni, dando una diversa qualificazione della natura delle somme e degli interessi ad esse relativi.

Nella motivazione si dice: *“Sulla somma di € 4.323.550,40 (debito di valuta) decorrono gli interessi moratori dalla scadenza delle singole fatture sino all'effettivo soddisfo e sulla somma di € 984.782,00 (debito di valore) decorrono gli interessi legali e la rivalutazione monetaria dalla domanda sino all'effettivo soddisfo”*

Nel dispositivo viene correlativamente stabilito così al capo 2: *“dichiara tenuta e condanna S.p.a. a corrispondere ad S.r.l. la complessiva somma di € 5.308.332,40 oltre interessi moratori decorrenti dalla scadenza delle singole fatture sino all'effettivo soddisfo su € 4.323.550,40, somma dovuta a titolo di corrispettivo, ed interessi legali e rivalutazione monetaria dalla domanda sino all'effettivo soddisfo su € 984.782,00, somma dovuta a titolo di risarcimento del danno”*

Ritiene questo Tribunale che, in modo evidente, il giudice della opposizione a decreto ingiuntivo abbia stabilito - in questo punto - la misura e la decorrenza degli interessi.

Il significato della parola moratori, infatti, non può prescindere dal fatto che lo stesso venga inserito nel dispositivo e quindi nella parte della sentenza deputata a precisare, anche ai fini esecutivi, il *decisum*. Riguardo a questi interessi, il dispositivo stabilisce *“interessi moratori decorrenti dalla scadenza delle singole fatture sino all'effettivo soddisfo su € 4.323.550,40 somma dovuta a titolo di corrispettivo”*.

Questa indicazione è un espresso riferimento al termine *“interessi moratori”* contenuto nella rubrica dell'art. 5 del decreto legislativo 231 del 2002 che stabilisce gli interessi nelle transazioni commerciali, e contiene inoltre un esplicito richiamo alla data della scadenza delle singole fatture (pure tipico degli interessi commerciali); inoltre il testo della sentenza pone un'evidente distinzione e contrapposizione con quanto subito sotto indicato per gli interessi sulla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, che vengono qualificati come *“legali”* e fatti decorrere dalla data della domanda.

Accogliere l'interpretazione proposta da Spa significherebbe svuotare di contenuto tali indicazioni testuali, come se la sentenza, nella sede deputata a sintetizzare il *decisum* avesse usato un aggettivo volto solo a fornire una qualificazione accademica degli interessi e in definitiva priva di portata decisoria. Infatti, nella prospettazione di Spa, il richiamo agli interessi moratori sarebbe soltanto un riferimento al fatto che si tratta di interessi diversi da quelli corrispettivi e compensativi, ma non escluderebbe che tali interessi possano essere calcolati al tasso legale.

Anzi, secondo l'opposta, in virtù del richiamo alla sentenza Cass. Sez. III 27 settembre 2017 n. 22457 (la cui massima recita: *“in tema di esecuzione forzata fondata su titolo esecutivo giudiziale, ove il giudice della cognizione abbia omissis di indicare la specie degli interessi che ha comminato, limitandosi alla generica qualificazione degli stessi in termini di “interessi legali” o “di legge”, si devono ritenere liquidati soltanto gli interessi di cui all'art. 1284 c.c., in ragione della portata generale di questa disposizione, rispetto alla quale le altre ipotesi di interessi previste dalla*

legge hanno natura speciale. Né può ritenersi consentito al giudice dell'opposizione all'esecuzione di procedere ad integrazione o correzione del titolo esecutivo, atteso che l'applicazione di una qualsiasi delle varie ipotesi di interessi legali, diversi da quelli previsti dal citato art. 1284 c.c., presuppone l'avvenuto accertamento degli elementi costitutivi della relativa fattispecie speciale, che può essere contestato solo attraverso l'impugnazione della decisione di merito, non essendo questa suscettibile di integrazione o correzione in sede esecutiva”), sarebbe, nel dubbio, imposta l'applicazione degli interessi legali.

Per quanto riguarda la prima considerazione, la stessa appare immediatamente infondata se si considera il tenore letterale della parte di dispositivo in esame: agli interessi *“moratori”* vengono contrapposti gli interessi *“legali”*. Il Giudice, quindi, avrebbe messo in parallelo e contrapposto due categorie non omogenee, in quanto col primo termine (moratori) avrebbe voluto soltanto dire che si trattava di interessi per la ritardata corresponsione delle somme dovute a titolo di corrispettivo, mentre col secondo termine (legali) avrebbe voluto indicare la misura degli interessi sulla somma liquidata a titolo di risarcimento. Quindi, col secondo termine avrebbe indicato la misura pari al tasso legale degli interessi, col primo non avrebbe indicato la misura ma soltanto la loro natura: tale indicazione non avrebbe avuto alcuna funzione, in quanto non sarebbe neppure servita ad indicare la decorrenza, che subito dopo veniva fissata nella scadenza delle fatture. Interpretare in questo modo il termine *“moratori”* significa negare allo stesso alcun significato ed effetto.

Invece il giudice, per ben due volte nella sentenza (a p. 65 nella motivazione e nel dispositivo a pag. 67), ha contrapposto interessi moratori ad interessi legali, come ha contrapposto la decorrenza *“a scadenza fattura”* da quella dalla domanda giudiziale. Tale indicazione era chiaramente diretta a confermare la qualificazione degli interessi come interessi *“commerciali”* che era già contenuta nei due decreti ingiuntivi revocati, che comminavano tali interessi sulla terza e quarta rata; gli stessi interessi imponeva il giudice sulla quinta rata.

Vi è anche da aggiungere, in via del tutto accessoria e secondaria, una considerazione: il giudice, nel punto in cui (p.65) ha trattato degli interessi, non ha svolto una motivazione particolarmente ampia per stabilire che si trattava di interessi *“moratori”* anziché *“legali”*: questo appare del tutto coerente al fatto che la domanda di Srl aveva ad oggetto gli interessi commerciali (come sopra spiegato) e la Spa non aveva mosso alcuna contestazione a tale misura di interessi riconosciuta nei due decreti ingiuntivi come commerciali. Non era in effetti necessaria una motivazione particolarmente ampia per motivare un punto non controverso della sentenza. Laddove il giudice avesse invece inteso modificare il tasso degli interessi commerciali già stabiliti nei decreti ingiuntivi, pur senza contestazioni di alcuno, certamente avrebbe avuto un onere motivazionale maggiore.

Per quanto riguarda la seconda osservazione, occorre rilevare che la questione di interpretazione del titolo è, per orientamento consolidato e risalente della S.C., ritenuta una questione di fatto. Da questo orientamento non si discosta neppure la sentenza citata. In essa, in realtà, il giudice di legittimità si limita a statuire che gli interessi commerciali debbono essere indicati nel titolo.

Non viene con ciò posta alcun principio di diritto diverso da quello qui applicato, in quanto essendo diversa la fattispecie, applicando i medesimi principi, qui si deve pervenire a conclusioni opposte.

Mentre il titolo in quel caso in esame statuiva gli interessi legali, il titolo esecutivo di cui al precetto qui opposto parla invece di interessi moratori, mentre la prima faceva riferimento

per la decorrenza alla domanda giudiziale, il secondo alla scadenza delle fatture.

Pertanto, proprio applicando i medesimi principi, si giunge alle conclusioni opposte, come si è già visto e si deve ritenere che la sentenza abbia condannato Spa a corrispondere a Srl sulla somma di euro 4.323.550 gli interessi moratori di cui all'art. 5 della legge 231/2002 e non quelli legali.

Nell'opposizione non è contestato il conteggio effettuato in via prudenziale e favorevole al debitore né sotto il profilo della decorrenza, (in quanto come spiegato al punto 5 del precetto, non avendo il giudice indicato a quale delle tre fatture imputare le somme detratte, il creditore ha detratto l'intera somma dalla più risalente fattura), né sotto quello della scadenze delle fatture, né per l'importo indicato: solo il tasso applicato viene contestato.

L'opposizione, quindi l'opposizione è infondata e deve essere respinta.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese legali, liquidate così: (...*Omissis*...)

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando,

Respinge l'opposizione.

Condanna Spa a rifondere a Srl le spese di lite (...*omissis*...).

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 21 maggio 2020 - Giudice Unico Russo.

LOCAZIONE - locazione commerciale - emergenza sanitaria "COVID-19" - inadempimento del conduttore - escussione della garanzia da parte del locatore - exceptio doli generalis - infondatezza.

(Artt. 1218, 1256, 1463 e 1464, c.c.; D.L. n. 18/2020)

La chiusura al pubblico di gran parte degli esercizi commerciali imposta dal DL 18/2020 in conseguenza dell'emergenza sanitaria da Covid-19 non libera la parte locatrice dalla prestazione sulla stessa gravante, permanendo l'immobile locato nella disponibilità del conduttore, che può continuare a sfruttarne, almeno in parte, le utilità, ivi conservando gli arredi e le merci nella consapevolezza di avere il locale a propria immediata disposizione una volta terminata l'emergenza.

Non può dirsi abusiva o in mala fede l'escussione, da parte del locatore, della garanzia posta a tutela del pagamento del canone di locazione, a fronte della totale sospensione della prestazione da parte del conduttore e della sua intenzione, esplicitamente dichiarata, di sospendere il pagamento del canone per tutto il tempo di chiusura dell'esercizio commerciale.

A.BEE.

(...*Omissis*...) parte ricorrente lamenta come abusiva la condotta della parte locatrice, la quale ha escusso la garanzia posta a tutela del pagamento del canone di locazione senza che, a suo dire, ve ne fossero i presupposti, atteso che per legge l'attività di vendita al dettaglio svolta all'interno dell'immobile locato è sospesa per provvedimento governativo e dunque va sospesa, e non è esigibile, anche la controprestazione relativa al pagamento del canone. Afferma che, in base al principio espresso nell'art. 1463 c.c. per i contratti a prestazioni corrispettive, la locatrice è liberata dalla propria obbligazione e quindi non può pretendere l'adempimento dalla controparte. Invoca anche il principio, espresso dagli artt. 1218 e 1256 c.c. secondo il quale il debitore non è responsabile dell'inadempimento e non è tenuto al risarcimento del danno allorché l'inadempimento non gli sia im-

putabile, situazione che ricorre laddove l'obbligazione sia divenuta impossibile come nel caso di specie. L'urgenza a provvedere deriva dall'esposizione al rischio di segnalazione del ricorrente come cattivo pagatore al sistema interbancario e alla conseguente revoca dei finanziamenti bancari concessi.

Sull'eccezione di carenza di legittimazione attiva della ricorrente.

I resistenti signori (...*omissis*...) dubitano della legittimazione della ricorrente a proporre l'*exceptio doli generalis*. Invero, i resistenti (...*omissis*...), nonostante parlino di "carenza di legittimazione attiva", hanno sollevato l'eccezione non con riferimento alla qualità di debitore principale di (...*omissis*...), bensì alla qualità di garante autonomo di (*omissis*), la quale sarebbe impossibilitata ad opporre le eccezioni relative al rapporto principale per la totale indipendenza della garanzia autonoma dal rapporto sottostante. Per come proposta, dunque, l'eccezione non determina propriamente il venire meno della legittimazione del ricorrente, che è il debitore principale, quanto del garante, che non è tuttavia colui che ha proposto la domanda (se non nei limiti nei quali ha dichiarato di "aderire" alla domanda del ricorrente).

In ogni caso quanto affermato dai resistenti (...*omissis*...) non è fondato, poiché per giurisprudenza pacifica l'*exceptio doli generalis* può essere sollevata anche dal garante autonomo (tra le più recenti si leggano Cass., sentenza n. 30509/2019; Cass., ordinanza n. 31956/2018).

Sul fumus.

A seguito dell'entrata in vigore del DL 18/2020, che ha regolamentato, tra l'altro, lo svolgimento delle attività economiche e commerciali in conseguenza dell'emergenza sanitaria da Covid 19, è stata imposta la chiusura della gran parte degli esercizi commerciali aperti al pubblico, tranne, sostanzialmente, quelli di vendita di prodotti alimentari. Non vi è dubbio, dunque, che l'immobile locato da (*omissis*) per la vendita al pubblico di borse e altri accessori in pelle non ha potuto essere utilizzato - dal 9 marzo al 18 maggio - per svolgervi l'attività di vendita al pubblico. La chiusura al pubblico, tuttavia, non ha liberato il locatore dalla sua prestazione: il locatore non è rientrato nella disponibilità dell'immobile, che è rimasto nella detenzione del conduttore. Il conduttore ha continuato a sfruttarne, almeno in parte, le utilità. Ivi ha conservato gli arredi e la merce ed ha sempre avuto la consapevolezza e l'aspettativa che, nel momento in cui sarebbe stata possibile la riapertura (il presupposto si è già verificato al 18.5.2020), avrebbe potuto avere subito il locale a disposizione, già pronto per la riapertura al pubblico. Non può dunque trovare applicazione la disposizione dell'art. 1463 c.c.; si potrebbe discutere dell'applicabilità dell'art. 1464 c.c., ovvero di una parziale impossibilità della prestazione, la quale, comunque, dà diritto non alla sospensione, ma se mai alla riduzione della prestazione a carico della controparte o la facoltà per quest'ultima di recedere dal contratto laddove la prestazione residua non sia più di suo interesse. Ma tali diritti non sono stati neppure invocati dal ricorrente, e comunque non lo autorizzano a farsi giustizia da sé. Il conduttore, potrebbe dunque, se mai, chiedere di rinegoziare la propria prestazione, tenuto conto delle circostanze di cui sopra, e tale richiesta andrà vagliata nel contraddittorio delle due parti. Neppure può trovare applicazione l'art. 1256 c.c., poiché il pagamento del canone è un'obbligazione di dare che, per definizione, non diviene mai oggettivamente "impossibile". Si potrebbe al più valutare un'impossibilità "sogettiva" ad adempiere, a causa della difficoltà economico-finanziaria del debitore, che tuttavia non è stata nel caso di specie neppure dedotta. Né possono trovare applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza giuslavoristica citata dal ricorrente, che prevede la reciproca sospensione delle prestazioni do-

vute dai contraenti del rapporto di lavoro per causa di forza maggiore, poiché la sospensione della prestazione dovuta dal locatore nel caso di specie non vi è stata, per le ragioni già espresse sopra. Il diritto alla sospensione del canone deve ritenersi escluso anche per ragioni sistematiche: laddove il legislatore ha voluto attribuire tale diritto, nel corpo del DL 18/2020, lo ha fatto esplicitamente, come nel caso del diritto dei conduttori di impianti sportivi (art. 95 DL citato). Inoltre, l'art. 65 del medesimo decreto attribuisce un credito di imposta (confermato anche dal recentissimo DL 34 del 19.5.2020) al conduttore sui canoni di locazione corrisposti durante il periodo della sospensione dell'attività commerciale, così implicitamente presupponendo che il pagamento del canone debba essere effettuato e non sia sospeso. Si deve infine osservare che l'affermazione secondo la quale le parti si sarebbero accordate per il pagamento del canone da trimestrale a mensile a partire dal gennaio 2020 (punto f del ricorso), motivo per il quale sarebbe abusiva la pretesa dei (omissis) di ottenere il pagamento del canone trimestrale, appare generica, e comunque non è provata documentalmente: una valida modifica avrebbe infatti dovuto intervenire per iscritto, a mente dell'art. 14 del contratto di locazione. In ogni caso, anche qualora tale modifica fosse provata, si potrebbe discutere, al più, dell'entità della somma da escutere, ma non del diritto all'escussione; senza dimenticare, peraltro, che nella missiva prodotta da parte ricorrente sub doc. n. 6 (omissis) manifestava, in via anticipata, l'intenzione di non adempiere l'obbligazione non per un mese, ma fino a che non avrebbe avuto l'opportunità di riaprire l'esercizio commerciale. In conclusione, non può dunque dirsi che l'escussione della garanzia da parte dei resistenti signori (omissis) sia stata abusiva o in mala fede, permanendo il proprio diritto a percepire il canone di locazione e a fronte della totale sospensione della prestazione da parte della ricorrente e della sua intenzione, esplicitamente dichiarata, di sospendere il pagamento del canone per tutto il tempo di chiusura dell'esercizio commerciale. L'exceptio doli generalis sollevata dalla ricorrente, cui Ubi Banca ha aderito, va dunque respinta in quanto infondata. Neppure sussiste il periculum in mora invocato dal ricorrente. Il rischio della segnalazione alla centrale interbancaria non è una conseguenza automatica dell'escussione della garanzia, ma avviene concreto nella misura in cui il conto corrente sul quale la banca effettuerà il prelievo in sede di regresso sia scoperto e comunque incapiante. Ma parte ricorrente non ha allegato né, tantomeno, dimostrato, che allo stato sul predetto conto sia accreditata una somma inferiore a quella oggetto di garanzia, né di essere in una condizione di difficoltà economico/finanziaria tale da non disporre delle somme necessarie a garantirne la copertura. Si parla comunque di una cifra di poco superiore ai 40.000,00 euro, che deve dunque considerarsi "modesta" avuto riguardo alla natura societaria del ricorrente e alla sua notevole dimensione e forza economica, quale è stata tratteggiata dallo stesso ricorrente al punto b del ricorso (e che si desume anche dalla circostanza, affermata a pag. 11 del ricorso, che (omissis) gode di affidamenti bancari nel breve termine per oltre 5 milioni di euro, nel medio-lungo termine per oltre 60 milioni di euro). Il rischio, poi, di un effetto "a catena", ovvero dell'escussione della garanzia da parte dei locatori anche per gli altri punti vendita sparsi in tutta Italia, appare del tutto astratto nella misura in cui parte ricorrente non ha fornito gli elementi per ritenerlo attuale (la ricorrente non ha dedotto né prodotto richieste di escussione della garanzia o di pagamento da parte degli altri locatori). Il ricorso va pertanto respinto.

Quanto alle spese di lite, la novità della questione e la circostanza che, al momento della proposizione del ricorso non era possibile conoscere, per il ricorrente, il momento in cui avrebbe potuto riaprire l'attività lavorativa, e per quanto, dunque, avrebbe dovuto corrispondere il canone di locazione

senza svolgervi l'attività di vendita al pubblico, inducono alla totale compensazione delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. (...Omissis...)

Corte di Cassazione, sez. III civ., 11 novembre 2019, n. 28990 - Pres. Travaglino - Rel. Olivieri.

(Conferma Corte d'Appello di Genova, sent. 27 luglio 2016, n. 858)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità sanitaria - danno biologico - pregressa invalidità permanente - menomazioni coesistenti - menomazioni concorrenti - incapacità biologica differenziale - danno differenziale - criteri di liquidazione.

(Artt. 1218, 1223 e 2043 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità sanitaria - danno biologico - criterio di liquidazione tabellare - applicabilità.

(Artt. 1226 e 2056 c.c.; art 3 d. l. n. 158/2012, conv. in L. n. 189/2012; art. 7 L. n. 24/2017; artt. 138 e 139 d. lgs. n. 209/2005, c.d. Codice delle assicurazioni private)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità sanitaria - danno biologico - criteri di liquidazione - c.d. Legge "Balduzzi" e c.d. Legge "Gelli-Bianco - applicabilità ai giudizi in corso - limite del giudicato interno sul quantum - sussiste.

(Artt. 1226 e 2056 c.c.; art 3 d. l. n. 158/2012, conv. in L. n. 189/2012; art. 7 L. n. 24/2017; artt. 138 e 139 d. lgs. n. 209/2005, c.d. Codice delle assicurazioni private).

Per procedere alla liquidazione del danno biologico dovuto a malpractice medica e subito da un paziente portatore di pregressi postumi invalidanti, occorre in primo luogo verificare se il pregiudizio recato con la (successiva) condotta illecita costituisca una menomazione meramente "coesistente" rispetto a quella pregressa (e dunque ad essa indifferente, inerendo ad un apparato diverso e non funzionalmente connesso) o se, per converso, dal fatto illecito derivi una menomazione "concorrente" rispetto a quella dovuta al precedente stato patologico, che incide sulla stessa attraverso una variazione incrementativa della già presente invalidità. Invero, se nel primo caso il grado di inabilità post eventum andrà valutato in modo autonomo, senza tener conto delle preesistenze non interferenti e considerando la vittima quale soggetto sano con piena capacità biologica anteriore; nel secondo caso la percentuale di incapacità andrà accertata mediante la considerazione complessiva ed unitaria di tutti i postumi riscontrati, cumulando quello (successivo ed ulteriore) provocato dalla malpractice medica a quello di cui la vittima era già portatrice al momento dell'evento. (1)

Nell'ipotesi di menomazioni c.d. "concorrenti" con quella dovuta all'illecito, il ruolo del consulente medico-legale si esaurisce nell'individuazione obiettiva delle invalidità presentate dalla vittima prima e dopo l'evento, nel loro confronto e nell'individuazione dell'incapacità biologica c.d. "differenziale" (riconducibile al fatto illecito), senza variazioni in aumento o in diminuzione dell'attuale capacità in ragione del peggioro stato patologico. Spetta poi al giudice limitare il perimetro dei danni risarcibili mediante l'individuazione e la liquidazione del danno c.d. "differenziale", composto dalle sole conseguenze pregiudizievoli causalmente riconducibili all'errore

medico - e non al peggiorato stato invalidante - secondo il nesso di causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c.; con la precisazione per cui la relativa liquidazione dovrà avvenire mediante un meccanismo di sottrazione, da operarsi non già tra i diversi gradi di invalidità permanente riscontrati dal CTU ante e post eventum, bensì tra i valori patrimoniali tabellari a questi corrispondenti (salva, naturalmente, la possibilità di operare aumenti o diminuzioni su base equitativa alla luce della specificità del caso concreto). (2)

In tema di risarcimento del danno da lesione del diritto alla salute conseguente ad attività sanitaria, la norma prevista dall'art. 3, comma 3, del d. l. n. 152 del 2012 (convertito in l. n. 189 del 2012), poi riprodotto nell'art. 7, comma 4, della legge n. 24 del 2017, la quale dispone la liquidazione del danno non patrimoniale secondo i criteri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 del d. lgs. n. 209 del 2005, trova diretta applicazione per tutti i giudizi che siano in corso al momento della sua entrata in vigore, con l'unico limite del giudicato interno sul quantum, non essendo ostativa la circostanza per cui la condotta illecita sia stata commessa o il danno si sia prodotto prima dell'intervento legislativo, né che l'azione risarcitoria sia stata esercitata in un momento antecedente. Ciò in quanto la novella non interviene sulla disciplina normativa degli elementi costitutivi della responsabilità civile (ex art. 1218 o 2043 c.c.) e dunque non incide - con effetto retroattivo - su situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso: la stessa si rivolge, piuttosto, direttamente al giudice, definendo e delimitando il potere discrezionale a questi attribuito dagli artt. 1226 e 2056 c.c. nella fase di valutazione equitativa del danno, mediante l'individuazione del criterio tabellare applicabile per la relativa liquidazione. (3)

(...Omissis...) **Fatti di causa.**

La Corte d'appello di Genova, con sentenza in data 27.7.2016 n. 858, in parziale riforma della decisione di prime cure, ha rigettato l'appello principale proposto da (...omissis...) ed (...omissis...) nella qualità di genitori della minore (...omissis...), rilevando che, in relazione alla responsabilità professionale dei medici intervenuti nella fase di diagnosi e cura della malattia riscontrata sulla minore - affetta da sindrome di Bartter ma erroneamente interpretata dai medici come morbo di Hirschprung -, non era stata investita la statuizione che aveva accertato la particolare difficoltà tecnica dei problemi investigati, con conseguente esonero da responsabilità per colpa ritenuta non grave ex articolo 2236 c.c.; ha dichiarato inammissibile il motivo di appello principale volto a richiedere una maggiore liquidazione del danno non patrimoniale per difetto di preventivo "consenso informato", confermando la quantificazione operata dal Tribunale.

Relativamente agli appelli incidentali proposti dall'Istituto (...omissis...), il Giudice distrettuale ha ritenuto irrilevante la norma sopravvenuta di cui al Decreto Legge 13 settembre 2012, n. 158, articolo 3, comma 1, conv. con modificazioni nella L. 8 novembre 2012, n. 189 (cd. legge Balduzzi), in quanto intesa esclusivamente a limitare la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria e non anche a qualificare in modo differente la responsabilità civile del sanitario, che continuava a rispondere dei danni anche per colpa lieve, ed ha in conseguenza confermato l'accertamento di responsabilità dell'Istituto Gaslini e del Dott. (...omissis...) in ordine agli esiti pregiudizievoli degli interventi chirurgici cui era stata sottoposta la minore, che aveva sofferto postumi invalidanti, mentre ha rigettato la domanda risarcitoria nei confronti del Dott. (...omissis...) che aveva rivestito la posizione di "aiuto" ed in relazione al quale non venivano in rilievo elementi di responsabilità per l'attività svolta in équipe.

La Corte territoriale ha, inoltre, rigettato l'appello principale e gli appelli incidentali in punto di determinazione del periodo di invalidità temporanea e dei postumi invalidanti resid-

uati alla minore, come accertati in esito alla c.t.u. collegiale, mentre ha riformato la decisione del Tribunale in relazione alla liquidazione del danno biologico, ritenendo che trovasse immediata applicazione al giudizio in corso il Decreto Legge n. 158, articolo 3, comma 3, conv. con mod. in L. n. 189 del 2012, che rinvia ai criteri di determinazione del "quantum" previsti dal Decreto Legislativo n. 209 del 2005 e succ. mod., articoli 138 e 139: ed ha quindi liquidato il danno biologico permanente e temporaneo subito dalla minore, rispettivamente, in Euro 8.093,90 (IP) ed in Euro 25.343,78 (ITA ed ITP), ed il "danno morale" in Euro 6.687,54 - così incrementato del 20% -, oltre al ristoro del danno compensativo del lucro cessante, calcolato in relazione alla diversa decorrenza della inabilità temporanea e di quella permanente, in base ai principi enunciati dalle SS.UU. n. 1712/1995.

Confermando il danno accertato dal primo Giudice nei confronti dei genitori per lesione del diritto ad essere informati correttamente sulle conseguenze (rischio di complicanze) dell'intervento praticato alla minore, la Corte d'appello ha altresì riconosciuto in favore dei predetti anche il "danno non patrimoniale" da pregiudizio alla vita familiare comprensivo della sofferenza patita, riliquidando in complessivi Euro 15.000,00 per ciascun genitore tutte le predette voci di danno. La sentenza di appello, non notificata, è stata impugnata da (...omissis...) in proprio e n. q. di genitori della minore (...omissis...) con ricorso per cassazione affidato a due motivi.

Ha resistito con controricorso l'Istituto (...omissis...).

Non ha svolto difese (...omissis...) cui il ricorso è stato ritualmente notificato all'indirizzo PEC del difensore domiciliatario in data 24.2.2017. Il Procuratore Generale ha rassegnato conclusioni scritte. Le parti hanno depositato memorie illustrative ex articolo 378 c.p.c.

Ragioni della decisione.

A. Questioni preliminari.

I genitori della minore hanno introdotto il giudizio di merito richiedendo anche il risarcimento del danno non patrimoniale "jure proprio" derivante dalla omessa preventiva informazione sui rischi di complicanze cui poteva dare luogo l'intervento chirurgico, nonché dalla sofferenza dovuta ai plurimi interventi cui era stata sottoposta la minore ed alla incidenza sulla vita familiare delle menomazioni permanenti subite dalla figlia. Tale domanda è stata accolta dalla Corte distrettuale con statuizione che non è stata investita dai motivi del ricorso per cassazione né da impugnazione incidentale ed è, dunque, passata in giudicato. Consegua la declaratoria di inammissibilità, per difetto di legittimazione attiva, della impugnazione proposta da (...omissis...) ed (...omissis...) anche "in proprio", oltre che nella qualità di genitori della minore (...omissis...).

B. Esame dei motivi di ricorso.

Primo motivo: violazione e falsa applicazione dell'articolo 32 Cost., articoli 1218, 1223, 1226, 2043 e 2059 c.c. in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

§.1 Sostengono i ricorrenti che la Corte distrettuale ha travisato il motivo di gravame con il quale non si intendeva contestare l'accertamento compiuto dai CC.TT.UU., sibbene valorizzarlo - ai fini liquidatori - laddove i consulenti di ufficio avevano accertato che la minore era già affetta da una rara sindrome genetica (Bartter) che risultava sufficientemente stabilizzata e che comportava una preesistente invalidità biologica permanente valutata intorno al 10%, menomazione sulla quale avevano inciso peggiorativamente gli esiti negativi dell'intervento chirurgico eseguito in base alla errata ed incompleta diagnosi, che avevano determinato ulteriori postumi permanenti valutati nella misura del 6-7%.

1.2 Preliminarmente va disattesa la eccezione di giudicato interno formulata dalla parte controricorrente in reazione alla asserita mancata impugnazione in grado di appello della statuizione sulla liquidazione del danno biologico della minore. Dal ricorso, infatti, emerge come con l'atto di appello i genitori della minore avessero tra l'altro contestato che l'ulteriore danno derivato dalla esecuzione dell'intervento chirurgico praticato dal Dott. (...omissis...) fosse stato considerato in modo avulso dalla preesistente patologia genetica di Bartter, dovendosi piuttosto ritenere, anche sulla scorta della relazione dei CC.TT.UU., che si fosse in presenza di un "maggior danno o danno differenziale giunto ad aggravare un quadro clinico di per sè complesso ed invalidante" (cfr. trascrizione del motivo di appello riportata alla pag. 17-18 del ricorso).

1.3 Tanto premesso, in caso di preesistenze invalidanti della condizione di salute di una persona fisica, occorre fare chiarezza sulle nozioni di "concausa di lesioni" e di "concausa di menomazioni".

La prima nozione (concausa di lesioni) attiene al ciclo della causalità materiale ed è regolata dall'articolo 41 c.p. e dall'articolo 1227 c.c., comma 1, venendo in questione il concorso della causa naturale (lo stato di salute pregresso) con la causa umana (la condotta professionale medica) nella determinazione dell'evento lesivo della salute in un soggetto già parzialmente compromesso. La questione va risolta in base al principio di diritto enunciato da questa Corte secondo cui, in materia di rapporto di causalità nella responsabilità civile, in base ai principi di cui agli articoli 40 e 41 c.p., qualora le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale; qualora, invece, quelle condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno (cd. "thin skull rule"), l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità, non potendo, in tal caso, operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di piu' cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile. Ne consegue che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un eventuale contributo "con-causale" di un fattore naturale (quale che esso sia), non è ammesso, sul piano giuridico, affidarsi ad un ragionamento probatorio "semplificato", tale da condurre "ipso facto" ad un frazionamento delle causalità in via equitativa, con relativo ridimensionamento del "quantum" risarcitorio (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011; id. Sez. 3, Sentenza n. 8995 del 06/05/2015), dovendo quindi trovare applicazione sul piano della causalità materiale il principio "all or nothing", sia pure temperato nell'ambito del diritto civile, dalla regola logica fondata sull'esame delle circostanze concrete del "piu' probabile che non".

La seconda nozione (concausa di menomazioni) attiene al piano della cd. causalità giuridica disciplinato dall'articolo 1223 c.c. ossia della relazione che lega l'evento lesivo (lesione della salute) alle conseguenze pregiudizievoli (postumi invalidanti) secondo un nesso di regolarità eziologica che riconduce al primo tanto gli effetti dannosi diretti quanto quelli indiretti ove oggettivamente prevedibili quali effetti che derivano o che deriveranno - secondo l'"id quod plerumque accidit" - dalla lesione personale.

1.4 Al riguardo occorre osservare che, in caso di lesione del diritto alla salute, le distinte menomazioni della capacità biologica del soggetto possono incidere in modo diverso sulla complessiva condizione di salute residua della persona fisica, secondo differenti ipotesi fenomenologiche indagate dalla medicina-legale, che hanno trovato esplicitazione nelle linee guida di valutazione del danno alla persona elaborate dalle associazioni professionali, tra cui la (...omissis...), nonché diretto riscontro nella disciplina normativa del settore delle assicurazioni sociali obbligatorie (Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, articolo 78, comma 4, articolo 79, articolo 80, comma 3 e articoli 81 e 82; Decreto Legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, articolo 13, commi 5 e 6) e della liquidazione del danno biologico, originariamente con riferimento alla sola materia di sinistri stradali (Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, articoli 138 e 139, in relazione al Decreto Ministeriale Salute 3 luglio 2003 adottato in attuazione della L. 5 marzo 2001, n. 57, articolo 5, comma 5, che nell'All. 1, intitolato "criteri applicativi", fa espresso riferimento al "danno composito" ed ai "danni plurimi monocroni") e, successivamente, anche al danno biologico subito dalla vittima di atti di terrorismo (Decreto Legislativo 30 ottobre 2009, n. 181, articolo 4, comma 1, lettera b) e quindi, piu' recentemente, ai danni conseguenti a responsabilità professionale medica (Decreto Legge n. 158, articolo 3, comma 3, conv. con mod. in L. n. 189 del 2012 - cd. Legge Balduzzi -; L. 8 marzo 2017, n. 24, articolo 7, commi 4 e 5, - cd. Legge Bianco Gelli -).

La condotta lesiva della integrità psicofisica può produrre, infatti, un'unica menomazione (una sola alterazione anatomica od una sola minorazione funzionale) o può invece determinare un insulto comprensivo di plurime alterazioni anatomiche e minorazioni funzionali in quanto interessanti piu' organi od apparati.

1.5 Le menomazioni plurime - prodotte dalla medesima lesione o da molteplici lesioni arrecate contestualmente od in tempi diversi - possono distinguersi:

a) in relazione al criterio cronologico del fatto generatore: in menomazioni "monocrone o policrone" (secondo che il medesimo attentato alla integrità psicofisica del soggetto porti ad emersione tutte le plurime conseguenze dannose, simultaneamente o comunque progressivamente secondo una sequenza di naturale aggravamento, od invece, gli attentati alla integrità psicofisica del soggetto siano stati realizzati con condotte lesive diacroniche sicchè la nuova menomazione si innesti su uno stato patologico pregresso del soggetto e cioè su postumi invalidanti preesistenti).

b) in relazione al tipo di disfunzionalità prodotto: in menomazioni "concorrenti o coesistenti" (secondo che le menomazioni colpiscono tutte il medesimo apparato od organo, ossia concernano piu' arti od organi sinergici od aventi comunque affinità funzionale, ovvero - invece - interessino differenti distretti anatomici o funzioni organiche, ossia piu' arti o piu' organi non affini o sinergici: le menomazioni "concorrenti" possono comportare, di regola, una variazione incrementativa dell'effetto invalidante e dunque del grado di inabilità della menomazione preesistente; le menomazioni "coesistenti" conservano l'effetto invalidante dalle stesse prodotto, che rimane, di regola e salvo specificità del caso concreto, immutato, in quanto del tutto indipendente rispetto alla valutazione della capacità pregressa del soggetto rispetto alla nuova menomazione. Appare, inoltre, opportuno chiarire come il fenomeno delle menomazioni "concorrenti" debba tenersi separato da quello dell'"aggravamento" della medesima menomazione: il primo configurando un rapporto tra distinti postumi - ossia tra eventi lesivi policroni che presuppongono il loro consolidamento, il che è a dire la definitiva stabilizzazione delle condizioni invalidanti, derivate da cias-

cuna lesione, che segue alla guarigione dal periodo di malattia, sicchè la ulteriore invalidità si “aggiunge” a quella preesistente -; il secondo consistendo, invece, nella naturale evoluzione degli effetti invalidanti prodotti dalla medesima lesione, generalmente identificandosi nello sviluppo delle cd. malattie lungolatenti o nella emersione di effetti patologici inizialmente sconosciuti. L’aggravamento della malattia ha assunto rilievo in giurisprudenza soprattutto nell’ambito della tutela infortunistica del lavoro, al fine della delimitazione degli ambiti applicativi delle disposizioni di cui agli articoli 83 e 137 - aumento o diminuzione della rendita, in caso la inabilità originaria subisca aggravamenti o miglioramenti nel corso del tempo - ed agli articoli 80, 131 e 132 - riformulazione integrale della rendita in caso di “nuovo” infortunio o “nuova” malattia, seppure originato dal medesimo rischio patogeno od avente la stessa natura della prima - del TU approvato con Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124: cfr. Corte Cost. sentenza del 12.2.2010, n. 46).

1.6 La esigenza teorica di provvedere ad una diversa valutazione del danno biologico in seguito a plurime menomazioni nasce dagli stessi criteri di redazione dei “baremes” medico-legali attraverso i quali ad ogni compromissione anatomico-funzionale, specificamente individuata viene assegnato un determinato grado di invalidità rispetto allo standard fatto pari a 100 della piena integrità dell’apparato od organo preso in considerazione, criteri che prescindono, quindi, dal riferimento alla globale ed effettiva situazione personale del soggetto il quale, ad esempio, potrebbe riportare plurime contestuali menomazioni, che tuttavia non potrebbero per ciò stesso essere valutate attraverso una semplice sommatoria dei gradi di invalidità tabellari determinati in relazione a ciascuna di esse, atteso che l’applicazione del mero criterio matematico potrebbe esitare finanche nell’assurdo riconoscimento di una invalidità complessiva addirittura superiore al 100%, che risulterebbe logicamente incompatibile rispetto ad una persona che, essendo tuttora in vita, esprime ancora - per quanto minimo possa essere - un determinato grado di capacità biologica.

Del pari nel caso di menomazioni “preesistenti”, il mero cumulo del nuovo grado di invalidità con quello corrispondente alla precedente minore capacità biologica del soggetto, oltre a dare luogo all’inconveniente sopra descritto, non appare idoneo ad esprimere - in maggiore evidenza nel caso di lesioni concorrenti - l’effettiva condizione di salute globale residua della persona (è ormai classico l’esempio per cui se il grado di invalidità per la perdita di un occhio “in soggetto sano” è valutata in un certo grado tabellare, la perdita dell’unico occhio residuo “in soggetto monocolo” non potrà essere valutata allo stesso modo, in quanto in quest’ultimo caso è stata definitivamente compromessa la funzione della vista, e dunque il pregiudizio alla capacità biologica complessiva del soggetto è certamente maggiore).

Evidente risulta, pertanto, la diversa incidenza che può assumere, ai fini dell’accertamento della complessiva validità biologica di un soggetto, la menomazione che si aggiunga ad altra già preesistente, a seconda che concorra alla medesima disfunzionalità o invece ne determini una nuova non interferente con il distretto anatomico-funzionale già pregiudicato. Deve essere, dunque, accolta la indicazione elaborata in medicina legale e recepita dal Legislatore secondo cui, in caso di plurime menomazioni, è certamente legittimo assumere come riferimento i gradi tabellari concernenti le singole compromissioni, salva, in ogni caso, una valutazione globale complessiva della residua capacità biologica del soggetto leso, volta ad individuare la effettiva incidenza dei molteplici postumi, concorrenti o coesistenti, sulla integrità psico-fisica del soggetto danneggiato.

A tale compito deve accingersi confrontando la situazione antecedente e quella successiva, bene potendo emergere la totale

irrelevanza della pregressa invalidità sul distinto pregiudizio alla salute arrecato dalla successiva lesione della integrità psicofisica, salva, va ripetuto, la specificità del caso concreto (la pregressa perdita di due dita di un arto superiore, di regola, non interferisce in alcun modo con l’indebolimento dell’organo visivo cagionato dalla lesione successiva: ma la stessa perdita inciderà diversamente nell’ipotesi di soggetto già totalmente non vedente, che utilizzava quella parte dell’arto superiore a fini non soltanto tattili). In tal caso, allora, il medico-legale, al fine di verificare il grado di invalidità derivato dalla successiva menomazione, dovrà avere come parametro di riferimento la piena capacità biologica anteriore del soggetto, senza tenere conto dei postumi preesistenti non interferenti.

A diversa conclusione si dovrà invece pervenire laddove il postumo preesistente, pur non potendo considerarsi “concorrente” (in quanto non afferente il medesimo distretto anatomico-funzionale), venga tuttavia in qualche modo ad incidere sulla complessiva validità biologica del soggetto, rendendogli più’ difficoltoso l’“agere” quotidiano o le relazioni sociali (la pregressa invalidità all’arto inferiore che imponga al soggetto, per deambulare, l’appoggio con bastone, pur attenendo a complesso anatomico-funzionale distinto, assume indiscussa incidenza peggiorativa sulle condizioni biologiche del soggetto laddove questi, a causa di lesioni policrone, venga successivamente a perdere anche uno degli arti superiori utilizzato per l’ausilio alla deambulazione).

1.7 L’accertamento del grado di invalidità biologica è compiuto dall’ausiliario medico-legale, e dunque a questi spetta rispondere, alla stregua delle pertinenti “leges artis”, al quesito posto dal Giudice, verificando quale fosse la capacità del soggetto “ante ac post eventum”; in sostanza, egli deve accertare la capacità biologica per così dire “differenziale” ponendo a confronto lo stato di validità anteriore e quello successivo, venendo a pesare in modo diverso il grado percentuale indicato nel bareme secondo che lo stato patologico pregresso:

- risulti del tutto indifferente rispetto alla “nuova” disfunzionalità residua dall’evento lesivo (ipotesi normalmente riscontrabile nel caso di menomazioni coesistenti);

- venga a peggiorare la situazione già compromessa incrementando la disfunzionalità preesistente (ipotesi che, al massimo grado, si riscontra nelle menomazioni concorrenti).

Nel primo caso il consulente tecnico di ufficio potrà valutare autonomamente gli effetti invalidanti permanenti della nuova lesione, come se venissero riferiti ad un soggetto sano.

Nel secondo caso la maggiore invalidità permanente derivata dal nuovo evento lesivo risulterà effetto dello stato preesistente, in quanto l’indebolimento di un organo già compromesso, rispetto al medesimo indebolimento di un organo sano, non si traduce in un eguale diminuzione di validità, ma nel soggetto affetto dalla preesistenza quell’indebolimento corrisponderà ad un grado (ulteriore) di invalidità biologica maggiore.

Accertato dall’ausiliario il grado di invalidità in relazione ad un giudizio espresso in prospettiva globale alla concreta ed effettiva condizione biologica del soggetto, spetterà esclusivamente al Giudice, sul piano della liquidazione del danno, individuare se ed in che modo il differenziale esprime la compromissione biologica debba essere integralmente o solo parzialmente ricondotto alle conseguenze dirette ed immediate dell’evento lesivo, ex articolo 1223 c.c., individuando il criterio da utilizzare per la liquidazione equitativa del danno biologico nel caso in cui, come nella fattispecie sottoposta all’esame del Collegio, la (nuova) conseguenza dannosa arrecata dalla condotta illecita (indipendentemente dalla natura contrattuale od extracontrattuale) colpisca una persona che presentava uno stato di validità biologica già parzialmente compromesso. Orbene, fermo il distinto accertamento del nesso di causalità materiale tra condotta e (nuovo)

evento lesivo, da condurre alla stregua dei principi normativi rinvenibili negli articoli 40 e 41 c.p. e nell'articolo 1227 c.c., comma 1, con la conseguenza che la lesione del bene salute, se riconducibile anche - alla condotta del debitore/autore dell'illecito, non può che essere imputata integralmente a quest'ultimo, non spiegando alcun rilievo sulla predetta verifica eziologica la preesistente - concorrente - causa naturale (costituita dallo stato patologico pregresso) quando anche abbia contribuito alla progressiva evoluzione peggiorativa delle condizioni di salute del soggetto (cfr. Corte cass. Sez. L, Sentenza n. 1135 del 19/01/2011; id. Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011), osserva il Collegio che non possono, tuttavia, essere attribuite al professionista ed alla struttura sanitaria anche quelle conseguenze dannose non ricollegabili direttamente all'evento lesivo, secondo il nesso di causalità giuridica ex articolo 1223 c.c., in quanto risultino derivate - invece - dal pregresso stato invalidante del soggetto danneggiato, non potendo affermarsi la responsabilità dell'agente per quei danni che non dipendano dall'evento lesivo riconducibile alla sua condotta - che non ne costituisce un antecedente causale - e si sarebbero verificati ugualmente anche senza di essa, nè per quelli preesistenti, come la pregressa situazione patologica del danneggiato che, a sua volta, non sia eziologicamente riconducibile a negligenza, imprudenza ed imperizia del sanitario (cfr. Corte cass. Sez. L, Sentenza n. 13400 del 08/06/2007; id. Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011; id. Sez. 3, Sentenza n. 9528 del 12/06/2012; id. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 27524 del 20/11/2017; id. Sez. 3 -, Sentenza n. 10812 del 18/04/2019), essendo opportuno, pertanto, estendere, da parte del Giudice di merito, la indagine demandata all'ausiliario anche alle eventuali modalità evolutive in senso peggiorativo della menomazione preesistente onde verificare quale sarebbe stata la ineluttabile condizione di invalidità del soggetto in assenza del successivo atto lesivo (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 24204 del 13/11/2014, in un particolare caso in cui, nella determinazione del quantum, si era tenuto conto dell'effetto anticipatore immediato della invalidità psichica che, altrimenti sarebbe comunque sopravvenuta - se pure in un tempo più lungo - a causa della pregressa malattia di Alzheimer di cui era affetto il danneggiato; id. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 27524 del 20/11/2017; id. Sez. 3 -, Ordinanza n. 20836 del 21/08/2018, secondo cui, quando difetti la prova che la menomazione pregressa sarebbe evoluta determinando autonomamente conseguenze invalidanti, alcuna rilevanza può essere attribuita a tale preesistenza, ai fini della individuazione del danno risarcibile, diversamente venendo ad applicarsi l'intollerabile principio secondo cui persone che, per loro disgrazia - e non già per colpa imputabile ex articolo 1227 c.c. o per fatto addebitabile a terzi -, siano più vulnerabili di altre, dovrebbero irragionevolmente appagarsi di una tutela risarcitoria minore rispetto agli altri consociati caratterizzati da cosiddetta "normalità").

1.8 La fase della "aestimatio", di esclusiva pertinenza del giudice, segue pertanto alla esatta individuazione della modifica peggiorativa del grado di invalidità biologica, che rimane specularmente di esclusiva pertinenza della medicina legale, dovendo il Giudice di merito tradurre il differenziale di tale invalidità nell'equivalente monetario oggetto della obbligazione risarcitoria. Operazione che prescinde, quindi, da incrementi o diminuzioni del grado percentuale di invalidità permanente accertato dal consulente di ufficio, dovendo piuttosto essere eseguita confrontando i valori patrimoniali ricavati dalle Tabelle di liquidazione del danno biologico corrispondenti ai differenti stati di incapacità rilevati dal CTU prima e dopo l'evento lesivo - tenendo conto, come si è visto, della incidenza eventualmente svolta dalle menomazioni preesistenti - e dunque determinando in tal modo la entità patrimoniale del danno effettivamente gravante sul responsabile, operando, alla luce della specificità del caso concreto,

aumenti o diminuzioni dell'importo risarcitorio su base equitativa (cfr. Corte cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 25327 del 12/12/2016 che, nel caso di plurime liquidazioni parziali del danno determinate con criteri diversi - indennizzo corrisposto dall'assicuratore sociale in base alla normativa speciale; risarcimento del danno secondo i criteri propri della responsabilità civile -, evidenzia come il residuo importo risarcitorio debba essere liquidato non già sottraendo dal grado percentuale di invalidità permanente, individuato sulla base dei criteri civilistici, quello determinato dall'INAIL coi criteri dell'assicurazione sociale, bensì, dapprima, monetizzando l'uno e l'altro grado di invalidità, e successivamente sottraendo il valore capitale dell'indennizzo INAIL dal credito risarcitorio aquiliano).

§.2 Tanto premesso, il motivo di ricorso è inammissibile, non rispondendo ai requisiti minimi prescritti dall'articolo 366 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 4).

I ricorrenti infatti intendono contestare l'affermazione della Corte d'appello secondo cui le conseguenze tipiche della sindrome di Bartter non potevano essere considerate ai fini dell'accertamento dei postumi derivati dall'intervento chirurgico non correttamente eseguito, trattandosi di sindrome genetica preesistente. Sostengono a tal fini i ricorrenti che in tal modo il Giudice di merito si sarebbe discostato dalle conclusioni raggiunte dai CC.TT.UU., nelle note integrative ed a chiarimenti, secondo cui "il danno permanente preesistente può essere inquadrato per via analogica intorno al 10% e quindi la valutazione del danno biologico permanente (6/7%) proposta nella c.t.u. è inquadrabile come percentuale ulteriormente peggiorativa (differenziale) della condizione di salute di base della bambina" (cfr. ricorso pag. 19).

Ma, affermando i ricorrenti di condividere le risultanze peritali, non è dato allora individuare se la critica debba intendersi allora rivolta, non all'accertamento del grado di invalidità, ma al valore patrimoniale riconosciuto dai Giudice di merito, ovvero al criterio con il quale è stato esercitato il potere di liquidazione equitativa del danno.

2.1 Se tale ultima fosse da ritenere la critica, appare evidente come lo stralcio delle note integrative predette non consenta alla Corte di acquisire contezza degli elementi essenziali per compiere la verifica della censura di legittimità e per constatare la correttezza o meno della "aestimatio" del danno biologico.

È infatti reso noto, dalla lettura del ricorso, soltanto che la Corte d'appello ha assunto a base della liquidazione il grado di invalidità permanente del 6%, indicato nella c.t.u. medico-legale, confermando sul punto la statuizione del Tribunale (che, secondo quanto emerge da fugace notazione a pag. 21 ricorso, avrebbe applicato i valori delle Tabelle di Milano), rimanendo invece del tutto ignoto il "modus procedendi" del Giudice di merito e dunque difettando proprio lo stesso oggetto della critica, non essendo specificato se l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte distrettuale andrebbe rinvenuto nella individuazione del valore punto ricavato dalla Tabella in quanto determinato in base alla scala 0-6 anziché in base alla scala 10-16 (ove 10 è l'invalidità della menomazione pregressa non imputabile alla condotta professionale del medico), od invece nella errata comparazione dei valori monetari equivalenti concernenti i predetti stati di invalidità biologica, od ancora, invece, la mancata considerazione di un "differente" grado di invalidità biologica rispetto a quelli indicati nella relazione peritale e nelle note a chiarimento depositate dai CC.TT.UU..

2.2 In quest'ultimo caso, che sembrerebbe adombrato nel ricorso mediante il richiamo ai precedenti di questa Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 6341 del 19/03/2014 ed id. Sez. 3, Sentenza n. 9528 del 12/06/2012, la critica parrebbe diretta a

contestare la omessa considerazione da parte del Giudice di merito del “danno cd. differenziale”, la cui nozione tuttavia - nel caso concreto - non trova chiara esplicazione nel motivo di ricorso atteso che:

- nel primo precedente giurisprudenziale si ha riguardo all'esito infausto dell'intervento chirurgico che, in quanto eseguito non in conformità alle “leges artis”, ha prodotto un esito peggiorativo del precedente stato di salute (già compromesso), determinando conseguenze pregiudizievoli “maggiori” (cd. danno iatrogeno) di quelle altrimenti riconducibili - quali conseguenze in ogni caso non evitabili - dell'intervento correttamente eseguito: in questa ipotesi lo stato patologico pregresso, rendendo necessario detto intervento, è causa naturale efficiente delle conseguenze negative “normali”, cioè riferibili al rischio oggettivamente ineliminabile dell'intervento infausto, sicché il relativo danno (ossia il peggioramento della capacità biologica determinato dalla complicità inevitabile connessa alla esecuzione - regolare e corretta - dell'intervento, quale rischio noto ed oggettivamente ineliminabile) non può essere in alcun modo imputabile al professionista che ha diligentemente eseguito la prestazione (anche se questa non ha raggiunto il risultato di miglioramento o guarigione sperato); laddove invece detto intervento non sia stato conforme alle “leges artis” ed abbia prodotto, oltre alla prevista complicità comunque ineliminabile, anche ulteriori pregiudizi (determinati da altre complicità che non si sarebbero verificate ove l'intervento fosse stato correttamente eseguito), allora in tal caso: a) lo stato patologico pregresso (quale causa naturale preesistente) interviene a concorrere con la inesatta prestazione del professionista (quale causa umana successiva) nella produzione del danno consistito nella complessiva diminuzione della precedente capacità biologica del soggetto, non essendo quindi idoneo “ex se” ad escludere la riconducibilità eziologica dell'evento lesivo (anche) alla condotta del professionista (risultando in tal guisa verificato il nesso di causalità materiale tra concorso di causa naturale ed umana ed “eventuffi danni”); b) la diminuzione della capacità biologica - rispetto a quella accertata anteriormente all'intervento - non può essere imputata, tuttavia, integralmente al medico, dovendo provvedersi a distinguere, sul piano del nesso di causalità giuridica ex articolo 1223 c.c., la invalidità correlata alla inevitabile complicità derivata dalla necessità dell'intervento (che trova genesi nella causa naturale pregressa, ossia nella precedente condizione di salute) da quella invece correlata all'altrimenti evitabile “maggior” pregiudizio determinato dalla inesatta prestazione, e dunque dovendosi accertare il pregiudizio biologico differenziale tra lo stato di salute che sarebbe esitato da intervento infausto correttamente eseguito e quello invece esitato in concreto a causa dell'errore professionale (danno differenziale iatrogeno);

- nel secondo precedente giurisprudenziale, invece, oltre alla affermazione del principio di equivalenza causale (supra lettera a), viene in questione, ai fini della identificazione delle conseguenze pregiudizievoli determinate dalla inesatta prestazione medica la ridotta validità biologica residua al soggetto dopo l'intervento rispetto alla già compromessa capacità preesistente, e dunque in questo caso il “differenziale negativo” del grado percentuale di invalidità (danno differenziale) è dato dal mero confronto tra lo stato di capacità biologica del soggetto “ante ac post eventum danni”, dovendo aggiungersi che la verifica può complicarsi nel caso in cui i postumi derivati dall'intervento inesatto si sarebbero in tutto od in parte - anche se eventualmente in tempi diversi - egualmente prodotti a causa della naturale evoluzione della patologia pregressa: in quest'ultimo caso infatti - come si è visto - dovrà provvedersi a circoscrivere il “maggior” danno biologico risarcibile dovuto dal professionista soltanto a quello non dipendente dal naturale sviluppo della malattia (tenuto

conto anche del decorso temporale della stessa e dei tempi di insorgenza dell'inefettibile peggioramento).

2.3 Orbene la critica rivolta con il motivo in esame alla asserita omessa considerazione del danno differenziale, indipendentemente dalla esatta ricognizione dello stesso, non appare calzante, atteso che i CC.TT.UU. hanno esplicitamente indicato il grado del 6% quale percentuale riferibile al danno biologico differenziale, e tale misura percentuale è stata adottata da entrambi i Giudici di merito nella liquidazione equitativa dell'importo da risarcire, di tal chè non è dato comprendere in che modo gli stessi siano incorsi nell'errore denunciato.

2.4 Qualora poi i ricorrenti avessero inteso invece contestare la determinazione del grado percentuale di invalidità riferito al danno “differenziale”, il motivo si palesa del tutto privo di specificità in quanto:

a) non viene fornito alcun argomento critico rispetto alle modalità attraverso le quali il collegio degli ausiliari è pervenuto all'accertamento di tale “maggior” grado invalidità, non venendo neppure allegato se gli ausiliari abbiano proceduto ad accertare con valutazione sintetica il “differenziale” tra lo stato di salute pregresso e lo stato successivo, confrontando quindi i rispettivi gradi di invalidità biologica “complessiva”, od abbiano invece - in ipotesi - individuato semplicemente il grado di invalidità riferito ai postumi (“lieve incontinenza sfinteriale ano-rettale....lieve difficoltà nella assunzione di cibi solidi in via di risoluzione”) isolatamente considerati, in base ai baremes utilizzati;

b) non vengono neppure specificate quali siano le menomazioni stabilizzatesi antecedentemente all'intervento chirurgico - riferibili alla sindrome genetica di Bartter che caratterizzavano la invalidità pregressa (stimata dai CC.TT.UU. nella misura del 10%);

c) non viene sviluppato alcun argomento critico in ordine alla qualificazione ed alla relazione in cui vengono a porsi i postumi, derivati dall'intervento chirurgico, con le menomazioni preesistenti: in particolare non viene neppure riferito se debba intendersi sussistente una relazione di concorrenza o di mera coesistenza. Questione come sopra indicato che dà luogo a soluzioni di indagine medico-legale e, conseguentemente, di liquidazione del danno per equivalente del tutto distinte: argomentazione critica tanto più necessaria, tenuto conto che, come è dato evincere dalla lettura della sentenza di primo grado, parzialmente trascritta nel controricorso (pag. 9-10) e nella memoria illustrativa (pag. 11-15) del resistente Istituto (...omissis...), il Tribunale aveva espressamente esaminato la questione rilevando, da un lato, che i CC.TT.UU. avevano determinato la ulteriore invalidità, nella misura del grado del 6%, tenendo conto della preesistente sindrome di Bartter, e dall'altro, che pur in presenza di “pregresse ed autonome menomazioni che tecnicamente vengono definite inabilità non concorrenti” (dunque in presenza di preesistenti menomazioni “coesistenti”) non si era fatto ricorso al “metodo scalare” inteso a raccordare il grado di invalidità “differenziale” soltanto ad una frazione (corrispondente alla pregressa ridotta capacità biologica) e non all'intera capacità biologica del soggetto (fatta pari a 100 in relazione ad un soggetto sano, di pari età e genere).

Secondo motivo: violazione e falsa applicazione dell'articolo 11 preleggi; Decreto Legge n. 158 del 2012, articolo 3, comma 3; Decreto Legislativo n. 209 del 2005, articoli 138 e 139; articoli 1218, 1223, 1226, 2043 e 2059 c.c..

§.3 I ricorrenti impugnano la statuizione della sentenza di appello che ha ritenuto immediatamente applicabile lo “jus superveniens” della disposizione del Decreto Legge n. 158 del 2012, articolo 3, comma 3, conv. con mod. in L. n. 189 del 2012, che in materia di responsabilità sanitaria della struttura e del medico ha rinviato per la liquidazione del danno bio-

logico ai parametri già previsti dal Decreto Legislativo n. 209 del 2005, articoli 138 e 139 in tema di assicurazione della responsabilità civile da sinistro stradale.

Sostengono i ricorrenti, richiamando diversi precedenti dei Giudici di merito, che la norma sopravvenuta:

- è inapplicabile ai fatti pregressi, essendosi già perfezionata la fattispecie dannosa, e dunque ai giudizi in corso, in difetto di espressa previsione di retroattività (articoli 11 preleggi).

- è inapplicabile ai giudizi in corso, trattandosi di norma di diritto avente "natura sostanziale" e non processuale, e se applicata verrebbe a ledere il "legittimo affidamento in ordine alla regola equitativa uniforme" posta a base del risarcimento del danno biologico.

- è inapplicabile ai giudizi in corso, in quanto andrebbe ad incidere su "diritti quesiti", tale dovendo essere considerato il credito risarcitorio di valore anche in relazione al criterio di liquidazione del "quantum", in quanto già insorto nel patrimonio del danneggiato al momento del fatto dannoso.

3.1 Il motivo è infondato, in relazione alle molteplici questioni prospettate e che si passano di seguito in esame.

Al fine di una migliore comprensione della problematica occorre prendere le mosse dalle disposizioni innovative dei plessi normativi che fanno capo al Decreto Legge 13 settembre 2012, n. 158 conv. con modificazione nella L. 8 novembre 2012, n. 189 recante "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un piu' alto livello di tutela della salute" (cd. legge Balduzzi) ed alla L. 8 marzo 2017, n. 24 recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie" (cd. legge Gelli-Bianco).

Venendo a provvedere ad un riassetto generale della materia della responsabilità professionale medica il Legislatore è intervenuto ad introdurre una disciplina volta ad individuare un punto di equilibrio idoneo a garantire l'attuazione dei diversi interessi meritevoli di tutela coinvolti in tale materia e precipuamente l'interesse dei danneggiati ad ottenere un integrale ristoro del danno alla salute subito in relazione ad errori terapeutici imputabili al medico (articolo 32 Cost., comma 1), e l'interesse della generalità degli utenti a ricevere - sia dalle strutture pubbliche che da quelle private - un adeguato trattamento sanitario, consentendo agli operatori del settore di continuare a praticare la professione - della quale beneficia e non può fare a meno la intera collettività - in funzione del perseguimento di elevati livelli di efficienza e risultati di cura delle persone, senza che l'impegno che la stessa richiede possa essere limitato o influenzato da considerazioni e comportamenti di "difesa preventiva" rispetto alla proliferazione che, negli ultimi tempi, si è verificata delle iniziative giudiziarie di risarcimento danni che, indipendentemente dalla fondatezza o meno, possono innescare - in considerazione del volume delle richieste risarcitorie - fenomeni di ritrazione dalla esecuzione di interventi terapeutici a maggior rischio di insuccesso, incidendo in modo gravemente negativo sulle modalità di erogazione del servizio sanitario.

A tal fine - per quanto interessa la presente controversia - il Decreto Legge n. 158 del 2012, con disposizione rimasta immutata nella legge di conversione, ha ritenuto di utilizzare anche nel settore sanitario il criterio di liquidazione del danno "biologico" secondo il sistema tabellare già adottato nel settore dei sinistri cagionati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, e definito nel Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, articoli 138 e 139 (Codice delle assicurazioni private) che, come espressamente previsto dall'articolo 138, comma 2, risponde "ai criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità" secondo i principi esplicitati nel medesimo comma 2, lettera da a) ad f).

La norma della legge "Balduzzi" è stata nuovamente riprodotta nella L. 8 marzo 2017, n. 24, articolo 7, comma 4, - Legge "Gelli Bianco" - con variazioni od integrazioni lessicali che non comportano significative modifiche sul piano prescrizionale ("4. Il danno (la legge Balduzzi specificava: "biologico") conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria (la legge Balduzzi si riferiva alla: "attività dell'esercente della professione sanitaria") è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo").

La trasposizione del criterio tabellare previsto dal C.A.P. al settore della responsabilità sanitaria trova fondamento nelle analoghe esigenze sottese alle controversie risarcitorie che interessano le due materie, esigenze evidenziate direttamente dal Legislatore nella stessa norma ("Al fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori...": articolo 138, comma 1, CAP) e che debbono rinvenirsi nell'estensione del regime assicurativo obbligatorio alle strutture aziendali pubbliche e private ed ai professionisti sanitari, e nell'azione diretta attribuita al paziente danneggiato nei confronti della impresa assicurativa: esigenze la cui composizione in un equilibrato bilanciamento degli interessi in conflitto ha superato il vaglio della verifica di costituzionalità (Corte Cost. sentenza 16 ottobre 2014 n. 235 - con riferimento all'articolo 139 CAP -).

Tanto premesso possono ora esaminarsi i diversi rilievi di illegittimità formulati dai ricorrenti in ordine alla immediata applicabilità anche ai rapporti in corso, ed ai giudizi pendenti in materia di responsabilità professionale medica, delle norme del Decreto Legge n. 158 del 2012 conv. in L. n. 189 del 2012 che prevedono l'adozione del criterio tabellare nella liquidazione del danno non patrimoniale.

A - Difetto di retroattività espressa.

3.2 La mancanza di una disposizione della legge che ne preveda la retroattività non integra una critica pertinente alla inapplicabilità della norma ai giudizi pendenti, laddove si osservi come, nel caso di specie, non si verta in tema di successione di leggi che regolano difformemente il medesimo fenomeno, poichè la eventuale discrasia applicativa "quoad effecta" corre non tra diverse disposizioni di legge, bensì tra una (nuova) disposizione normativa ed una prassi giurisprudenziale finalizzata all'esercizio uniforme della discrezionalità nel giudizio di equità (come tale priva, ipso facto, di forza di legge). Non appare pertanto dirimente il precedente di questa Corte Sez. 3, Sentenza n. 11048 del 13/05/2009, richiamato dai ricorrenti, secondo cui il Decreto Ministeriale Salute in data 3 luglio 2003 ("Tabella delle menomazioni alla integrità psicofisica compresa tra 1 e 9 punti di invalidità") emanato in attuazione alla L. 5 marzo 2001, n. 57, articolo 5, comma 5, in difetto di previsione legislativa di retroattività, non poteva trovare applicazione ai sinistri verificatisi anteriormente alla sua pubblicazione in GU in quanto introduceva "un regime speciale deroga al regime ordinario codificato dall'articolo 2056 c.c."

La norma sopravvenuta del Decreto Legge n. 158 del 2012 non disciplina, infatti, la fattispecie costitutiva del diritto sostanziale, ma definisce - nella materia della responsabilità sanitaria - l'ambito delle modalità di esercizio del potere di liquidazione equitativa del danno attribuito al Giudice dagli

articoli 1226 e 2056 c.c., ed è dunque direttamente applicabile nei limiti in cui tale potere sia ancora esercitabile nel corso del processo che non sia ancora definito. Al riguardo non appare corretta la lettura della sentenza in data 16 ottobre 2014 n. 235 della Corte costituzionale, effettuata dai ricorrenti, laddove pronunciando sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 139 Codice Assicurazioni Private - ha rilevato (in motivazione paragr. 3.1), sia pure ai soli fini di escludere la necessità di una restituzione degli atti al Giudice a quo, che le modifiche - costituenti *jus superveniens* - introdotte al Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, predetto art., al comma 2 ed al comma 3 quater dall'articolo 32 conv. con mod. in L. 24 marzo 2012, n. 27 (che vengono a condizionare il risarcimento del danno biologico permanente delle lesioni di lieve entità, all'"accertamento clinico-strumentale obiettivo" ed il risarcimento del danno biologico temporaneo al riscontro medico-legale visivo o strumentale della lesione), "in quanto non attinenti alla consistenza del diritto al risarcimento delle lesioni in questione, bensì solo al momento successivo del suo accertamento in concreto, si applicano, conseguentemente, ai giudizi in corso (ancorché relativi a sinistri verificatisi in data antecedente alla loro entrata in vigore)", dando in tal modo riscontro alla consolidata giurisprudenza di questa Corte di legittimità secondo cui il principio della irretroattività della legge (articolo 11 preleggi) comporta che: a) la legge nuova non possa essere applicata, oltre ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali o future di esso; b) la legge nuova è, invece applicabile ai fatti, agli "status" e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore (cfr. Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 1115 del 04/05/1966; id. Sez. U, Sentenza n. 2926 del 12/12/1967; id. Sez. L, Sentenza n. 2433 del 03/03/2000; id. Sez. 1, Sentenza n. 16620 del 03/07/2013; id. Sez. 3, Sentenza n. 16039 del 02/08/2016).

La pronuncia della Corte costituzionale n. 235/2014, per un verso, viene a riconoscere che la controversia in ordine al diritto al risarcimento del danno implica la esistenza di un rapporto pendente; per altro verso ritiene esterne all'area della "consistenza del diritto" (intangibile dalla legge successiva), le modalità tecniche di liquidazione del danno indicate nella norma sopravvenuta - modificativa dell'articolo 139 CAP - pur interessando le stesse una "fase anteriore" alla quantificazione del danno, qual è quella dell'accertamento della stessa esistenza ("an") della conseguenza dannosa risarcibile.

3.3 Tanto premesso, si osserva che la fattispecie dell'illecito civile - per quanto concerne la individuazione e la verifica giudiziale dell'evento lesivo produttivo del danno da cui insorge la responsabilità per l'obbligazione risarcitoria - non viene intaccata dalla norma sopravvenuta (legge cd. Balduzzi), che non pone limiti alla responsabilità civile e neppure viene a negare alla vittima - ovvero anche soltanto a limitare ingiustificatamente e sproporzionatamente - il diritto di credito al risarcimento del danno, ma interviene a definire, tra i molteplici criteri utilizzabili discrezionalmente dal Giudice per procedere alla "aestimatio" del danno - qualora non possa trovare attuazione il risarcimento in forma specifica -, quello ritenuto più idoneo a realizzare quel bilanciamento - perseguito dal Legislatore - tra plurimi interessi di rilevanza costituzionale

(l'interesse del danneggiato ad ottenere il ristoro del danno patito; l'interesse generale e sociale al perseguimento di fini solidaristici in relazione al calmieramento dei premi della assicurazione obbligatoria estesa al settore sanitario), rispondendo la norma sopravvenuta - almeno in parte - alla medesima logica sottesa alla disciplina della liquidazione del danno biologico nel settore dell'assicurazione obbligatoria della RCA (venendo in questione, nella legge del 2012, anche la esigenza di non distogliere risorse indispensabili all'espletamento del servizio, contrastando i riflessi negativi sulla organizzazione ed erogazione del servizio sanitario pubblico, determinati dall'incremento esponenziale degli impegni finanziari delle Aziende sanitarie preoccupate ad immobilizzare sempre maggiori risorse per fare fronte alle possibili richieste risarcitorie a decremento dei necessari investimenti strutturali).

Il Decreto Legge n. 158 del 2012, articolo 3, comma 3, viene, dunque, ad indicare al Giudice un criterio di liquidazione del danno che specifica - e non deroga - le norme del codice civile attributive del potere equitativo integrativo ex articoli 1226 e 2056 c.c., non ponendo, pertanto, alcuna problematica di successione di leggi nel tempo.

Il nuovo precetto normativo, introducendo un sistema liquidatorio, quello tabellare, già invalso da tempo negli uffici giudiziari e ritenuto da questa Corte di legittimità coerente con i principi cui deve informarsi la valutazione equitativa del "danno biologico" compiuta dal Giudice (valutazione che, secondo la interpretazione dei predetti articoli 1226 e 2056 c.c. fornita da questa Corte, deve corrispondere alla duplice esigenza di garantire "non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari": Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 12408 del 07/06/2011), non viene ad incidere neppure su quegli elementi valutativi - grado di invalidità, aspettativa di vita, progressione geometrica del valore punto in relazione al grado di invalidità e riduzione proporzionale dell'incremento del valore danno in relazione all'aumento della età - ritenuti determinanti ai fini dell'accertamento della "entità" del danno biologico, lasciando intatto anche il criterio di rivedibilità del "valore-punto" secondo periodiche rilevazioni statistiche della casistica giudiziaria. Ed è appena il caso di osservare come tale criterio di valutazione del "quantum" non individua un (ulteriore) elemento costitutivo della fattispecie normativa della responsabilità civile, non integra cioè un fatto-storico od un elemento normativo presupposti dell'affermazione della imputazione del danno, ma rappresenta soltanto la espressione della misura monetaria della perdita di validità biologica ritenuta più adeguata a garantire il ristoro dell'effettivo danno patito, rispetto ad altri criteri affidati alla cd. discrezionalità pura cui il Giudice avrebbe potuto ricorrere al momento di procedere alla "aestimatio": coerentemente, infatti, questa Corte ha statuito come, in tema di risarcimento danni, la circostanza che l'attore, nel domandare il ristoro del danno patito, dopo aver quantificato nell'atto di citazione la propria pretesa, all'udienza di precisazione delle conclusioni, domandi la condanna del convenuto al pagamento di una somma maggiore, al fine di tenere conto dei "nuovi criteri standard" di risarcimento (c.d. "tabelle") adottati dal tribunale al momento della decisione ("nuovi" in quanto debbono essere mutati gli essenziali "parametri indicatori" assunti a base della determinazione del valore-punto, e non in quanto sia intervenuta una mera variazione quantitativa del valore-punto conseguente ai rilevamenti statistici periodici), non costituisce mutamento inammissibile della domanda, sempre che attraverso tale mutamento non si introducano nel giudizio fatti nuovi o nuovi temi di indagine (cfr. Corte cass.

Sez. 3, Sentenza n. 17977 del 24/08/2007; id. Sez. 3, Sentenza n. 1083 del 18/01/2011); ed ancora che, ferma l'eventuale formazione del giudicato interno sul "quantum", quando, all'esito del giudizio di primo grado, l'ammontare del danno alla persona sia stato determinato secondo il sistema "tabellare", la sopravvenuta variazione - nelle more del giudizio di appello - delle tabelle utilizzate, legittima il soggetto danneggiato a proporre impugnazione, per ottenere la liquidazione di un maggiore importo risarcitorio, allorché le nuove tabelle prevedano l'applicazione di differenti criteri di liquidazione, atteso che, in questi casi, la liquidazione effettuata sulla base di tabelle non più attuali si risolve in una non corretta applicazione del criterio equitativo previsto dall'articolo 1226 c.c. (cfr. Corte cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 25485 del 13/12/2016; id. Sez. 3 -, Ordinanza n. 22265 del 13/09/2018; id. Sez. 3 -, Sentenza n. 24155 del 04/10/2018).

B - Perfezionamento della fattispecie di diritto sostanziale (diritto quesito).

3.4 Assumono i ricorrenti che il principio di irretroattività delle norme di legge ex articolo 11 preleggi impedirebbe l'applicazione della sopravvenuta norma "tabellare" della legge cd. Balduzzi, in quanto in tal modo si andrebbe ad incidere sulla fattispecie dell'illecito civile già perfezionata al momento della condotta lesiva e della conseguente insorgenza della responsabilità civile e del correlativo dritto di credito.

3.5 L'argomento non appare condivisibile, in quanto il criterio di liquidazione equitativa del danno ex articoli 1226 e 2056 c.c. (che soccorre quando l'ammontare del danno non è predeterminato convenzionalmente o legalmente, ed appare ontologicamente diverso dal diritto alla liquidazione del danno) non è elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria scrutinata nella dimensione sostanziale dell'illecito civile.

Il diritto al risarcimento del danno ha per oggetto un credito di valore che richiede di essere determinato nel suo ammontare attraverso l'attività di liquidazione volta a trasporre in valuta - ossia in una espressione monetaria - quello che viene stimato essere il valore non patrimoniale del bene-salute lesa. Ne segue che il valore del credito, che entra a far parte del patrimonio del danneggiato, non è predeterminato nel suo ammontare, occorrendo necessariamente fare ricorso al potere di equità integrativa del Giudice. È ben vero, come è stato già rilevato, che la esigenza di uniformità di trattamento di situazioni analoghe e di certezza del diritto viene assicurato tramite l'utilizzo di una medesima Tabella di liquidazione del danno biologico che deve avere applicazione diffusa sull'intero territorio nazionale. Ma a tale principio non segue anche la definitiva immutabilità di tale Tabella e la cristallizzazione dei valori tabellari al momento della introduzione della domanda, essendo, invece, tenuto il Giudice di merito a fare applicazione dei valori delle Tabelle di più recente edizione, in quanto maggiormente idonee ad esprimere l'adeguatezza della conversione patrimoniale del danno da invalidità psicofisica subito dalla persona.

3.6 Al proposito occorre considerare che altro è il perfezionamento della fattispecie sostanziale dell'illecito civile (situazione giuridica protetta - condotta lesiva della stessa - esito dannoso) che si esaurisce con la produzione dell'effetto giuridico che fa insorgere in capo all'autore dell'illecito la responsabilità per la obbligazione risarcitoria, altro è invece l'accertamento dell'equivalente monetario della conseguenza dannosa che ha esaurito il perfezionamento della fattispecie illecita.

Non pare dubbio che il principio di irretroattività della legge impedisce all'intervento del Legislatore di andare ad incidere su effetti giuridici già interamente prodottisi, in quanto dalla legge ricollegati a determinati fatti assunti ad elementi della

fattispecie- che, una volta venuti ad esistenza nella realtà, non possono più essere negati o modificati: con la conseguenza che violerebbe il limite predetto una norma sopravvenuta che: 1-modifichi la struttura della fattispecie normativa ex articoli 1218 o 2043 c.c., 2-introduca limitazioni della responsabilità civile sul piano oggettivo o soggettivo, 3-escluda o comprima la estensione delle "conseguenze-dannose" risarcibili, ad esempio non riconoscendo alcune "voci" o componenti del danno non patrimoniale (è notissima la vicenda d'Oltrealpe che, in seguito alle decisioni della CEDU, in data 6.10.2005, n. 1513/2003 Draon c/ Francia e n. 1810/2003 Maurice c/ Francia, ha portato alla sentenza 11.6.2010 n. 2 del Conseil constitutionnel dichiarativa della incostituzionalità della L. 11 febbraio 2005, n. 102, articolo 2, paragr. II, comma 2, che aveva disposto la applicazione retroattiva delle norme della L. 4 marzo 2002, n. 303 volte a limitare il risarcimento del danno da malpractice medica al solo "danno morale", con esclusione del danno patrimoniale futuro relativo alle spese necessarie per l'assistenza del neonato invalido), od eliminando il mancato guadagno come voce di danno patrimoniale, in deroga all'articolo 1223 c.c., od ancora precludendo la tutela reale della reintegrazione in forma specifica, limitandola soltanto a quella indennitaria - per equivalente (cfr. per quest'ultima ipotesi Corte cass. Sez. L, Sentenza n. 301 del 09/01/2014: "In materia di licenziamenti individuali, sebbene la L. 28 giugno 2012, n. 92, articolo 1, comma 67, preveda l'applicabilità delle disposizioni processuali da essa introdotte solo alle controversie instaurate dopo la sua entrata in vigore, in forza del principio generale di irretroattività della legge, di cui all'articolo 11 preleggi, e in assenza, nella L. n. 92 del 2012, di una disposizione di deroga espressa a detta norma, le modifiche apportate alla disciplina di cui alla L. 20 maggio 1970, n. 300, articolo 18 con previsione di una tutela indennitaria in luogo di quella reintegratoria, non possono essere applicate neppure ai rapporti giuridici sorti anteriormente alla nuova disciplina e ancora in corso, qualora - con l'applicazione della normativa sopravvenuta - vengano a privarsi di efficacia le conseguenze attuali o future del licenziamento già ritenuto illegittimo dal giudice di merito").

Gli indicati limiti alla efficacia retroattiva della legge non ricorrono, invece, nella diversa ipotesi in cui la norma generale ed astratta successiva venga ad incidere su di un rapporto giuridico ancora in corso di esecuzione, o, come nella specie, ancora controverso, regolando o definendo le modalità di apprezzamento del valore monetario equivalente di un bene perduto che deve essere risarcito, ovvero conformando i limiti entro i quali le prestazioni non ancora eseguite possono considerarsi leciti.

Non sembra corretto, pertanto, il richiamo, a sostegno della tesi contraria, del precedente di questa Corte cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 5013 del 28/02/2017, non essendo in alcun modo rinvenibile dalla lettura della motivazione l'affermazione per cui il criterio di liquidazione equitativa del danno biologico deve "cristallizzarsi" nei valori indicati nelle Tabelle vigenti al momento in cui si è perfezionata la fattispecie dell'illecito civile. La sentenza afferma, invece, il diverso principio per cui è al momento della "taxatio", e cioè della liquidazione omnicomprensiva della somma capitale e degli accessori per interessi e rivalutazione, che occorre riferirsi per verificare se lo spontaneo pagamento effettuato dal debitore abbia prodotto l'effetto estintivo del debito risarcitorio (in quanto corrispondente ai criteri liquidatori vigenti in quel momento), o se l'accordo transattivo sul "quantum" risarcibile debba ritenersi incontestabile ove non inficiato da errore sui criteri di liquidazione, o ancora se possa ritenersi corretta la liquidazione giudiziale del danno biologico, in quanto effettuata alla stregua delle Tabelle più recenti ("...gli arresti di questa Corte... in cui si afferma

l'obbligo dell'applicazione nella quantificazione del danno da perdita del rapporto parentale, dei parametri tabellari vigenti al momento della decisione... non rappresentano altro che la risposta giurisprudenziale al problema nascente dall'ontologico iato tra i due momenti sopra illustrati (i.e. l'epoca di verifica dell'evento lesivo e quella della liquidazione del danno), con l'affermazione del principio che la stima e la liquidazione del danno vanno compiute secondo i criteri praticati al momento della liquidazione": Corte cass. n. 5013/2017 cit., in motivazione, pag. 14).

C - Natura di diritto sostanziale e non processuale della norma.

3.7 L'argomento critico che si rifà alla distinzione tra "norme di diritto processuale", di immediata applicazione, e "norme di diritto sostanziale", che possono applicarsi a fatti pregressi soltanto se dichiarate espressamente retroattive, non assume rilievo decisivo, bene potendo anche le norme di diritto sostanziale trovare immediata applicazione ai rapporti in corso o non ancora esauriti, trovando limite la retroattività nella impossibilità di modificare "ex post" i fatti genetici (e cioè gli elementi strutturali costitutivi) del rapporto che hanno ormai esaurito i loro effetti con il perfezionamento della fattispecie normativa; diversamente, gli aspetti funzionali connessi alla esecuzione del rapporto bene possono essere regolati diversamente ove sopravvenga una nuova disciplina normativa dei fatti ed atti che debbono ancora verificarsi od essere compiuti.

D - Legittimo affidamento nei criteri di liquidazione.

3.8 Sostengono i ricorrenti che l'applicazione dello "jus superveniens" alla controversia pendente, da un lato, violando il principio di irretroattività della legge (articolo 11 preleggi), si porrebbe in contrasto con il fondamento dello Stato di diritto volto ad assicurare la certezza del diritto; dall'altro, verrebbe a determinare un ingiustificato differente trattamento di situazioni analoghe in relazione esclusivamente alla diversa durata dei processi.

3.9 Sono noti i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale: "Al legislatore non è preclusa la possibilità di emanare norme retroattive, sia innovative che di interpretazione autentica, purchè tale scelta normativa sia giustificata sul piano della ragionevolezza, attraverso un puntuale bilanciamento tra le ragioni che ne hanno motivato la previsione e i valori, costituzionalmente tutelati, potenzialmente lesi dall'efficacia a ritroso della norma adottata. Tra tali valori - costituenti limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi - sono ricompresi il principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti, quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (Corte Cost., sentenza, in data 12 aprile 2017, n. 73). La legittimità costituzionale della norma con efficacia retroattiva, fermo il limite del giudicato (Corte Cost., sentenza, in data 1 luglio 2015, n. 127) e delle situazioni giuridiche consolidate (diritti quesiti), può incidere sui rapporti in corso, sacrificando anche aspettative legittime, laddove tale sacrificio sia il risultato del bilanciamento operato con altri interessi di rilevanza costituzionale ritenuti prevalenti (Corte Cost. ordinanza, in data 22 dicembre 2015, n. 274), e sempre che l'intervento legislativo non sia diretto specificamente a determinare l'esito di una particolare controversia giudiziaria in corso in quanto in tal caso si violerebbero i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi

legittimi, determinando lo sbilanciamento tra le due posizioni in gioco (Corte Cost. sentenza, 30 gennaio 2018, n. 12).

3.10 È nota altresì la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha affermato come al Legislatore non sia precluso emanare norme retroattive, purchè la retroattività trovi adeguata giustificazione in "imperative ragioni di interesse generale" (non ridicibili, tuttavia, al mero interesse finanziario dello Stato), e sempre che, indipendentemente dal criterio di ragionevolezza della norma retroattiva in quanto funzionale alla risoluzione di contrasti interpretativi, l'intervento legislativo possa ritenersi compatibile con l'articolo 6, paragr. 1, CEDU (diritto alla difesa ed al processo equo) e con l'articolo 1, n. 1, del Protocollo addizionale CEDU (per cui l'interferenza del Legislatore sulla "res" controversa è assimilato ad illegittima ingerenza nella situazione proprietaria, intesa in senso lato, con riferimento al bene controverso), in relazione al duplice parametro della "prevedibilità" della iniziativa legislativa e dell'"abuso del processo" (cfr. Corte EDU, sez. II, ric. n. 58630/11, sentenza Ljaskaj c. Croazia 20 dicembre 2016): incorrendo, la legge retroattiva, nella violazione delle norme convenzionali laddove sia ravvisabile, nel comportamento delle autorità pubbliche, l'insorgenza di un affidamento sul bene disputato che valga a consolidare l'aspettativa di un determinato esito del giudizio in corso e che renda quindi "imprevedibile" (e per ciò "abusivo") l'intervento legislativo modificativo, con carattere retroattivo, inteso a volgere a favore dello Stato parte del processo - l'esito della lite, realizzando in tal modo una indebita ingerenza nella gestione del contenzioso giudiziario (cfr. Corte EDU ric. 24846/94, 34165/96, 34173/96, causa Zielinski, Pradal, Gonzalez e altri v. France, sentenza, 28 ottobre 1999; Corte EDU, Grande camera, ric. 36813/97, causa Scordino c/ Italia, sentenza, 29 marzo 2006; Corte EDU ric. 43549/08, 6107/09, 5087/09, causa Agrati ed altri c/ Italia, sentenza, 7 giugno 2011).

3.11 Orbene la categoria della retroattività - così come indagata nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale - non viene legittimamente evocata nel caso di specie, in quanto la norma in esame, volta ad individuare il "valore-punto" tabellare, non modifica - come si è detto - la disciplina normativa della fattispecie dell'illecito civile, modificandone gli elementi costitutivi, ma opera invece all'interno della stessa, modellando il potere giudiziale di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale.

Il fenomeno descritto non è pertanto assimilabile a quello della successione delle leggi con effetti abrogativi, atteso che non vi era alcuna norma preesistente volta a definire il "valore-punto" in modo differente dalla norma successiva. Non possono ritenersi tali, infatti, le disposizioni degli articoli 1226 e 2056 c.c. in quanto dirette esclusivamente ad attribuire al Giudice il potere di integrazione equitativa ed anch'esse estranee alla fattispecie dell'illecito civile, da rinvenire esclusivamente nelle norme che dispongono - nel caso che, dall'inadempimento contrattuale o dalla condotta illecita extracontrattuale, derivino conseguenze pregiudizievoli - l'obbligo di risarcire il danno patrimoniale e non patrimoniale (articoli 1218, 2043 e 2059 c.c.).

Nè la norma sopravvenuta della legge Balduzzi può essere assimilata al fenomeno cd. del "prospettive overruling", che attiene esclusivamente al piano dell'attività interpretativa delle norme di diritto, in ordine alla quale non trova, pertanto, applicazione il principio di irretroattività della legge, al quale rimane estraneo, tanto il mutamento di giurisprudenza, quanto la risoluzione di contrasti giurisprudenziali, ancorchè conseguenti a decisioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione (e neppure in presenza di una interpretazione consolidata della Corte di legittimità, poichè è jus receptum - Corte cass., S.U., n. 15144/2011; id. n. 174/2015; id., n. 27775/2018; id., n. 4135/2019) che il valore e la forza del "diritto vivente",

quand'anche proveniente dal Giudice di vertice del plesso giurisdizionale, è meramente dichiarativo e non si colloca sullo stesso piano della cogenza che esprime la fonte legale, alla quale il Giudice è soggetto ex articolo 101 Cost.), atteso che “un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevole, non ha la stessa efficacia delle ipotesi previste dalla norma censurata, stante il difetto di vincolatività della decisione rispetto a quelle dei giudici chiamati ad occuparsi di fattispecie analoghe: circostanza che impedisce di considerare i fenomeni dianzi indicati alla stregua di uno *ius novum*. L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite “aspira” indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma come lo stesso rimettente riconosce - si tratta di connotati solo “tendenziali”, in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in piu' occasioni è in fatto accaduto” (cfr. Corte costituzionale, sentenza, in data 12 ottobre 2012, n. 230). Ed è proprio l'assenza di vincolatività cogente della interpretazione che impedisce che il giudicato ex articolo 2909 c.c., formatosi su una controversia risolta in base alla precedente interpretazione di una norma, possa spiegare efficacia vincolante in una successiva controversia in cui viene in questione la medesima norma: l'esercizio della funzione giurisdizionale, in un ordinamento processuale nel quale non opera lo “*stare decisis*”, non può mai costituire limite alla attività esecutiva esercitata da un altro Giudice (cfr. Corte cass. Sez. 5, Sentenza n. 23723 del 21/10/2013; id. Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 174 del 09/01/2015), con la rilevante conseguenza che la pretesa immutabilità della interpretazione giurisprudenziale non può integrare il fondamento esclusivo di un interesse consolidato, e per ciò tutelabile, al legittimo affidamento sulla risoluzione della controversia giudiziale (cfr. Corte cass. n. 174/2015 cit., che richiama Corte EDU, ric. 20153/04, causa Unedic c. Francia, sentenza, 18 dicembre 2008, e Corte EDU causa Nejd et Sahin e Perihan Sahin, sentenza, 20 ottobre 2011), pur dovendosi precisare per completezza che, “in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile, ciò che avviene piu' facilmente se sia esplicitata a mezzo della motivazione” (cfr. Corte cass. Sez. U -, Sentenza n. 11747 del 03/05/2019).

Non si ha, peraltro, nel caso dello *jus superveniens* della legge Balduzzi, neppure la sostituzione del precetto normativo con un consolidato indirizzo giurisprudenziale, atteso che non vengono in questione le categorie giuridiche individuatrici delle “voci” e dei “tipi” di danno risarcibile, né tanto meno i principi di diritto concernenti la funzione reintegrativa del risarcimento del danno, od ancora il fondamento egualitario della modalità di ristoro del danno alla salute, che anzi vengono ad essere confermati proprio dalla disciplina legislativa sopravvenuta che, tramite il richiamo all'articolo 138 CAD, viene a riconoscere la correttezza ed adeguatezza del criterio tabellare in quanto portato della precedente elaborazione giurisprudenziale in materia (in tal senso, infatti, deve essere correttamente inteso l'arresto di Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 12408 del 07/06/2011, in quanto rivolto a garantire la uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, e non anche a stabilire o addirittura a cristallizzare il valore del

“punto base” calcolato nelle Tabelle milanesi, sempre suscettibile di modifica nel tempo in relazione alla variazione - oltre che dei fenomeni di svalutazione della moneta - dei dati statistici rilevati dalla media delle liquidazioni operate dagli Uffici giudiziari o di piu' aggiornati criteri di rilevazione degli indici di determinazione di detto valore: il riferimento alle Tabelle milanesi trovava giustificazione, non in una verifica selettiva peraltro impossibile avuto riguardo ai limiti del sindacato di legittimità - dei valori piu' adeguati tra tutte le Tabelle di liquidazione del danno biologico in uso, ma nella maggiore diffusione pratica che le stesse avevano avuto tra gli Uffici giudiziari rispetto ad altre Tabelle pure in uso).

3.12 Nella specie si viene, invece, a riscontrare il diverso fenomeno in cui il diritto positivo viene a disciplinare un settore - quello della quantificazione del danno non patrimoniale nelle controversie per responsabilità sanitaria-precedentemente lasciato al potere giudiziale integrativo, venendo di fatto a ridurre l'ambito della discrezionalità del Giudice, definito dagli articoli 1226 e 2056 c.c., predeterminando -in via generale ed astratta - il “valore del punto base” da assumere per la liquidazione del danno biologico relativo alle cd. “micropermanenti” (non essendo stata data ancora attuazione all'articolo 138, comma 1, CAD che prevede la redazione di una apposita Tabella unica nazionale per le lesioni determinati invalidità superiori al 9%), sostituendosi la norma di legge alle prassi di calcolo in uso presso gli Uffici giudiziari, dovendosi al proposito precisare che - allo stato - la norma dell'articolo 139 CAD trova piena applicazione, essendo state elaborati i coefficienti moltiplicatori corrispondenti ai singoli incrementi del grado di invalidità (da 1% a 9%), con variazione del valore-punto base (cfr., da ultimo, DM Sviluppo Economico, in data 9.1.2019), così come trova piena attuazione il criterio di liquidazione del danno biologico temporaneo, essendo stato determinato (da ultimo con il decreto ministeriale indicato) l'importo relativo ad ogni giorno di inabilità assoluta (modulabile in caso di inabilità parziale in relazione alla effettiva riduzione percentuale della capacità biologica: articolo 138, comma 2, lettera f); articolo 139, comma 1, lettera b) CAD). Trovano, altresì, immediata applicazione anche i criteri di liquidazione intesi a “personalizzare” il valore dell'ammontare del danno da invalidità permanente, secondo gli aumenti individuati per le micropermanenti (fino al 20%, comprensivo, per espresso dictum del giudice delle leggi, anche della voce di danno morale: articolo 139, comma 3, CAD) e per le lesioni di maggiore gravità (personalizzazione del danno dinamico relazionale fino al 30%: articolo 138, comma 3, CAD).

Orbene, tale intervento legislativo, proprio perchè non va ad incidere su alcuno degli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche preconstituite ed acquisite nel patrimonio del soggetto, e dunque è insuscettibile di ledere l'affidamento riposto dai soggetti di diritto nella stabilità dei rapporti già insorti ed esauriti e nella prevedibilità degli effetti giuridici che la legge preesistente ricollega a determinati fatti o condotte. La norma sopravvenuta si rivolge esclusivamente al Giudice delimitandone l'ambito di discrezionalità nella liquidazione del danno con criterio equitativo e indicando quale piu' adeguato il criterio tabellare, onde porre al riparo l'esercizio del potere giurisdizionale - conformatosi al criterio legale - da eventuali critiche in diritto per violazione degli articoli 1226 e 2056 c.c., volte a contestare la arbitrarietà, illogicità od assenza di motivazione della quantificazione del danno non patrimoniale.

3.13 Deve, dunque, concludersi affermando che le norme legislative del 2012 (immodificate, per quanto concerne i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale, dalla succes-

siva L. 8 marzo 2017, n. 24 cd. Gelli-Bianco), trovano diretta applicazione in tutti i casi in cui il Giudice sia chiamato a fare applicazione del criterio di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale con il solo limite della formazione del giudicato interno sul “quantum” -, non essendo ostativa la circostanza che la condotta illecita sia stata commessa ed il danno si sia prodotto anteriormente alla entrata in vigore della legge, o che l’azione risarcitoria sia stata promossa prima dell’intervento legislativo, nè potendo configurarsi una ingiustificata disparità di trattamento tra i giudizi ormai conclusi ed i giudizi pendenti, tenuto conto che proprio e soltanto la definizione del giudizio - e la formazione del giudicato - preclude una modifica retroattiva della regola giudiziale che disciplina il rapporto, a garanzia della autonomia della funzione giudiziaria e del riparto delle attribuzioni al potere legislativo e al potere giudiziario.

3.14 In relazione alle questioni esaminate deve, pertanto, enunciarsi il seguente principio di diritto:

“Non intervenendo a modificare con efficacia retroattiva gli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile (negando od impedendo il risarcimento di conseguenze - dannose già realizzatisi), il Decreto Legge 13 settembre 2012, n. 138, articolo 3, comma 3, convertito, con modificazioni, nella L. 8 novembre 2012, n. 189 (cd. legge Balduzzi che dispone l’applicazione, nelle controversie concernenti la responsabilità - contrattuale od extracontrattuale - per esercizio della professione sanitaria, del criterio di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale secondo le Tabelle elaborate in base agli articoli 138 e 139 del CAD - criteri di liquidazione del danno non patrimoniale, confermati anche dalla successiva L. 8 marzo 2017, n. 24 cd. Gelli-Bianco -), trova diretta applicazione in tutti i casi in cui il Giudice sia chiamato a fare applicazione, in pendenza del giudizio, del criterio di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, con il solo limite della formazione del giudicato interno sul “quantum”.

Non è ostativa, infatti, la circostanza che la condotta illecita sia stata commessa, ed il danno si sia prodotto, anteriormente alla entrata in vigore della legge, o che l’azione risarcitoria sia stata promossa prima dell’entrata in vigore del predetto decreto legge; nè può configurarsi una ingiustificata disparità di trattamento tra i giudizi ormai conclusi ed i giudizi pendenti, atteso che proprio e soltanto la definizione del giudizio - e la formazione del giudicato - preclude una modifica retroattiva della regola giudiziale a tutela della autonomia della funzione giudiziaria e del riparto delle attribuzioni al potere legislativo e al potere giudiziario. Neppure può ravvisarsi una lesione del legittimo affidamento in ordine alla determinazione del valore monetario del danno non patrimoniale, in quanto il potere discrezionale di liquidazione equitativa del danno, riservato al Giudice di merito, si colloca su un piano distinto e comunque al di fuori della fattispecie legale della responsabilità civile: la norma sopravvenuta non ha, infatti, modificato gli effetti giuridici che la legge preesistente ricollega alla condotta illecita, nè ha inciso sulla esistenza e sulla conformazione del diritto al risarcimento del danno insorto a seguito del perfezionamento della fattispecie”.

§.4 In conclusione il ricorso deve essere rigettato.

Il perdurante contrasto nelle soluzioni adottate dalla giurisprudenza di merito in ordine alla questione esaminata, e la assoluta novità delle questioni trattate, che hanno necessitato dell’intervento nomofilattico di questa Corte, costituiscono ragioni idonee a dichiarare interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

rigetta il ricorso (...*Omissis*...)

(1-3) **Responsabilità medica alla luce delle sentenze di San Martino 2019: danno biologico “differenziale” e applicazione diretta dei criteri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private.**

Sommario: 1. *Premessa: la decade di San Martino 2019.* - 2. *I motivi di ricorso (nel caso di specie).* - 3. *La valutazione del danno biologico “differenziale”.* - *Segue:* 3.1. *I criteri liquidativi del danno biologico “differenziale”.* 4. *Il sistema tabellare legale esteso alla responsabilità medica dal decreto “Balduzzi”.* - *Segue:* 4.1. *L’applicabilità diretta delle tabelle legali.* - 5. *Conclusioni.*

1. Premessa: la decade di San Martino 2019.

La pronuncia in esame si inserisce nell’alveo delle dieci sentenze della Terza Sezione depositate l’11 novembre 2019 - data tutt’altro che casuale, scelta con l’evidente intento di riecheggiare le note pronunce di San Martino rese a Sezioni Unite nel 2008 (1) -, con le quali la Corte di Cassazione affronta e risolve alcune tra le principali e più spinose questioni che da tempo impegnano dottrina e giurisprudenza in tema di colpa medica, dando vita a quello che è stato autorevolmente definito come il «nuovo codice della responsabilità sanitaria» (2), così realizzando un’organica ridefinizione delle regole fondamentali della materia all’esito della (ormai assimilata) entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, c.d. legge “Gelli-Bianco”.

La decade di San Martino 2019 è composta, in particolare, dalle pronunce nn. 28985 - 28994 del 2019 (3); i temi affrontati nel decalogo vanno dalla lesione del diritto del paziente al consenso informato (sentenza n. 28985/2019), alle azioni di rivalsa e di regresso della Struttura nei confronti dell’operatore sanitario che abbia agito con colpa grave (sentenza n. 28987/2019), all’accertamento e conseguente liquidazione del danno biologico c.d. “differenziale” (trattati, oltre che dalla pronuncia in esame, dalla sentenza n. 28986/2019), alla liquidazione, in termini più generali, del danno non patrimoniale (sentenze n. 28988/2019 e n. 28989/2019), all’onere della prova gravante sul paziente nell’azione contrattuale esperita nei confronti della struttura sanitaria e/o del medico (sentenze n. 28991/2019 e n. 28992/2019), al danno da perdita di *chance* (sentenza n. 28993/2019) e, infine, all’efficacia temporale, da un lato, delle norme sostanziali introdotte prima con il decreto “Balduzzi” poi con la legge “Gelli-Bianco” (sentenza n. 28994/2019) e, dall’altro, delle relative disposizioni che estendono all’ambito sanitario i criteri liquidatori del danno biologico di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private (tema trattato, per l’appunto, dalla pronuncia in esame).

Il sistema delineato dai giudici di legittimità, alla luce di una lettura complessiva ed organica dei diversi principi espressi nell’ambito delle singole pronunce, mostra il principale intento di organizzare un sistema della responsabilità civile sanitaria che raggiunga un equilibrio tra interessi contrapposti quali, da un lato, quello di offrire adeguata tutela risarcitoria al paziente vittima della *malpractice* e, dall’altro, quello di evitare un effetto “panriparatorio”, non solo giuridicamente inaccettabile ma anche difficilmente sostenibile dal punto di vista economico per i soggetti coinvolti.

Da questa prospettiva, nell’ottica favorevole al danneggiato si collocano la decisione emessa in tema di violazione del dovere informativo, quale lesione del diritto non patrimoniale all’autodeterminazione (anche) autonomamente risarcibile rispetto al danno alla salute (pur gravando sul paziente l’onere di dimostrare che, in caso di corretta informazione, avrebbe rifiutato il trattamento sanitario), la decisione emessa in tema di danno da perdita di *chance* (che vede aumentare il perimetro della sua operatività, a condizione che la perdita possibilità di ottenere

il miglior risultato sperato sia apprezzabile, seria e consistente), la decisione relativa alla irretroattività della (nuova) disciplina sostanziale introdotta dall'art. 3 del decreto "Balduzzi" e dall'art. 7 della legge "Gelli-Bianco", che sposta nell'ambito dell'illecito aquilano la responsabilità dell'operatore sanitario (con conseguente conferma della più favorevole natura contrattuale di tale responsabilità per i fatti avvenuti prima dell'entrata in vigore della norma) nonché, da ultimo, le decisioni riguardanti la rilevanza delle patologie preesistenti che "concorrono" nella menomazione complessiva derivante al paziente dall'illecito (la cui valutazione viene spostata dal piano tecnico, medico-legale, a quello giuridico, dell'individuazione del danno risarcibile, secondo un criterio non solo meramente aritmetico ma che consente al giudice - anche - un apprezzamento equitativo).

A fare da contraltare ai principi sopra esposti, e dunque in ottica più favorevole per i danneggiati, sono invece la pronuncia che definisce il contenuto dell'onere della prova gravante sul paziente danneggiato (il quale, pur agendo in via contrattuale nei confronti della struttura sanitaria e/o del medico, è tenuto a dimostrare, anche a mezzo di presunzioni, la sussistenza del nesso di causalità materiale tra condotta sanitaria ed evento dannoso) e la pronuncia (oggetto del presente contributo) che dispone la diretta applicabilità dei criteri tabellari legali per la liquidazione del danno non patrimoniale anche ai giudizi inerenti a fatti antecedenti all'entrata in vigore del decreto "Balduzzi" (atteso che i relativi criteri liquidativi conducono al riconoscimento di un importo più riduttivo rispetto a quello che si avrebbe in applicazione delle tabelle di elaborazione giurisprudenziale).

In una posizione intermedia, infine, parrebbero collocarsi le decisioni (in particolare la n. 28988/2019) che investono le questioni del rapporto tra danno morale e danno biologico e dell'aumento "personalizzato" di quest'ultimo: invero, se da un lato non costituisce duplicazione risarcitoria attribuire una somma a titolo di danno biologico e una ulteriore per i pregiudizi (moral) derivanti dall'illecito che non abbiano fondamento medico legale (poiché privi di base organica), dall'altro lato l'incremento del *quantum* come risultante dai parametri tabellari a titolo di "personalizzazione" del danno biologico è ammesso soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, che rendano il danno concretamente più grave rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti da pregiudizi dello stesso tipo sofferti da persone della stessa età (circostanze che, in ogni caso, devono essere allegare e debitamente provate dal paziente danneggiato).

2. I motivi del ricorso (nel caso di specie).

Rivolgendo ora lo sguardo alla pronuncia in esame, essa tare origine dal ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello di Genova n. 858 del 2016 (4), che condannava medico e struttura al risarcimento dei danni sofferti dalla figlia minore dei ricorrenti in ragione di un errore diagnostico, al quale seguiva un trattamento chirurgico inadeguato, con conseguente peggioramento della pregressa condizione patologica: la piccola paziente, affetta dalla patologia di Bertter (per l'appunto, erroneamente diagnosticata come patologia di Hirschsprung) - per un'invalidità valutata dal CTU nella percentuale del 10% - riportava invero ulteriori postumi permanenti a seguito dell'intervento chirurgico inadeguato - per un'invalidità del 6-7% -, e dunque per un'incapacità biologica complessiva del 16-17%.

Il ricorso investe il *quantum*. I ricorrenti, valutando riduttivo l'importo liquidato dal giudice di secondo grado a titolo di danno biologico in favore della figlia minore, fondano l'impugnazione su due motivi: in primo luogo, si contesta la sola considerazione dei postumi dovuti alla *malpractice* medica e non anche della pregressa patologia invalidante (e dunque

per il solo 6-7%); in secondo luogo, si lamenta che la relativa liquidazione sia stata effettuata mediante l'applicazione dei parametri tabellari previsti dall'art. 3, comma 3, del d. l. n. 158 del 2012 (c.d. decreto "Balduzzi", che traspone in ambito sanitario l'applicazione delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private), nonostante il danno si fosse prodotto prima dell'entrata in vigore della norma, con conseguente violazione del principio di irretroattività della legge sancito dall'art. 11 delle Preleggi nonché del legittimo affidamento del danneggiato all'utilizzo di un determinato criterio liquidatorio.

Le doglianze poste a fondamento del ricorso offrono così alla Corte l'occasione per affrontare due temi particolarmente complessi, quali la valutazione e la liquidazione del danno biologico nel caso in cui il soggetto danneggiato sia portatore di invalidità pregresse (danno biologico c.d. "differenziale") e l'applicabilità del sistema tabellare esteso dal decreto "Balduzzi" all'area della responsabilità sanitaria anche ai fatti antecedenti alla novella.

3. La valutazione del danno biologico "differenziale".

Il primo motivo di impugnazione è dichiarato inammissibile per difetto di specificità e per carenza argomentativa; ciò nonostante, la Corte non si limita ad un breve *obiter* sull'argomento - com'era, forse, ragionevole aspettarsi, essendo il tema già oggetto di un'altra sentenza della decade di San Martino (5) - ma tratta, in modo analitico, l'incidenza che il pregresso stato invalidante del soggetto danneggiato può rivestire tanto sotto il profilo (squisitamente tecnico) dell'accertamento medico-legale, quanto sotto quello (squisitamente giuridico) della delimitazione del danno risarcibile da parte dell'autore dell'illecito (6).

Premesso che il pregresso stato patologico può assumere rilievo o come concausa della lesione o come concausa della menomazione che il danneggiato presenta in ragione dell'evento lesivo, la Corte chiarisce che solo in questa seconda ipotesi viene in considerazione il tema del danno c.d. "differenziale", il quale per l'appunto richiede che la preesistenza - senza aver concorso alla realizzazione dell'evento - incida sulla condizione complessiva in cui verte la vittima in ragione dell'illecito, la quale vittima viene a trovarsi in una situazione peggiore rispetto a quella che - a parità di lesione - affliggerebbe un paziente sano. In tale ipotesi, invero, l'incidenza della pregressa patologia andrà valorizzata sotto il profilo della causalità giuridica *ex art.* 1223 c.c. (7), limitando così l'obbligazione risarcitoria a quei pregiudizi che siano riconducibili alla condotta illecita e non già al precedente stato invalidante.

Si evidenzia, tuttavia, che la patologia pregressa può assumere rilievo nei termini che precedono solo qualora sia "concorrente" - e non anche meramente "coesistente" - con la menomazione riconducibile all'evento dannoso.

La menomazione dovuta alla precedente invalidità "coesiste" con quella provocata dall'illecito qualora, interessando differenti apparati anatomici e non funzionalmente connessi, non aggrava e/o non viene aggravata dalla menomazione successiva: la patologia pregressa, non avendo pertanto alcuna incidenza sulle conseguenze subite dalla vittima *post eventum* (la quali risulteranno identiche a quelle che avrebbe patito un soggetto sano), risulta priva di rilievo tanto dal punto di vista giuridico (non dovendosi operare alcuna riduzione del carico risarcitorio, atteso che l'intero pregiudizio considerato deriva dalla condotta illecita) quanto - ed ancor prima - dal punto di vista medico (atteso che la percentuale di invalidità permanente dovuta all'evento dannoso dovrà determinarsi prendendo a parametro un soggetto con piena capacità biologica anteriore).

Diversamente, la menomazione riconducibile al pregresso stato patologico può dirsi "concorrente" con quella derivante dalla

malpractice qualora interessi il medesimo apparato o un apparato diverso ma funzionalmente connesso, tale per cui l'illecito comporti un incremento del grado di invalidità preesistente e le conseguenze dell'evento dannoso patite dalla vittima siano *più gravi* rispetto a quelle che - a parità di lesione - avrebbe subito una persona sana: della preesistenza dovrà allora tenersi conto tanto sotto il profilo medico-legale, mediante la valutazione unitaria dell'invalidità complessivamente presentata dalla vittima in seguito all'infortunio, che dunque comprenda (anche) la percentuale dovuta alla patologia pregressa, quanto sotto quello giuridico, limitando l'obbligazione risarcitoria dell'autore dell'illecito al danno c.d. "differenziale", composto da quei pregiudizi che - sulla scorta dell'art. 1223 c.c. - siano causalmente riconducibili alla sua condotta e non al pregresso stato patologico; col corollario per cui la parte restante del danno (dovuta alla patologia pregressa), benché imputabile *in toto* sul piano della causalità materiale, non sarà poi integralmente risarcibile su quello della causalità giuridica.

Al contrario, qualora la preesistenza abbia concausato la iniziale lesione dell'integrità psico-fisica, di essa non dovrà tenersi conto né nella determinazione del grado di invalidità permanente né nella liquidazione del danno risarcibile. In questa ipotesi, infatti, la preesistenza costituisce concausa naturale dell'evento ed il suo mero concorso con il fatto dell'uomo la rende giuridicamente irrilevante in virtù del principio di equivalenza delle cause di cui all'art. 41 c.p. In particolare, secondo una valutazione che investe il profilo della causalità (non giuridica ma) materiale di cui agli artt. 40 e 41 c.p. e 1227, comma 1, c.c. (valutazione che, com'è noto, in ambito civilistico risponde al criterio del "più probabile che non"), i casi sono due: o si accerta che la pregressa patologia è stata causa esclusiva dell'evento, e allora viene meno il nesso eziologico tra danno e fatto umano, con conseguente irresponsabilità del medico; o si accerta che la pregressa patologia non sarebbe stata di per sé sufficiente a cagionare il danno senza il concorso dell'apporto umano, e allora l'evento andrà ascritto per intero al sanitario. Ciò in quanto la riduzione proporzionale della responsabilità (per minore gravità della colpa) dovuta alla presenza di un fattore concorrente nella provocazione dell'evento può avvenire solo nel caso di una pluralità di comportamenti umani (sulla scorta di quanto disposto dall'art. 2055 c.c.) ma non anche per il concorso di una causa umana imputabile e una concausa naturale non imputabile (il cui rilievo, come si è visto, è escluso dal principio di equivalenza delle cause di cui all'art. 41 c.p.). Con la precisazione per cui, in tale ultima ipotesi, l'irrilevanza del pregresso fattore patologico investe non solo l'*an* (rimanendo l'evento materialmente imputabile per intero all'autore dell'illecito) ma anche il *quantum*, non essendo meritevole di considerazione nemmeno sotto il profilo della causalità giuridica: in buona sostanza, nonostante la condotta umana abbia rivestito incidenza eziologica non esclusiva (ma solo concorrente) nella provocazione dell'evento, ciò non consente una limitazione ai sensi dell'art. 1223 c.c. del danno risarcibile, che l'autore dell'illecito dovrà comunque integralmente ristorare (8).

E' peraltro meritevole di considerazione il fatto che la Corte dispensi indicazioni operative non solo (com'è naturale che sia) al giudice ma anche (in modo, forse, più discutibile) al consulente medico-legale, il cui ruolo nell'accertamento del danno differenziale risulta notevolmente ridimensionato: infatti, oltre alle direttive tecniche sulla valutazione dell'invalidità permanente (che diverge, come si è visto, a seconda che si tratti di menomazioni concorrenti o coesistenti), viene specificatamente delineato il compito del consulente nell'accertamento delle menomazioni concorrenti. Chiariscono sul punto i giudici di legittimità che, non spettando all'ausiliario

compiere variazioni - in aumento o in diminuzione - del grado di invalidità del danneggiato in ragione del pregresso stato patologico, questi debba semplicemente limitarsi, così esaurendo il suo ruolo, ad indicare al giudice: i) la percentuale di invalidità obiettiva e complessiva che affligge la vittima *post eventum*; ii) il grado di invalidità di cui la vittima era astrattamente portatrice prima dell'infortunio; iii) il grado di invalidità o incapacità "differenziale", inteso come il "delta" scaturente dal confronto delle risultanze che precedono e dunque il grado di invalidità ascrivibile unicamente alla condotta illecita.

E' poi esclusivo compito del giudice, una volta in possesso di tali indicazioni, e segnatamente del grado di incapacità differenziale, individuare (e successivamente liquidare) il relativo danno risarcibile che, come si è visto, dev'essere composto esclusivamente dal pregiudizio riconducibile *ex art.* 1223 c.c. alla condotta medica (9).

3.1. Segue: I criteri liquidativi del danno biologico "differenziale".

La Corte fornisce infine indicazioni operative (questa volta, al giudice) su come tradurre il differenziale dell'invalidità medicalmente accertato nell'equivalente monetario oggetto dell'obbligazione risarcitoria, chiarendo che l'*aestimatio* andrà svolta tramite un meccanismo per sottrazione, il quale - si noti - deve avere ad oggetto non le diverse percentuali di invalidità *ante e post eventum*, bensì (direttamente) i rispettivi importi monetari ricavati con l'applicazione dei criteri tabellari, procedendo così allo scomputo dell'uno dall'altro (10); con la precisazione per cui, tuttavia, è pur sempre consentito al giudice l'aumento o la diminuzione dell'importo risarcitorio su base equitativa in ragione della specificità del caso concreto (11).

4. Il sistema tabellare legale esteso alla responsabilità medica dal decreto "Balduzzi".

Il secondo motivo attiene alla questione del momento a partire dal quale possa trovare applicazione l'art. 3, comma 3, del decreto "Balduzzi", che estende al campo della responsabilità sanitaria l'applicazione, per la quantificazione del danno biologico, delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 Cod. Ass. Priv. (scelta poi confermata dall'art. 7, comma 4, della legge "Gelli-Bianco") (12).

In particolare, si tratta di chiarire - così risolvendo un acceso contrasto giurisprudenziale (13) - se per i fatti antecedenti si debbano (comunque) adottare i parametri legali o se, al contrario, la liquidazione del danno biologico possa (ancora) svolgersi sulla scorta dei criteri - sensibilmente più elevati e generalmente applicati in precedenza - elaborati per via giurisprudenziale e, in particolare, di quelli contemplati nelle Tabelle dell'Osservatorio per la Giustizia Civile di Milano, c.d. "Tabelle milanesi", alle quali (com'è noto) la giurisprudenza di legittimità ha da tempo attribuito valore "paranormativo" (14).

La Corte si esprime in senso positivo, ritenendo operante la disposizione in parola (e dunque direttamente applicabili i criteri tabellari legali) per tutti i giudizi pendenti al momento della sua entrata in vigore nei quali giudice sia chiamato a procedere alla liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, con il solo limite del giudicato interno sul *quantum*, indipendentemente dal momento in cui sia stata tenuta la condotta illecita o si sia verificato il danno o, ancora, sia stata esperita l'azione risarcitoria.

Premessa una breve disamina sulla *ratio* dell'estensione al campo della responsabilità sanitaria dei criteri di liquidazione già previsti per gli infortuni da circolazione stradale, in ragione delle analoghe esigenze risarcitorie sottese ad entrambi

gli ambiti (15), e rilevato altresì che l'intervento della legge "Gelli-Bianco" non ha fatto che intensificare il parallelismo tra le due discipline (16), la Corte manifesta apertamente il proprio *favor* per l'applicazione dei criteri tabellari legali, in quanto asseritamente funzionali al bilanciamento tra l'interesse, particolare, del danneggiato ad ottenere il risarcimento del danno e l'interesse, generale e sociale, al perseguimento di fini solidaristici in relazione al calmieramento dei premi di assicurazione obbligatoria estesa al settore sanitario» (17).

Ebbene, i giudici di legittimità ritengono che la diretta applicazione delle tabelle normative non involga - contrariamente a quanto dedotto dai ricorrenti - la questione della retroattività dello "jus superveniens", atteso che l'art. 11 delle Preleggi, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, preclude al legislatore di intervenire con la nuova disciplina (solo) su rapporti già esauriti (in quanto, ad esempio, coperti da giudicato) o sorti anteriormente ed ancora in vita se ciò comporta il disconoscimento degli effetti già verificatisi o l'inefficacia delle conseguenze del rapporto medesimo; viceversa, la norma sopravvenuta è direttamente applicabile - senza che entri in gioco il problema della retroattività - a tutte quelle fattispecie che siano ancora "pendenti" alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando esse, ai nuovi fini, possano essere oggetto di autonoma considerazione, a prescindere dal (pregresso) fatto generatore (fatto sul quale la nuova disciplina non deve effettivamente incidere) (18).

4.1. Segue: L'applicabilità diretta delle tabelle legali.

Chiarito quanto sopra, l'applicabilità diretta delle tabelle legali si fonda sulla considerazione dell'*ontologico iato* che intercorre tra il momento in cui si verifica l'evento ed il momento in cui avviene la liquidazione del danno, per il quale se è vero che la fattispecie sostanziale dell'illecito civile (composta da situazione giuridica protetta, condotta illecita e lesione) può dirsi perfezionata ed esaurita già al momento in cui si produce la conseguenza dannosa, è altrettanto vero che l'accertamento dell'equivalente monetario dell'obbligazione risarcitoria che ne deriva è situazione diversa ed ancora pendente (nonché controversa) fino alla conclusione del relativo giudizio; infatti, il diritto di credito che deriva dall'illecito, per quanto già assimilato nel patrimonio del danneggiato, non è predeterminato nel suo ammontare, ma richiede di essere individuato tramite l'attività di liquidazione giudiziale - *aestimatio* - che lo trasformi da debito di valore a debito di valuta. Con la conseguenza per cui il nuovo intervento legislativo, se non è in grado di incidere (retroattivamente) sul fatto illecito già compiuto, da cui sia derivata un'obbligazione risarcitoria, ben può disciplinare - sotto lo specifico profilo della quantificazione del danno - il relativo rapporto obbligatorio, qualora questo sia in quel momento *sub iudice* e dunque pendente perché non ancora adempiuto.

Ne consegue che l'art. 3 del decreto "Balduzzi", non andando a toccare gli elementi costitutivi dell'illecito civile (di cui agli artt. 1218, 2043 e 2059 c.c.) e del diritto sostanziale (al risarcimento del danno), ma limitandosi a individuare il criterio liquidatorio da seguire nella fase dell'*aestimatio*, così riducendo la discrezionalità di cui il giudice gode ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c. (19), ben potrà trovare applicazione in tutti i giudizi ancora pendenti al momento della sua entrata in vigore, intervenendo a regolare situazioni giuridiche non ancora esaurite (salva, come si diceva, l'ipotesi del giudicato interno sul *quantum*) poiché pendenti in forza del giudizio medesimo (20).

La Corte chiarisce, inoltre, che la questione della retroattività va vieppiù esclusa se si considera che, nel caso in esame, non si è in presenza di un fenomeno di successione di leggi nel

tempo (tale per cui la novella opererebbe retroattivamente, in sostituzione della disposizione pregressa), atteso che l'art. 3 del decreto "Balduzzi" va semplicemente a colmare un vuoto normativo, intervenendo in un settore fino a quel momento "regolato" da una prassi giurisprudenziale che, per quanto consolidata, è di per sé priva di valenza legale. Il rilievo che precede consente, peraltro, di escludere la sussistenza di un "legittimo affidamento" (21) da parte del danneggiato circa l'utilizzo dei criteri tabellari generalmente applicati al momento del fatto illecito, segnatamente di quelli previsti dalle "Tabelle milanesi", atteso, da un lato, che il criterio di liquidazione del danno biologico non deve cristallizzarsi nei valori indicati nelle Tabelle vigenti al momento del danno (dovendosi piuttosto avere riguardo al momento dell'*aestimatio*) (22) e che, dall'altro lato, la pretesa immutabilità di un orientamento giurisprudenziale - per quanto consolidato - non è idonea a fondare quell'aspettativa legittima, e dunque tutelabile, alla sua applicazione nella risoluzione della futura controversia giudiziale.

5. Conclusioni.

Alla luce di quanto si è illustrato nei paragrafi che precedono, la pronuncia in esame rappresenta, ad avviso di chi scrive, un valido esempio di come la Terza Sezione, nel riscrivere lo statuto della responsabilità sanitaria attraverso la decade di San Martino 2019, perseguisse l'obiettivo di creare un sistema di "pesi e contrappesi", finalizzato al raggiungimento del già citato equilibrio tra l'esigenza di apprestare adeguata tutela risarcitoria al paziente danneggiato e quella del ragionevole contenimento dei costi che ne derivano per i soggetti danneggiati (nonché, in generale, per il sistema assicurativo).

Come si è visto, la decisione si distingue per affrontare due questioni che, sebbene diverse, investono pur sempre il fondamentale aspetto della quantificazione e della liquidazione del danno biologico, il quale aspetto - forse più di altri - tocca da vicino la sfera economica del danneggiato, incidendo direttamente sulle concrete possibilità risarcitorie a sua disposizione.

La Corte, invero, nell'affrontare dapprima, il tema del (solo) danno biologico differenziale e poi, più in generale, quello del sistema tabellare applicabile per la quantificazione del danno alla salute, predilige (ancora una volta) una soluzione di compromesso, dando alla prima questione una risposta favorevole al danneggiato e alla seconda questione una risposta favorevole al danneggiante.

Come si è visto, infatti, la *ratio* sottesa ai principi espressi in tema di danno biologico differenziale è quella di fornire idonea e congrua tutela risarcitoria alla vittima della *malpractice*, imponendo la considerazione di eventuali progressi postumi invalidanti ogniqualvolta questi rendano lo stato complessivo del danneggiato a seguito dell'infortunio più grave rispetto a quello nel quale lo stesso si sarebbe trovato se fosse stata persona sana; considerazione che, come si è avuto modo di illustrare, attiene tanto all'accertamento (medico-legale) dell'invalidità presentata dal paziente *post eventum* quanto - e soprattutto - al (conseguente) profilo risarcitorio, in particolare attraverso un criterio di liquidazione che non si limita al ristoro dell'ulteriore invalidità cagionata dall'illecito rispetto a quella pregressa ma che, piuttosto, tiene conto dell'effettiva condizione di menomazione a cui la condotta medica ha portato una vittima che (già) presentava un certo grado di incapacità biologica.

Diversamente, la previsione della diretta operatività delle tabelle legali, che implica un'estensione del loro campo di applicazione anche per quei fatti realizzatisi prima dell'entrata in vigore della norma di riferimento, costituisce una statuzione certamente più favorevole ai danneggiati, privilegiando un criterio di liquidazione che comprime il *quantum* risarcitorio rispetto a quello ottenibile sulla scorta dei criteri

in auge al momento del compimento dell'illecito (e, segnatamente, delle "Tabelle milanesi"); ciò, peraltro, al dichiarato scopo di favorire il bilanciamento dell'esigenza di tutela della vittima con l'altro interesse, generale e sociale, al calmieramento dei premi di assicurazione obbligatoria.

Infine, pare meritevole di considerazione il fatto che la pronuncia in commento presenti importanti punti di contatto con altre due tra le decisioni che compongono la decade di San Martino: invero, essa condivide con la sentenza n. 28986/2019 il tema del danno biologico differenziale; con la sentenza n. 28994/2019 il tema dell'applicazione ai fatti pregressi delle disposizioni introdotte dal decreto "Balduzzi" prima e dalla legge "Gelli-Bianco" poi (sebbene, in tale ultima statuizione, la Corte prenda in considerazione l'efficacia temporale - non dei criteri liquidatori ma - delle - nuove - norme di diritto sostanziale che riconducono la responsabilità del medico nell'ambito dell'art. 2043 c.c.).

Ebbene, se sotto il profilo del danno differenziale non si pone alcun problema di coerenza sistematica, atteso che il *dictum* della decisione *de qua*, com'è naturale, ripropone sostanzialmente quanto stabilito dalla sua "gemella", un discorso in parte diverso può svolgersi, a nostro avviso, con riferimento al tema dell'efficacia temporale della disciplina legale.

Invero, è bene osservare che nella decisione n. 28994/2019 la Corte, pur svolgendo considerazioni analoghe a quelle che la hanno condotta, nella pronuncia in commento, ad affermare l'applicazione diretta delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 Cod. Ass. Priv., conclude poi (in senso diametralmente opposto) per l'inapplicabilità ai giudizi in corso (ma riguardanti fatti pregressi) delle norme sostanziali introdotte dal decreto "Balduzzi" e dalla legge "Gelli-Bianco", le quali - com'è noto - qualificano *ex novo* come aquiliana la responsabilità del medico (non legato da un vincolo contrattuale con il paziente) di cui si avvale la struttura sanitaria, in aperto contrasto con il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale che riconduceva tale responsabilità all'art. 1218 c.c. sulla scorta della teoria del c.d. "contatto sociale" (23).

Invero, nella pronuncia n. 28994/2019, pur premettendo che (anche in questo caso) non si pone un problema di "jus superveniens" e di successione di leggi nel tempo, atteso che la novella si limita ad una (semplice) qualificazione giuridica della responsabilità in base a disposizioni (già presenti) nel codice civile, intervenendo in un settore fino a quel momento "regolato" dal c.d. "diritto vivente", frutto di consolidato orientamento giurisprudenziale e dunque connotato da un carattere meramente dichiarativo, la Corte afferma poi, tuttavia, che l'intervento legislativo in parola può spiegare effetti solo per i fatti successivi alla sua entrata in vigore. Ciò in quanto, in caso contrario, si verificherebbe una «palese lesione dell'affidamento di chi ha intrapreso un'azione giudiziaria sulla base di regole sostanziali certe, come quelle della natura "contrattuale" della responsabilità del sanitario - con disrompenti conseguenze sul riparto dell'onere di prova e sulla prescrizione - applicate in base al "diritto vivente"» (24); la Corte conclude pertanto affermando il principio di diritto per cui «le norme sostanziali contenute nella L. n. 189 del 2012, al pari di quelle di cui alla L. n. 24 del 2017, non hanno portata retroattiva, e non possono applicarsi ai fatti avvenuti in epoca precedente alla loro entrata in vigore, a differenza di quelle che, richiamando gli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni private in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi» (25).

Ebbene, se è vero che la novella, qualificando come aquiliana una responsabilità che il "diritto vivente" definiva contrattuale, comporta di fatto un mutamento della disciplina (anche) sostanziale del diritto al risarcimento del danno (ciò che, di per sé, ne rende ragionevole un'applicazione solo *pro*

futuro), ci pare di poter evidenziare come le due decisioni conferiscano portata ben diversa ad una regola pretoria, laddove, come si è visto, nella pronuncia oggetto del presente contributo si afferma (diversamente da quanto avviene in quella da ultimo citata) che un orientamento giurisprudenziale, seppur consolidato, non è di per sé idoneo né a precludere l'applicazione "retroattiva" di una norma sopravvenuta di senso difforme né a fondare un legittimo affidamento del danneggiato circa la sua applicazione nella risoluzione della futura controversia giudiziale.

La divergenza può spiegarsi, tuttavia, anche in considerazione del (diverso) scopo perseguito dalla sentenza n. 28994/2019, nella quale la Corte, dovendo scegliere tra la tutela del sanitario (favorito dall'applicazione retroattiva della disciplina aquiliana) e quella del vittima (favorita dall'applicazione della disciplina contrattuale), ha (questa volta) inteso privilegiare la posizione del danneggiato, che rimarrebbe (davvero) eccessivamente compromessa qualora dovesse acconsentirsi all'improvviso ribaltamento, anche nei giudizi in corso ma attinenti a fatti pregressi, della natura della responsabilità del medico da contrattuale ad aquiliana, attese le rilevanti differenze di disciplina che intercorrono tra i due regimi; pertanto, ci sembra di poter condividere la diversa soluzione a cui i giudici di legittimità pervengono nelle due decisioni, pur muovendo (in parte) dalle medesime premesse (26).

Michela Ferraris

Note

(1) Nello stesso giorno - ma undici anni addietro - venivano depositate le motivazioni delle famose decisioni con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazioni riscrivevano lo statuto del danno non patrimoniale. Il riferimento è a Cass., Sez. Un., sent. 11 novembre 2008, nn. 26972 - 26975, pubblicate in numerosissime riviste tra cui si segnalano, a titolo meramente esemplificativo: *Il civilista*, 2009, pag. 29 e seg.; *Resp. civ. e prev.*, 2009, pag. 38 e seg.; *Danno e resp.*, 2009, pag. 19 e seg. Sulla portata simbolica della data prescelta per la pubblicazione delle dieci sentenze di San Martino 2019 si veda, tra i tanti: D. Amram, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: quale considerazione all'indomani della sentenza di San Martino 2019*, in *Danno e resp.*, 2020, pag. 49, la quale, rilevando il distacco operato dalla Terza Sezione sul fronte del danno non patrimoniale rispetto al *dictum* del 2008, scrive: «Le sentenze di San Martino 2019 esprimono un duplice sentimento, quello di coerenza alla tradizione e quello di provocazione, rispetto all'intervento del formante giurisprudenziale in materia di risarcimento del danno non patrimoniale delle precedenti SS. UU. di San Martino 2008. ... La provocazione appare evidente, la data di deposito non è stata casuale. Il "diluvio", giacché non si tratta di sentenze "gemelle" ma di motivazioni e temi diversificati ... si impone in funzione nomofilattica e in suggerita sostituzione, seppur celata da una reinterpretazione in chiave sistematica, dei principi resi a sezioni unite»; G. Ponzanelli, *Il Restatement dell'11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2020, pag. 5: «il primato della giurisprudenza [nel campo della r.c. sanitaria] raggiunge punte altissime specie perché la data del deposito coincide con la stessa nella quale undici anni prima furono depositate le importanti decisioni delle Sezioni Unite che, ambiziosamente, volevano fissare un nuovo statuto del danno alla persona. Così operando, la Terza Sezione dà un chiaro messaggio su quale San Martino dovrà essere ricordato in futuro. Non solo: la Terza Sezione fissa principi e regole, manifestando grande coesione e capacità di edificare sistemi».

(2) Così G. Ponzanelli, *Il Restatement dell'11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, cit., p. 5.

(3) Cass., sent. 11 novembre 2019, nn. 28985 - 28994, pubblicate - tra le tante - in *La Nuova responsabilità sanitaria, la Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, in *Gli speciali di Giuda al Diritto*, dicembre 2019, pag. 34 e seg. Per alcuni tra i primi commenti organici sulla portata innovativa delle sentenze in parola si veda: P. G. Monateri, *San Martino 2.0. - Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2020, pag. 153 e seg.; P. G. Monateri, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassa-*

zione, in *Danno e resp.*, 2020, pag. 153 e seg.; F. Martini, *Rc sanitaria, il nuovo decalogo sui risarcimenti*, in *Giuda al Diritto*, n. 49, pag. 15 e seg.; M. Hazan, F. Martini, A. Rodolfi, *Il nuovo decalogo di San Martino 2019: la Suprema Corte detta le regole della responsabilità civile sanitaria*, in *www.ridare.it*.

(4) Corte di Appello di Genova, sent. 27 luglio 2016, n. 858, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com*.

(5) Ci riferiamo, in particolare, a Cass., sent. 11 novembre 2019, n. 28986, in *Danno e resp.*, 2020, pag. 27 e seg. Per un'attenta analisi della pronuncia in parola si veda A. Cisterna, *Medici legali in campo per l'accertamento delle lesioni prodotte*, in *La Nuova responsabilità sanitaria, la Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, in *Gli speciali di Giuda al Diritto*, dicembre 2019, pag. 154 e seg.

(6) Tema che è da sempre oggetto di particolare attenzione (anche) da parte della dottrina medico-legale, a cui è stata dedicata un'intera sessione del 43° Congresso Nazionale SIMLA, *Per una nuova coscienza e conoscenza della moderna medicina legale e nella scienza forense*, Verona, 18-20 settembre 2018. Si vedano, da ultimo, gli interventi di E. Turillazzi e L. Papi, *Il danno differenziale: spunti e prospettive*, e la tavola rotonda con F. De Stefano, R. Domenici, R. Giannini, A. Lupi, L. Mastroberro, G. A. Norelli e B. Giudi, in *I dialoghi dell'Osservatorio sul danno alla persona: il danno differenziale*, Pisa, 12 giugno 2019. Per una ricostruzione in prospettiva giuridica si veda L. Nocco, *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010; M. Capocchi, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012.

(7) Ai sensi del quale sono risarcibili solo quelle conseguenze pregiudizievoli che derivino dall'evento lesivo in via diretta o, secondo costante giurisprudenza, (anche) in via indiretta ove oggettivamente prevedibili come effetti "normali" dell'evento secondo il principio di regolarità causale o dell'*id quod perunquam accidit*.

(8) Si rileva, peraltro, che tale ultimo assunto non è totalmente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità: si segnala, in senso contrario, Cass., sent. 16 gennaio 2009, n. 975, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com*, a mente della quale: «qualora la produzione dell'evento dannoso risalga ... alla concomitanza di una azione dell'uomo e di fattori naturali (i quali non siano legati alla prima da un nesso di dipendenza causale) non si può accogliere la soluzione della irrilevanza di tali fattori. A parte il ricordato principio di equità, infatti, ricorrono ragioni logico giuridiche le quali consentono di procedere a una valutazione della diversa efficienza delle varie concause e di escludere che l'autore della condotta umana debba necessariamente sopportarne nella loro integralità le conseguenze dell'evento dannoso»; si vedano invece in senso conforme Cass., sent. 21 luglio 2011, n. 15991, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com* e Cass., sent. 6 maggio 2015, n. 8995, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com* (entrambe peraltro richiamate dalla Suprema Corte nella pronuncia in esame).

(9) Si veda, sul tema, P. G. Monateri, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione*, cit., pag. 159: «Se le coesistenze valgono ai fini della causalità giuridica, e non nell'ambito della causalità materiale, esse non sono di appannaggio del CTU medico-legale, ma dei giuristi».

(10) Come evidenziato da F. Martini, *Rc sanitaria, il nuovo decalogo sui risarcimenti*, cit., pag. 19, la ratio risiede nel fatto che «il risarcimento del danno alla salute ... sia quando è disciplinato dalla legge, sia quando avvenga con i criteri introdotti dalla giurisprudenza, avviene comunque con modalità tali che il quantum debeatur cresce in modo più che proporzionale rispetto alla gravità dei postumi: a invalidità doppie corrispondono perciò risarcimenti più che doppi. Ne consegue che tale principio ne resterebbe vulnerato se, nella stima del danno alla salute patito dalla persona già invalida, si avesse riguardo solo al "delta", ovvero all'incremento del grado percentuale di invalidità permanente ascrivibile alla condotta del responsabile»; in senso analogo anche P. G. Monateri, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione*, cit., pag. 160: «Naturalmente, quando si parla di differenza o scarto tra la sommatoria delle attività possibili ex ante e la sommatoria delle attività possibili ex post non si può "brutalmente" operare una mera sottrazione matematica, giacché, in base al criterio di progressività del risarcimento secondo cui a pregiudizi doppi stanno risarcimenti più che doppi, il quantum debeatur cresce in modo più che proporzionale rispetto alla gravità dei postumi. Le sofferenze progrediscono con intensità non aritmeticamente, ma geometricamente crescente rispetto al crescere dell'invalidità. Per esser chiari: un soggetto invalido al 60% che subisce un danno che lo porta al 70% non subisce una mera lesione risarcibile del 10%. Non si confonda il danno con la mera misura dell'IP. Il giudice dovrà effettuare il calcolo del 70% delle attività perdute e vedere come in concreto queste siano ripetibili tra i fattori dell'illecito e quali ne siano concretamente i risvolti in termini di menomazione: il soggetto monocolo che perde l'altro occhio non subisce la perdita di un occhio, ma diventa cieco! Egli non perde un solo occhio ma l'intero senso della vista, ed è questo che va risarcito».

(11) Questo dunque il punto di arrivo della Suprema Corte, che parrebbe

così attribuire definitiva validità a considerazioni a cui, a ben vedere, era già approdata parte della giurisprudenza di merito. Si veda, in questo senso: Trib. Napoli, sent. 2 novembre 2015, in *www.ridare.it*, 2016, secondo cui il danno micro-permanente subito dal paziente va liquidato «in misura differenziale, ossia sottraendo dal valore tabellare dell'invalidità permanente quello relativo all'invalidità che sarebbe comunque residua anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento»; Corte di Appello di Milano, sentenza 26 ottobre 2016, n. 3985, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com*, per la quale: «dalla CTU effettuata in primo grado, è emerso che la sig.ra (...) già portatrice di un'invalidità del 18% ..., a seguito del sinistro è oggi portatrice di un'invalidità del 33% e, conseguentemente, al sinistro è addebitabile un danno differenziale del 15% Il danno da liquidarsi ... non è quello riferibile al 15% di invalidità permanente ma quello corrispondente alla differenza tra il danno liquidabile sulla base dell'attuale invalidità detratto il danno liquidabile in relazione alla percentuale di invalidità progressiva». Si segnala, peraltro, che il principio è stato ribadito e fatto proprio dalla primissima giurisprudenza di legittimità successiva alla pronuncia in commento: si veda, ad es., Cass., sent. 15 gennaio 2020, n. 514, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com*, la quale afferma che «le menomazioni concorrenti vanno di norma tenute in considerazione: a) stimando in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), e convertendola in denaro; b) stimando in punti percentuali l'invalidità teoricamente preesistente all'illecito, e convertendola in denaro; lo stato di validità anteriore al sinistro dovrà essere però considerato pari al 100% in tutti quei casi in cui le patologie pregresse di cui il danneggiato era portatore non gli impedivano di condurre una vita normale; c) sottraendo l'importo (b) dall'importo (a), partendo ... dal valore (b): esemplificando, rispetto ad una invalidità complessivamente accertata (come nel caso di specie) nella misura del 65%, e ad un corrispondente accertamento di una invalidità progressiva del 45%, il giudice liquiderà un valore monetario pari al 20%, partendo, come base di calcolo, dal valore tabellare corrispondente al 45% (criterio di liquidazione che non gli sarebbe consentito ove il frazionamento avvenisse con riferimento alla causalità materiale, il cui accertamento dovrebbe arrestarsi sulla soglia della relazione eziologica condotta-lesione, con conseguente applicazione della tabella nel range 0-20). Resta imprescindibile il potere-dovere del giudice di ricorrere all'equità correttiva ove la rigida applicazione del calcolo che precede conduca, per effetto della progressività delle tabelle, a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto».

In dottrina, si esprimono in senso favorevole all'impostazione accolta dalla Suprema Corte: D. Amram, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019*, cit., pag. 52; A. Cisterna, *Medici legali in campo per l'accertamento delle lesioni prodotte*, cit., pag. 159; F. Martini, *Rc sanitaria, il nuovo decalogo sui risarcimenti*, cit., pag. 15 e seg.

(12) Per quanto attiene alla storia della disciplina in parola si ricorda che il Codice delle Assicurazioni Private (d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209) stabilisce la costituzione di tabelle distinte per livello di invalidità - a seconda che essa sia superiore o inferiore a 9% - tramite l'art. 138, riguardante il danno biologico per macro-lesioni (invalidità da 10% a 100%), e l'art. 139, concernente il danno biologico per micro-lesioni (invalidità fino al 9%). Tale sistema di valutazione è stato successivamente esteso, come si è detto, al settore della responsabilità medica, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 3, del decreto "Balduzzi" e, ad oggi, dall'art. 7, comma 4, della legge "Gelli-Bianco".

Occorre tuttavia precisare che gli artt. 138 e 139 Cod. Ass. Priv. richiedono l'adozione di un provvedimento attuativo (Tabella Unica Nazionale), recante in concreto i parametri che il giudice dovrà utilizzare nella liquidazione del danno; ebbene, attesa la attuale mancanza del provvedimento attuativo di cui all'art. 138, va rilevato che il problema dell'applicabilità diretta delle tabelle legali ai giudizi pendenti riguarda, allo stato, solo le micro-lesioni di cui all'art. 139. Diversamente, fino all'adozione della fonte normativa richiesta, la liquidazione del danno biologico da macro-lesione seguirà ancora (inevitabilmente) i criteri di formazione giurisprudenziale.

(13) La questione è stata infatti oggetto di annosa querelle giurisprudenziale. In senso contrario all'applicabilità diretta delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 Cod. Ass. Priv. si sono espresse, ad es.: Trib. Livorno, sent. 6 febbraio 2018, in *rivistaresponsabilitamedica.it*; Cass., sent. 13 maggio 2009, n. 11048, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com*; Corte di Appello di Milano, sentenza 29 settembre 2019, n. 4156, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com*; Trib. Livorno, sent. 4 ottobre 2016, n. 1190, in *Redaz. Giuffrè*, 2017, secondo cui «In tema di risarcimento del danno biologico, in applicazione del principio generale di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, i criteri di liquidazione di cui all'art. 3, comma terzo d.l. 158/2012 non possono applicarsi agli eventi anteriori alla entrata in vigore. La pretesa retroattività (non prevista) determinerebbe conseguenze irragionevoli, posto che il diritto al risarcimento del

danno sorge in capo al danneggiato sin dal momento in cui si è verificato l'illecito e, in difetto di diversa (e giustificabile) disciplina, lo scarto temporale tra il sorgere del diritto e la definizione del quantum da risarcire non può che avere carattere di neutralità». Per converso, in senso favorevole alla diretta applicazione dei criteri legali si segnala, da ultimo, Trib. Milano, sent. 31 gennaio 2014, n. 1453, in *Rass. Dir. Fam.*, 2014, 4, pag. 793, secondo cui «L'art. 3, comma 3, l. n. 189 del 2012 ... deve ritenersi applicabile anche ai fatti avvenuti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, trattandosi di normativa che non incide negativamente sull'atto generatore del diritto alla prestazione, ma si limita a fissare nuovi criteri di liquidazione del danno non patrimoniale».

(14) A partire, in particolare, da Cass., sent. 7 giugno 2011, n. 12408 e Cass., sent. 30 giugno 2011, n. 14402, entrambe in *Corr. Giur.*, 2011, c. 1075 e seg., per poi proseguire, tra quelle più recenti, con Cass., sent. 7 settembre 2016, n. 17678, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass., sent. 20 aprile 2017, n. 9950, in *Dir. e Giustizia*, 2017.

Sulla circostanza per cui le "Tabelle milanesi" conducono ad una quantificazione del danno biologico maggiore rispetto a quella che deriva dall'applicazione dei criteri legali di cui al Cod. Ass. Priv., i quali invece comportano un ridimensionamento delle liquidazioni risarcitorie, si veda (in senso critico sull'estensione della loro operatività nell'ambito della responsabilità sanitaria): G. Ponzanelli, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni private alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, pagg. 145 e 149; G. Ponzanelli, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. e impr.*, 2015, pag. 620 e seg.; Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, pag. 378 e seg.; M. Paladini, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, pag. 881 e seg.; P. Ziviz, *A ritroso (prevista l'applicazione retroattiva per le tabelle normative)*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc.1, 2020, pag. 213 e seg.

Si segnala, per converso, che la pronuncia in esame parrebbe voler "smiunire" la distinzione tra i due regimi liquidatori, evidenziando il rapporto di continuità che tra di essi, in ogni caso, intercorrerebbe: si tratta pur sempre di due sistemi di tipo tabellare (il che risponde all'esigenza di garantire, da un lato, l'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto e, dall'altro, l'uniformità di giudizio di fronte a casi analoghi), improntati sugli stessi elementi valutativi quali, in particolare, il grado di invalidità, l'aspettativa di vita, la progressione del valore del punto (in relazione al grado di invalidità) e la riduzione proporzionale in relazione all'aumento dell'età della vittima.

(15) Le quali esigenze risarcitorie sarebbero esplicitate, ad avviso della Corte, dallo stesso comma 1 dell'art. 138 Cod. Ass. Priv., che fa riferimento al «fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori».

In senso critico rispetto alla equiparazione dei settori della responsabilità da incidenti stradali e responsabilità medica si veda: G. Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno resp.*, 2016, pag. 819, che osserva: «chiara l'intento di limitare la responsabilità risarcitoria del medico, ma dubbia appare la sua giustificazione: r.c. auto e r.c. medica paiono infatti settori davvero poco omogenei e troppo distanti reciprocamente. Non solo: nella r.c. auto vige un sistema assicurativo bilaterale che invece non è previsto nel sistema di r.c. medica»; P. Ziviz, cit., pag. 213, che riferisce delle «significative differenze che intercorrono tra i due settori. In primo luogo, si tratta di rilevare che la circolazione stradale è fenomeno che non risulta deputato a toccare l'integrità psico-fisica dei soggetti che vi partecipano, se non nella malaugurata ipotesi in cui si verifichi un sinistro alla persona; diversamente, l'attività sanitaria coinvolge, per definizione, la salute del soggetto interessato; ... A differire sono, infine, le dinamiche economiche sottostanti ai due campi, considerato che chi partecipa alla circolazione stradale può rivestire, in linea teorica, sia il ruolo di danneggiato che di danneggiante, e quindi godere sul piano economico del contenimento dei premi; cosa che non accade mai nell'area sanitaria, ove il paziente subisce esclusivamente le limitazioni risarcitorie, mentre la riduzione dei costi va a favore degli esercenti la professione sanitaria e delle strutture sanitarie».

(16) La legge "Gelli-Bianco", invero, ha esteso all'ambito sanitario non solo il regime assicurativo obbligatorio per medico e struttura (ex art. 10) ma anche la possibilità per il danneggiato di esercitare l'azione risarcitoria direttamente nei confronti dell'impresa assicuratrice (ex art. 12).

(17) Così si esprime la Corte nella sentenza in commento, punto 3.3 del considerato in diritto, in evidente richiamo del principio affermato da Corte Cost., sent. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Foro it.*, 2014, c. 3354, con nota di Coucci, *La quantificazione del danno biologico per lesione di lieve entità: un dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia*, che, affrontando il tema della legittimità costituzionale dell'art. 139 del Cod. Ass. Priv. con riferi-

mento al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona, ha ritenuto ragionevole l'introduzione normativa di siffatto meccanismo tabellare, atteso che «in un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata ... l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile sostenibile di premi assicurativi». Vale la pena evidenziare, peraltro, che con la pronuncia de qua la Corte Cost., al punto 3.1 della motivazione, si era già espressa in senso favorevole all'applicazione retroattiva (nell'ambito dell'r.c.a.) delle tabelle di cui al Cod. Ass. Priv., affermando che dette tabelle, «in quanto non attinenti alla consistenza del diritto al risarcimento del delle lesioni in questione, bensì solo al momento successivo del suo accertamento in concreto, si applicano, conseguentemente, ai giudizi in corso (ancorché relativi a sinistri verificatisi in data anteriore alla loro entrata in vigore)».

Si veda, sulla pronuncia da ultimo citata: C. Scognamiglio, *Il danno da micro permanenti: la giurisprudenza della Corte costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio della irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pag. 1834; G. Ponzanelli, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Bussani, ESI, 2006, pag. 67 e seg.

(18) Sulla portata del divieto di irretroattività della legge, in senso conforme al principio enunciato dalla Suprema Corte nella pronuncia in esame si veda, una per tutte, Cass., sent. 2 agosto 2016, n. 16039, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com.

(19) Norme che, invero, attribuiscono al giudice il potere di determinare, in via equitativa, l'importo del risarcimento del danno per la lesione di un interesse di natura non patrimoniale, quale è quello biologico. Si veda, sul tema, S. Soraci, *I limiti di risarcibilità del danno alla salute da attività sanitaria: perimetro legale e percorsi ermeneutici*, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, pagg. 306 e 307: «la liquidazione del risarcimento del danno non patrimoniale alla salute - posto che non esistono elementi che consentano di determinare in maniera sicura ed indiscutibile il "valore biologico" dell'uomo - non può effettuarsi che in via equitativa, ai sensi degli artt. 2056 e 1226 cod. civ. Il criterio equitativo, a sua volta, può operare in modo per così dire "puro", basandosi cioè esclusivamente sulle circostanze oggettive e soggettive del caso concreto; oppure può essere riferito ad un parametro di calcolo che orienti l'aequitas giudiziale, rappresentato in questo caso proprio dalle tabelle liquidative, elaborate al fine di assicurare omogeneità di trattamento nei casi simili e coerenza del procedimento logico seguito dal giudice nella motivazione del quantum risarcitorio».

(20) Questo il (secondo) punto di arrivo della pronuncia in esame. Vale la pena evidenziare, a nostro avviso, come il principio espresso dalla Suprema Corte, da un lato, abbia trovato grande consenso nella prima e successiva giurisprudenza che si è pronunciata sul tema ma, dall'altro, abbia destato non poche perplessità in ambito dottrinale. A conferma del *dictum* della decisione in parola, si vedano: Cass., sent. 21 gennaio 2020, n. 1157 in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com; Cass., sent. 10 dicembre 2019, n. 32125, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com; Trib. Reggio Emilia, sent. 19 febbraio 2020, n. 293, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com, secondo cui «Trattandosi ... di lesioni micro permanenti, secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione occorre applicare l'art. 139 del Codice delle Assicurazioni, cui rinvia l'articolo 7 comma 4 della legge n. 24/2017, cd. Gelli-Bianco, che conferma quanto già previsto dall'articolo 3 comma 3 della L. n. 189/2012, cd. Legge Balduzzi: infatti, la disposizione in parola si applica a tutti i processi in corso indipendentemente dal momento della verifica del danno, in quanto la norma, non incidendo retroattivamente sugli elementi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche preconstituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno (Cass., n. 28990/2019)»; Trib. Milano, sent. 26 novembre 2019, n. 10873, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com.

Tuttavia, come si è detto, la dottrina non si esprime in senso (altrettanto) favorevole: si veda, ad es., F. Martini, *Sul regime transitorio passa la linea favorevole alla vittima*, in *La Nuova responsabilità sanitaria, la Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, in *Gli speciali di Guida al Diritto*, dicembre 2019, pagg. 136 e 137: «la decisione ci pare non tener conto della disposizione normativa di cui alla legge 4 agosto 2017 n. 124 per la quale "la tabella unica nazionale predisposta con il decreto del Presidente della Repubblica di cui all'art. 138 comma 1 del Cod. Ass. Private ... si applica ai sinistri e agli eventi verificatisi successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo DPR". Ben vero che la norma appena riferita attiene al contesto specifico della Rc auto, ma ci pare che la detta disposizione avrebbe dovuto essere tenuta in debito conto, come forma di interpretazione autentica nonché come fonte ispiratrice

della volontà di disciplinare del legislatore. Ciò non senza rilevare che, in questa maniera, senza cioè un criterio di raccordo temporale tra il prima e il dopo del dettato normativo, si verrebbe a creare una realtà quanto meno distonica, caratterizzata da un sistema risarcitorio che, di fatto, regolerebbe lo stesso identico danno in tre modi diversi, a seconda che lo stesso abbia avuto origine in un sinistro stradale prima dell'emanazione del Dpr, dopo lo stesso, ovvero che la stessa identica menomazione sia stata originata da un errore clinico. ... La posizione assunta dalla Corte in questa decisione, dunque, appare ancora non scevra di censure ... e non si ritiene che il pronunciamento in analisi (che appare il più criticabile fra i dieci provvedimenti) abbia dato un'indicazione del tutto solutoria e "pacificatrice" del contrasto interpretativo in essere»; P. Ziviz, cit., pag. 215: «Un'idea volta a sostenere che il profilo della determinazione monetaria del danno risulta estraneo alla fattispecie dell'illecito non può essere per alcun verso condivisa. Il risarcimento rappresenta, infatti, l'effetto della responsabilità: è solo al fine di garantire l'applicazione di tale rimedio che ha luogo l'accertamento della stessa in capo al danneggiante. L'effetto risarcitorio è condizionato non solo dai criteri individuati al fine di stabilire l'entità del danno (quali, ad esempio, la determinazione del grado di invalidità), ma anche - qualora sia in gioco un danno non patrimoniale - dai metodi adottati per la conversione in denaro di tale entità. Sotto questo aspetto, è noto come l'indicazione della S.C. propenda per un esercizio del potere equitativo del giudice volto a prendere a riferimento le tabelle di Milano. Ora, se il sistema tabellare giurisprudenziale viene ritoccato in senso limitativo dal legislatore, ciò si traduce necessariamente in una compressione di una situazione giuridica già acquisita dal soggetto. ... Una volta chiarito che, attraverso l'introduzione della tabella normativa, non si è fatto luogo a un semplice aggiornamento del metodo di conversione in denaro del danno non patrimoniale derivante dalla lesione alla salute, ma si è messa bensì in atto un'operazione di limitazione del risarcimento, risultano del tutto incongruenti i numerosi richiami - effettuati dalla S.C. - ai precedenti di legittimità in cui si afferma che, laddove il giudice debba procedere alla liquidazione del danno non patrimoniale alla salute, dovrà dare applicazione alle tabelle più aggiornate. In questi ultimi casi, si tratta di fare riferimento a un semplice adeguamento tecnico, posto che i valori tabellari non vengono cristallizzati al momento dell'introduzione della domanda, essendo il giudice tenuto all'applicazione dei criteri più aggiornati in materia di conversione in denaro. Ben diversa è la situazione riguardante la tabella di cui all'art. 139 cod. ass., la quale non è stata emanata per esprimere in maniera più idonea l'adeguatezza della conversione patrimoniale del danno da invalidità psico-fisica, bensì con un dichiarato intento di compressione risarcitoria nei confronti della vittima»; M. Bona, Parametri intermedi tra tabelle milanesi e tabelle romane per il danno dei congiunti? in www.ridare.it, secondo cui la Suprema Corte «nel dichiarare retroattivi gli artt. 138 e 139 cod. ass., in ambito di r.c. medico-sanitaria, ha di fatto privato, del tutto infondatamente, le "tabelle milanesi" di quel valore "paranormativo" (o di soft law) attribuito a queste dalla Suprema Corte a partire dal 2011, laddove per l'appunto aveva sostanzialmente l'equità, di cui all'art. 1226 c.c., con i valori monetari recati dagli stessi».

(21) Invero, secondo la giurisprudenza costituzionale il principio del "legittimo affidamento", quale principio connaturato dello Stato di diritto, costituisce uno dei principali limiti all'efficacia retroattiva delle leggi: C. Cost., sent. 12 aprile 2017, n. 73, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com.

(22) In senso conforme: Cass., 5 luglio 2019, n. 18056, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com.

(23) Giova peraltro segnalare (pur senza addentrarci nella relativa querelle, evulando il tema dalla nostra trattazione) che la dominante giurisprudenza di legittimità nega la bontà dell'interpretazione per cui (già) l'art. 3 del decreto "Balduzzi" avrebbe introdotto una nuova qualifica-

zione della responsabilità del medico, affermando piuttosto che ciò sia avvenuto solo in forza dell'art. 7 della legge "Gelli-Bianco". L'assunto viene peraltro confermato dalla Suprema Corte nella pronuncia in parola, laddove si afferma che «deve ... ribadirsi che secondo la lettura data da questa Corte alla L. n. 189 del 2012, articolo 3, comma 1, nelle sue prime applicazioni ai giudizi in corso, la norma si limita ad escludere la rilevanza della colpa lieve ma non configura la responsabilità del sanitario quale extracontrattuale (Cass. n. 08940 del 17/04/2014). La L. n. 189 del 2012, articolo 3 in concreto, non specificava la natura della responsabilità medica, ma si limitava a stabilire che, se il medico evita la condanna penale quando sia in colpa lieve, per lui "resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c." e l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c. non è che l'obbligo di risarcire il danno. La L. n. 189 del 2012, articolo 3 nel richiamare l'articolo 2043 c.c. non applicava al medico lo statuto della responsabilità civile aquiliana, ma lo richiamava solo per definire in modo indiretto l'oggetto dell'obbligazione».

Si evidenzia, tuttavia, come il principio di diritto enunciato dai giudici di legittimità nella decisione *de qua* faccia riferimento alla retroattività delle norme sostanziali, che qualificano come aquiliana la responsabilità del medico, non solo della legge "Gelli-Bianco" ma anche del decreto "Balduzzi".

(24) Così Cass., 11 novembre 2019, n. 28994, in *La Nuova responsabilità sanitaria, la Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, cit., pag. 129 e seg., al punto 24 della motivazione.

(25) Così Cass., 11 novembre 2019, n. 28994, in *La Nuova responsabilità sanitaria, la Cassazione cambia le regole dei risarcimenti*, cit., pag. 129 e seg., al punto 25 della motivazione.

(26) In senso critico sul tema si esprime Ziviz, cit., pag. 215 la quale, in commento alla pronuncia n. 28990/2019, afferma che «A venire in gioco è, dunque, una situazione analoga a quella presa in esame da altra sentenza della decade di San Martino: pronuncia, questa, dove la Cassazione sancisce l'irretroattività delle norme (contenute nella legge Balduzzi e nella legge Gelli) volte ad affermare una nuova qualificazione della responsabilità del medico rispetto a quella propugnata dalla giurisprudenza. Anche in quest'ultimo caso, la Cassazione sottolinea che non ci si trova davanti a una successione di leggi nel tempo, essendo rimasta immutata la disciplina di riferimento prevista dal codice civile: ciò che ha luogo - tramite l'intervento normativo - è una qualificazione da parte del legislatore di una classe di fatti e la loro sussunzione in una fattispecie legale già presente nell'ordinamento. In quella pronuncia - nell'interrogarsi sul rapporto che intercorre tra la qualificazione del rapporto operata in sede legislativa e il potere qualificatorio spettante al giudice - la S.C. afferma che un'applicazione retroattiva dell'indicazione legislativa violerebbe le funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, venendo a incidere in maniera inammissibile sui singoli processi in corso e determinando, di conseguenza, la lesione dell'affidamento di coloro che hanno intrapreso un'azione giudiziaria sulla base delle regole applicate dal diritto vivente. A conferma di tale conclusione, i giudici di legittimità osservano che l'attivazione in via retroattiva della nuova qualificazione manifesterebbe un'incidenza diversificata a seconda della fase e del grado dei singoli processi, in base alla formazione o meno di preclusioni allegatorie e del giudicato interno. Si tratta di considerazioni - del tutto condivisibili - che si pongono in rotta di collisione con le affermazioni formulate nella sentenza in commento: la quale sostiene che "non può configurarsi una ingiustificata disparità di trattamento tra giudizi oramai conclusi e giudizi pendenti, atteso che proprio e soltanto la definizione del giudizio - e la formazione del giudicato - preclude una modifica retroattiva della regola giudiziale a tutela della autonomia della funzione giudiziaria e del riparto delle attribuzioni al potere legislativo e al potere giudiziario».

Massimario

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 14 gennaio 2020, n. 58 - Giudice Unico Lippi.

APPALTO - rovina e difetti dell'opera - presupposti per l'applicabilità dell'art. 1669 c.c. - denuncia entro un anno della scoperta - decadenza - effettiva conoscenza - necessità.

(Art. 1669 c.c.)

APPALTO - vizi dell'opera - concorrenti inadempimenti del progettista o del direttore dei lavori - responsabilità solidale nei confronti del committente - prova liberatoria.

(Artt. 1176 c.c. e 1669 c.c.)

In tema di contratto di appalto, il termine annuale per la denuncia dei gravi difetti dell'opera, previsto dall'art. 1669 c.c. a pena di decadenza dell'azione di responsabilità nei confronti dell'appaltatore, decorre non dal momento della materiale percezione del vizio bensì da quello (anche di molto posteriore al primo) in cui il committente abbia raggiunto piena conoscenza dell'oggettiva gravità dei difetti, della loro natura e della loro derivazione causale; con la precisazione per cui la denuncia in parola, non essendo soggetta ad alcuno specifico requisito di forma, può ritenersi validamente e tempestivamente effettuata anche attraverso un atto stragiudiziale, una lettera, oralmente o, ancora, anche se direttamente contenuta nello stesso atto di citazione notificato all'appaltatore.

Tramite la conclusione del contratto di appalto, l'appaltatore assume nei confronti del committente l'obbligo di eseguire l'opera a regola d'arte, secondo il canone di diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., assicurando altresì che la stessa sia esente da vizi e sia rispondente al risultato tecnico atteso dall'appaltante. Ne discende che l'eventuale riconducibilità dei difetti dell'opera ad erronee istruzioni del direttore dei lavori o ad erronee previsioni del progetto predisposto da terzi non è di per sé sufficiente ad escludere la (solidale) responsabilità dell'appaltatore, che sussiste tanto per il caso in quest'ultimo non si sia accorto del vizio (dovendo e potendo conoscerlo in forza della perizia e capacità esigibili nella fattispecie) quanto per il caso in cui, pur avendolo rilevato, non lo abbia tempestivamente denunciato al committente. Per converso, l'appaltatore andrà esente da responsabilità qualora l'appaltante, sebbene reso edotto degli errori, abbia egualmente richiesto di dare esecuzione al progetto o abbia ribadito le relative indicazioni, riducendo così l'appaltatore a proprio mero nudus minister, in quanto tale privo di possibilità di iniziativa o vaglio critico.

M.I.F.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 27 dicembre 2019, n. 3042 - Giudice Unico Pellegrini.

AVVOCATO - responsabilità professionale - presupposti - limiti - cliente danneggiato - onere della prova.

(Artt. 1176, 1218 e 2229 e ss. c.c.)

Il cliente asseritamente danneggiato che proponga domanda giudiziale per l'accertamento della responsabilità professionale dell'avvocato è tenuto a dimostrare non solo la condotta negligente del professionista ma anche il danno subito e il nesso causale tra i due. Pertanto, l'accertamento della violazione del dovere di diligenza da parte del di-

fensore (seppur integrante inadempimento del contratto d'opera) non è di per sé sufficiente per dichiararne la responsabilità, dovendo altresì emergere, da un lato, sulla scorta di un giudizio prognostico ex ante, che una diversa (ed accorta) condotta processuale avrebbe con buona probabilità consentito di raggiungere (anche solo parzialmente) il risultato finale sperato dall'assistito e, dall'altro, che dalla condotta negligente del professionista siano derivate in capo al cliente concrete ed effettive conseguenze pregiudizievoli, il cui ristoro possa così essere oggetto dell'obbligazione risarcitoria gravante sull'avvocato inadempiente.

M.I.F.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 20 gennaio 2020, n. 104 - Giudice Unico Pellegrini.

AVVOCATO - responsabilità professionale - violazione del dovere di diligenza qualificata - esclusione nel caso di specie.

(Artt. 1218, 1776 e 2229 e ss. c.c.)

AVVOCATO - responsabilità professionale - condotta omissiva - onere della prova - nesso di causalità tra condotta e danno - criterio della preponderanza dell'evidenza - accertamento del probabile esito favorevole - esclusione nel caso di specie.

(Artt. 1218, 1776 e 2229 ss. c.c.)

L'obbligazione contratta nell'ambito di un'attività professionale, qual è quella svolta dall'avvocato, ha per oggetto esclusivamente lo svolgimento diligente ed accurato dell'attività medesima e non anche il conseguimento del risultato utile atteso dal cliente. Pertanto, sia nel caso di condotte commissive sia nel caso di condotte omissive, l'inadempimento del professionista risulta integrato non dal mancato raggiungimento di tale risultato, bensì dalla violazione del dovere di diligenza qualificata, adeguata alla natura dell'attività svolta e superiore a quella (del buon padre di famiglia) richiesta ad una persona comune, a cui il prestatore d'opera è tenuto sulla scorta del combinato disposto degli artt. 2229 e 1176, comma 2, c.c.

L'azione di responsabilità professionale, quand'anche esperita nei confronti dell'avvocato, soggiace alla generale disciplina dettata dall'art. 1218 c.c., in forza del quale compete al cliente-creditore la prova dell'esistenza del rapporto contrattuale, del danno subito e della relazione eziologica tra la condotta (commissiva od omissiva) del debitore e l'evento dannoso; con la precisazione, per quanto attiene a tale ultimo aspetto, che è onere del cliente dimostrare, quale causa del danno, l'inadeguata o negligente condotta del prestatore d'opera, da considerarsi alla stregua di difettoso adempimento della prestazione professionale.

In particolare, nel caso in cui venga dedotto l'omesso svolgimento, da parte dell'avvocato, di un'attività potenzialmente idonea a procurare un vantaggio all'assistito, l'accertamento del nesso eziologico, fondato sul (noto) criterio della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non", va condotto mediante un giudizio ex ante, probabilistico e controfattuale, volto a valutare se la diligente esecuzione dell'azione omessa avrebbe consentito al cliente di ottenere, con ragionevole probabilità, l'atteso esito favorevole; diversamente, qualora il creditore manchi di fornire la prova del nesso causale tra omissione e danno nei termini che prece-

dono, la domanda risarcitoria non potrà trovare accoglimento (nel caso di specie, il Tribunale di Genova ha escluso la responsabilità del difensore che, nell'ambito di un procedimento per ingiunzione, ometteva di coltivare l'azione di opposizione al decreto ingiuntivo, fondando l'assunto sul rilievo per cui l'eventuale esecuzione dell'azione omessa non avrebbe in ogni caso consentito al cliente di ottenere il risultato atteso - vale a dire la revoca del provvedimento -, dovendosi ritenere, alla luce di un'accurata analisi della tesi giuridica sottesa e sulla scorta di un giudizio prognostico e probabilistico, che l'opposizione non avrebbe trovato accoglimento nell'ambito del giudizio monitorio).

MI.F

Tribunale di Genova, sez. IV lav., 27 giugno 2020, n. 2573 - Giudice Unico Bossi - F.P. (Avv.ti Biolé e Migliorini) c. I. (Avv.ti Consorte e Astegiano).

LAVORO - infortunio in itinere - abitazione - nozione.

(Art. 2, co. 3, D.P.R. n. 1124/1965)

Il dato testuale, la ratio ed un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2, comma 3, D.P.R. n. 1124/1965, secondo cui "[...] l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro [...]" impongono di ricomprendere nel concetto di abitazione anche il luogo in cui il lavoratore vive abitualmente, anche se solo per alcuni giorni della settimana, non ostandovi la circostanza che il lavoratore utilizzi abitualmente due diverse abitazioni in cui conduca la propria vita e svolga la propria personalità (nella specie, il lavoratore aveva subito l'infortunio nel tragitto tra il luogo di lavoro ed il luogo di residenza della fidanzata, ove abitava con quest'ultima dal venerdì alla domenica da 15 anni). (1)

Secondo il disposto dell'art. 2, comma 3, del DPR 1124/1965 salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro.... L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato". (2)

(1-2) Il dato testuale della norma in esame (ovvero l'utilizzo da parte del legislatore dell'ampio e generico termine "abitazione", senza alcuna precisazione qualitativa o quantitativa, e non già delle nozioni più restrittive di "residenza" o di "domicilio", che trovano precisa definizione nella legge e sono necessariamente connotate dal carattere dell'unicità), la stessa ratio della disposizione (che è quella di assicurare copertura assicurativa al lavoratore che subisce un infortunio che non avrebbe subito qualora non avesse lavorato, configurandosi infatti, secondo il Legislatore, anche nel percorso luogo di lavoro - abitazione e viceversa, la (particolare) "occasione di lavoro" di cui al c.1 dell'art. 2 del dpr 1124/1965) ed un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa (artt. 3 e 38 Cost.), impongono di ricomprendere nel concetto di abitazione anche il luogo in cui il lavoratore - come nella specie - viveva abitualmente, anche se solo per alcuni giorni della settimana. Il concetto di abitazione non è connotato dal requisito dell'unicità; nessuna norma esclude che il cittadino e/o il lavoratore possa utilizzare abitualmente due diverse abitazioni in cui conduce, con la compagna, la propria vita e svolge la propria personalità. Tale soluzione interpretativa trova conforto nell'insegnamento della stessa giurisprudenza della S.C. che, in applicazione dei principi costituzionali di ragionevolezza e tutela dei lavoratori sul lavoro, ha riconosciuto la natura di infortunio in itinere al sinistro stradale occorso ad un lavoratore durante il percorso dalla residenza della famiglia al luogo di lavoro: "Per luogo di abitazione non si può intendere soltanto quello di personale di-

mora del lavoratore, ma soprattutto il luogo in cui si svolge la personalità dell'individuo, di norma, nell'ambito della comunità familiare. (...). Si tratta di una definizione della fattispecie del c.d. infortunio in itinere che va senz'altro condivisa perché maggiormente rispettosa dei canoni costituzionali della ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della protezione dei lavoratori in casi di infortunio (art. 38, comma secondo, Cost.)" (Cass. 14508/2000). Del resto, l'uso del mezzo privato, attesa l'ora tarda di notte della fine del turno, sarebbe stato parimenti necessitato anche qualora il ricorrente fosse rientrato presso l'abitazione di Prà (l'INAIL nulla ha dedotto in senso contrario); la distanza dal luogo di lavoro della seconda abitazione non è peraltro irragionevole, sicché non può parlarsi di rischio elettivo.

A.B.

Tribunale di Genova, Ufficio Esecuzioni, decr. 23 ottobre 2019 - Giudice Unico Lucca.

PROCEDIMENTO civile - rilascio immobile - rifissazione dello sfratto - applicabilità - esclusione.

(Art. 6, co. 4, L. 431/1998)

L'istituto processuale previsto all'art. 6 comma 4 della legge 438 del 1998, cioè della rifissazione della data del rilascio al giudice, non è più applicabile, in quanto lo stesso è stato dal legislatore - quanto meno dall'art. 22 ter del d. L. 31.12.2007 n. 248 come aggiunto dalla legge di conversione 28 febbraio 2008 n. 31 - connotato come un "istituto a tempo": temporaneità legata alle esigenze economiche in cui versava il Paese che usciva dalla grave situazione di carenze abitative precedente e dal regime vincolistico. Tale istituto processuale, una volta cessato il regime ad esso correlato della sospensione degli sfratti, ha visto scadere il termine di vigenza, senza ulteriori proroghe dopo il 2015. Dal testo di legge emerge chiaramente che il quinto comma disciplina soltanto la possibilità di una più lontana rifissazione dello sfratto per il caso di condizioni soggettive particolarmente svantaggiate. E', quindi, evidente che dopo la perdita di efficacia dell'istituto di cui al quarto comma, anche tale norma non sia più in vigore, in quanto non stabiliva un istituto processuale autonomo.

CE.BRU.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 27 gennaio 2020, n. 111 - Pres. Alparone - Rel. Albino.

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità della p.a. - cose in custodia - sinistro stradale - macchia d'olio - onere della prova - esclusione.

(Artt. 2043 e 2051 c.c.)

In tema di danni provocati da un sinistro stradale asseritamente causato dalla presenza di una macchia d'olio sulla sede viabile, è onere del danneggiato che agisce ai sensi dell'art. 2051 c.c. (e/o dell'art. 2043 c.c.) nei confronti dell'ente gestore della pubblica via fornire la prova rigorosa della preesistenza dell'insidia sul manto stradale, nonché della riconducibilità causale della perdita di controllo del mezzo alla presenza della sostanza oleosa anziché alla propria condotta di guida (nella specie, la Corte di Appello di Genova, a conferma della pronuncia resa dal giudice di prime cure, ha escluso la responsabilità dell'ente comunale per l'incidente verificatosi nell'ambito di una strada cittadina, in tesi attorea da ricondursi alla presenza di una macchia d'olio sulla sede viabile, attesa la mancanza - all'esito dell'istruttoria svolta nel primo grado di giudizio - di elementi comporvanti la preesistenza della sostanza oleosa, la quale per converso è risultata smentita tanto dai rilievi tecnici quanto dalle dichiarazioni testimoniali dei soggetti intervenuti nell'immediatezza del sinistro).

MI.F.

Documenti

Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria

Paolo Biavati

Ordinario nell'Università di Bologna

Sommario: 1. *Il processo civile e la normazione di emergenza.* - 2. *L'esperienza del periodo emergenziale.* - 3. *Nuove forme di udienza e diritto di difesa.* - 4. *Protocolli locali e unità della giurisdizione.* - 5. *Le prospettive: qualche prima anticipazione normativa.* - 6. *Una riflessione sul ruolo della Cassazione.* - 7. *Brevi annotazioni conclusive.*

1. Il processo civile e la normazione di emergenza.

Riflettere sulle conseguenze della pandemia legata alla diffusione del Covid 19 è un compito difficile e non soltanto per i giuristi. Da un lato, si corre il rischio di pensare che non si tornerà più alla situazione precedente e che nuovi scenari si apriranno in ogni settore della società, mentre è chiaro che consuetudini e rapporti sociali consolidati non verranno spazzati via in modo così semplice, ma tenderanno a riprodursi e a ripetersi. Dall'altro, si può cadere nell'eccesso opposto e pensare all'emergenza che abbiamo vissuto (e che, mentre scrivo, non è certo definitivamente archiviata) come ad una spiacevole parentesi, che resterà nel mondo dei ricordi. In realtà, a mio avviso, senza cadere nell'illusione di un'improbabile palingenesi, occorre prendere atto che non potremo non assorbire molti elementi di novità, emersi nei mesi trascorsi. Occorre quindi confrontarsi con questi elementi, senza pensare a priori che il vecchio era meglio del nuovo, o che il nuovo è sempre meglio del vecchio, ma cercando di orientarci a valorizzare ciò che di positivo si sta proponendo.

Ometto qui un'analitica ricostruzione (peraltro, tuttora in progress) delle norme emergenziali e rimando in particolare ai commenti, chiari e puntuali, che Franco De Stefano ha costantemente offerto ai lettori di Giustizia insieme. Mi limito ad una rapidissima citazione di quelle principali: l'art. 2, comma 2°, lett. h) del d.l. n. 11 del giorno 8 marzo 2020, abrogato perché superato; l'art. 83 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, convertito in legge con la l. n. 27 del 24 aprile 2020, modificato dal d.l. n. 28 del 30 aprile 2020, convertito in legge con la l. n. 70 del 25 giugno 2020; l'art. 36 del d.l. n. 23 del giorno 8 aprile 2020, convertito in legge con la l. n. 40 del 5 giugno 2020. Ulteriori novità sembra vengano dalla legge di conversione del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020, vale a dire il c.d. decreto rilancio.

Non mi soffermo, in specie, sul tema della sospensione dei termini processuali ovvero delle relative eccezioni, mentre vorrei dedicare qualche annotazione alle modalità provvisorie di svolgimento delle udienze civili, anche sulla base dell'esperienza maturata sul campo.

2. L'esperienza del periodo emergenziale.

Come è ben noto, in concreto, le modalità previste sono due. Entrambe tengono conto, in modo primario, dell'esigenza di distanziamento sociale, che tuttora costituisce uno degli elementi cardine nell'impegno per contenere gli effetti negativi della pandemia e che ha raggiunto il suo apice nelle settimane di chiusura del Paese (1).

La prima è quella che prevede lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti (e quindi, la maggior parte di esse) mediante lo scambio e il deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice (art. 83, comma 7°, lett. h), d.l. n. 18/20).

La seconda è quella che, invece, prevede lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza – così la norma – deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità del collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà; di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale (art. 83, comma 7°, lett. f), d.l. n. 18/20). Mi pare preferibile chiamare le prime "udienze telematiche", dato che la modalità telematica per il deposito delle note scritte è obbligatoria e totalmente sostitutiva della presenza in aula dei difensori: circola peraltro anche la denominazione di "udienze cartolari", che allude al modo necessariamente scritto della trattazione. Per le seconde è invalso chiamarle "udienze da remoto".

Le settimane di applicazione delle disposizioni emergenziali hanno messo in luce vantaggi e svantaggi delle soluzioni prescelte e hanno aperto il dibattito, non tanto sulla loro legittimità, anche costituzionale (anche perché l'eccezionalità della situazione impone un atteggiamento costruttivo, che apprezza tutto ciò che si poteva fare per non bloccare interamente la giustizia civile, sia pure pagando qualche prezzo), ma soprattutto sulla loro idoneità a sopravvivere alla fase della pandemia e a rimanere come possibili modelli, alternativi o perfino esclusivi, dell'udienza civile dopo il ritorno alla normalità. Prima di affrontare questo tema, è forse utile sottolineare qualche profilo problematico delle forme di udienza governate dalla disciplina dettata nel periodo dell'emergenza.

Ora, mentre le udienze da remoto hanno trovato spazio limitato, molto più frequente è stato l'impiego delle udienze telematiche (o cartolari, che dir si voglia). Al riguardo, segnalo, in primo luogo, che un ruolo decisivo è assunto dal provvedimento che le dispone. Infatti, l'atto dell'organo giurisdizionale disegna il perimetro della trattazione a distanza, talora restringendolo rispetto a ciò che il precedente provvedimento di fissazione dell'udienza in presenza avrebbe permesso alle parti di fare.

Ancora, il provvedimento relativo alla trattazione a distanza incide, sia pure di solito in modo leggero, sulle modalità e sui tempi di difesa delle parti. Viene specificato, in base a ciò che le linee guida e i protocolli locali prevedono, il termine anteriore alla data di udienza entro il quale le note scritte devono essere depositate: ne segue che una semplice istanza orale, che il giudice avrebbe raccolto a verbale, è sostituita da un atto scritto, da preparare con un certo anticipo. Dato che la sinteticità è un obiettivo ancora difficile da raggiungere, non di rado le note appesantiscono il materiale di causa e com-

plicano (ripeto: in modo leggero) l'impegno dei difensori. Naturalmente, si è posto il tema di stabilire, se i termini fissati per il deposito siano perentori o no. A mente dell'art. 152 c.p.c., occorre trovare la disposizione di legge che affida al giudice il potere di renderli tali. A me pare che, allo stato, una disposizione diretta non ci sia e che questa facoltà venga esercitata in base ad una catena di norme: da quella (art. 83, comma 6°, del d.l. n. 18) che affida ai capi degli uffici l'adozione delle opportune misure organizzative per contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica sullo svolgimento dell'attività giudiziaria (fra cui quelle del comma 7° della norma e, pertanto, le udienze telematiche), alle disposizioni che si riscontrano nei protocolli concordati con i Consigli degli ordini forensi. Troppo poco, a mio parere, perché se ne possa dedurre la perentorietà del termine.

Ciò non significa, però, che il rispetto del termine sia ininfluente. Infatti, la mancata presentazione delle note equivale, nella normazione emergenziale come governata dai protocolli, a mancata comparizione: se nessuna delle parti scrive, si applicano gli artt. 181 e 309 c.p.c. Questa equiparazione è discutibile, perché si può cogliere una (per quanto lieve) differenza fra la mancata comparizione fisica e il mancato deposito di note, contenenti istanze e conclusioni: infatti, si potrebbe dare il caso (pensiamo ad un interveniente adesivo dipendente o a un chiamato iussu iudicis, contro il quale nessuna altra parte abbia preso conclusioni) di una parte processuale che intende essere presente all'udienza, ma non ha istanze da proporre: vuole esserci e basta. Questa parte sarebbe comunque tenuta a depositare note, pur non volendo assumere alcuna iniziativa processuale.

Ne segue, in ogni caso, che questa equiparazione finisce per consentire al giudice di decidere, avendo letto solo le note depositate entro il termine fissato. In qualche modo, l'avvocato che non deposita nel termine è equiparato a quello che arriva in udienza a verbale già chiuso. Quindi, non decadenza per mancato rispetto di un termine perentorio, ma semmai preclusione e inefficacia pratica di un'attività compiuta quando la fase processuale a cui essa inerisce si è già consumata.

Del resto, vi sarebbero non pochi inconvenienti se si attribuisse al termine una valenza meramente esortativa. Il principale è quello dell'equilibrio e del contraddittorio fra le parti. Già di per sé uno dei limiti dell'udienza telematica consiste nell'eliminazione della facoltà di replica, invece possibile durante la trattazione in presenza. Occorre ricordare che il contraddittorio non consiste solo nell'imporre al giudice di sentire tutte le campane (*audiatur et altera pars*, secondo gli antichi), ma comporta anche la possibilità, per ogni parte, di contrastare ciò che è affermato dall'altra. Se, poi, a questa diminuzione delle facoltà difensive si aggiunge il rischio che una parte possa scrivere le sue note dopo avere letto quelle dell'altra, senza incorrere in alcuna decadenza, lo squilibrio si aggrava. E' poi evidente che chi non presentasse le note per causa non imputabile avrebbe diritto a beneficiare della rimessione in termini: né più né meno, di un avvocato che arrivasse a udienza finita per un guasto al treno prenotato tempestivamente o per un documentato improvviso problema di salute fisica.

3. Nuove forme di udienza e diritto di difesa.

I rilievi appena svolti ci introducono alla domanda di maggiore significato; se cioè, le nuove modalità, una volta superata la fase emergenziale, possano trovare posto stabile nel processo civile e se, in tal caso, siano compatibili con il giusto processo, previsto dalla carta costituzionale all'art. 111. Il dibattito è già vivace, anche se non ha ancora trovato ampio spazio sulle riviste tradizionali e si è sviluppato, invece, nei blog e nelle reti sociali.

Prendo le mosse dal comunicato emesso il 10 aprile 2020, in piena situazione di chiusura, dall'esecutivo di Magistratura democratica, in cui si legge, fra l'altro: "Tuttavia, riteniamo necessario ribadire che una volta cessata la situazione di emergenza – e mettendo in conto come anche per la giustizia, al pari di altri settori della vita del paese, si tratterà di un processo graduale – occorrerà tornare alla "normalità" e, con essa, alla pienezza di tutte quelle regole processuali che non sono neutre, essendo state previste dal legislatore in funzione dell'effettività del diritto di difesa e del ruolo di garanzia della giurisdizione. Da questo punto di vista, l'udienza da remoto e la trattazione scritta nel processo civile rischiano di vanificare i positivi risultati della trattazione effettiva dei processi in udienza, a partire da un tasso di definizione conciliativa molto elevato".

Nei giorni successivi, queste affermazioni hanno dato vita ad un nutrito scambio di opinioni. Accanto a molti consensi (fra i quali, come meglio dirò, il mio), sono state espresse numerose e articolate posizioni di dissenso, il cui filo conduttore (e scusandomi per l'indispensabile sintesi) è quello di non legarsi allo scenario dell'udienza in presenza, che spesso si riduce ad un teatrino burocratico, ma di aprirsi, senza paura, alle nuove possibilità offerte dalla tecnologia, in vista di una maggiore efficienza del processo civile.

Ora, a me pare che altro sia (o sia stato) fare funzionare la giustizia, per quanto possibile, nella situazione di distanziamento sociale imposta dall'emergenza sanitaria, e altro è trasformare queste soluzioni provvisorie in una stabile modalità di governo del processo civile. E' pure vero che non si deve diffidare nelle soluzioni sempre più avanzate che la tecnologia propone: certo, occorre valutarle e pesarne l'efficacia, ma senza escluderne a priori l'impiego.

Il punto di partenza per una riflessione corretta (e qui sta la mia condivisione con il comunicato che ho citato) sta nella presa d'atto che in nessun caso vi può essere perfetta identità fra l'udienza tradizionale, con la presenza fisica del giudice e dei difensori e i vari possibili surrogati che – necessariamente – danno qualcosa di meno. Solo affermando con chiarezza che l'udienza telematica e l'udienza da remoto non sono la stessa cosa dell'udienza prevista dal codice si può aprire la discussione, sul livello di utilizzabilità delle forme sorte con il diritto emergenziale.

L'udienza telematica finisce per essere una razionalizzazione di un modo deteriorato (seppure, spesso imposto dalle necessità pratiche) di gestire le udienze civili. Se i difensori delle parti si presentano a verbalizzare le rispettive istanze e il giudice, senza alcun dialogo, decide di riservare la decisione (quale che sia) fuori udienza, è chiaro che, in qualche misura, si può affermare che poco cambia. Il codice, però, prevede altro: si pensi alle ipotesi di un percorso di conciliazione, ovvero la (per quanto negletta) richiesta di chiarimenti e individuazione dei punti fondamentali della controversia, ex art. 183, comma 4°, c.p.c. Si aggiunga che, come sopra accennavo, i difensori vengono privati del potere di replicare alle istanze (in ipotesi, nuove e inammissibili) della controparte.

Il difetto dell'udienza telematica, quindi, è soprattutto quello di ingessare il processo nella contrapposizione delle parti, limitando sia il reciproco diritto di replica, sia il ruolo attivo e propositivo del giudice. Si ha, quindi, un oggettivo impoverimento della trattazione, lontano dai migliori modelli europei. A queste osservazioni, si replica spesso (e qui penso soprattutto al mondo forense) che le udienze a distanza possono essere comode, non solo perché evitano trasferte e comunque investimenti di tempo, ma anche perché assicurano -si dice- il medesimo risultato di quelle tradizionali. L'esempio che viene portato con maggiore frequenza è l'udienza di precisazione delle conclusioni in sede di appello.

Queste obiezioni pratiche hanno un senso e, infatti, mi permetteranno di dire che, a date condizioni, l'esperienza del periodo emergenziale può offrire spunti utili anche per il futuro. In sé, però, sono argomenti che provano troppo. A ben guardare, infatti, le udienze che meglio sono sostituibili con una trattazione telematica o da remoto sono, in sostanza, udienze inutili, che potrebbero e dovrebbero essere evitate. I giudici di appello, in punta di codice, già alla prima e unica udienza dovrebbero fare precisare le conclusioni (artt. 188 e 189 c.p.c.). Ciò non accade, non per imposizione del codice, ma per le note esigenze di carico di lavoro, che inducono a fare dell'udienza di precisazione delle conclusioni un momento di smistamento del compito decisorio. Quindi, un'udienza che non ci dovrebbe essere e, pertanto, normalmente gestibile in via telematica. Quando invece l'udienza ha un significato effettivo nella trattazione del caso, la qualità dello svolgimento in presenza è certamente preferibile.

Diverso è il profilo dell'udienza da remoto. Dando per scontato che i sistemi di collegamento funzionino (e funzionino ugualmente bene per tutte le parti, mettendole sullo stesso piano comunicativo), si realizza una forma di com-presenza, che sembra rispettare i crismi dell'oralità. In realtà, il rapporto che si svolge sulla piattaforma informatica non consente la stessa immediatezza (per usare, non a caso, una delle tre parole d'ordine chiovendiane) di quello che si svolge nella prosimità fisica e anche le modalità di direzione dell'udienza sembrano segnare una sensibile differenza con quelle comuni. In effetti, le piattaforme oggi in uso sono strutturalmente più adatte ad un dialogo fra pari, che non ad una situazione in cui vi è pur sempre un iudex che opera super partes. Probabilmente, possono avere maggiore utilità in sedi come la mediazione o la negoziazione assistita, come del resto la stessa legislazione recente sembra riconoscere.

Si deve concludere, quindi, che l'udienza telematica e l'udienza da remoto non assicurano lo stesso livello di contraddittorio di quelle che si svolgono in presenza fisica. Ne è consapevole lo stesso legislatore, che, non a caso, si preoccupa che le nuove modalità di udienza permettano di "salvaguardare il contraddittorio" (art. 83, comma 7°, lett. f) del d.l. n. 18 del 2020): una cura che non avrebbe senso, se non si temesse il contrario.

Sulla scorta di queste annotazioni, occorre chiedersi se e quanto dell'esperienza che si è formata nella situazione di emergenza epidemiologica possa stabilizzarsi, al momento dell'auspicato ritorno ad una sufficiente normalità.

La tecnologia impoverisce fatalmente i rapporti umani: eppure, dalla tecnologia non si torna indietro.

In tutta franchezza, dubito che le nuove modalità, una volta sperimentate, vengano messe in soffitta: in questo senso, già si mostrano i primi segnali. La tecnica italica della proroga è il cavallo di Troia con cui il legislatore cerca di anestetizzare la sensibilità degli operatori: già oggi si prospetta un rinvio fino al 31 ottobre ed è verosimile che non ci si fermi qui. Ritengo che non ci si debba opporre, in modo aprioristico, a queste formule, ma che si debbano salvaguardare almeno due essenziali condizioni.

La prima è che si dovrà trattare, senza eccezioni, di modalità alternative all'udienza in presenza del giudice e dei difensori. Riterrei grave che per determinate materie l'una o l'altra modalità venisse imposta come esclusiva. Invece, la facoltà di scelta può trasformarsi in un positivo elemento di flessibilità, in relazione alla peculiarità dei singoli casi.

La seconda è che il loro impiego non dovrà essere imposto dal giudice, ma dovrà essere condiviso, nel singolo caso, da tutte le parti. Lo strumento può essere semplicemente il seguente: ove il giudice disponga la trattazione mediante udienza telematica o da remoto, qualunque parte potrà opporsi e ot-

tenere la trattazione in presenza. Per converso, le parti potranno chiedere consensualmente al giudice di adottare l'una o l'altra modalità e il giudice sarà libero di accettare o no l'istanza.

Il contraddittorio è un valore costituzionale e non lo si può diminuire in nessun caso. Certo, talora lo si può comprimere, ma dando sempre alle parti la possibilità di riespanderlo.

Una norma che può aiutare, seppure collocata in un contesto diverso, è l'art. 823, comma 1°, in tema di arbitrato. Il lodo può essere deliberato a distanza, secondo prassi ampiamente diffuse specie in sede internazionale, ma ciascun arbitro può chiedere che sia invece deliberato in conferenza personale. Lo stesso meccanismo potrebbe essere applicato alle udienze telematiche o da remoto, affidando a ogni singola parte il diritto di avanzare la relativa richiesta.

4. Protocolli locali e unità della giurisdizione.

L'esame della normazione emergenziale relativa al processo civile richiede una breve sosta su un punto, che non mi pare abbia trovato particolare attenzione. Si tratta dell'effetto di frantumazione della disciplina processuale, causato dalla varietà dei protocolli e delle linee guida, attuati in forza del citato art. 83, comma 6°, d.l. n. 18 del 17 marzo 2020.

Premetto che non sono affatto ostile ai protocolli e che anzi li apprezzo, come efficace forma di soft law. Altro, però, è la fioritura spontanea di protocolli, per disciplinare spazi non espressamente governati dalla legge (come quelli, per non fare che un esempio, sorti in molte sedi in tema di procedimento sommario), e altra cosa, molto diversa, è la delega sistematica alle sedi locali di scegliere come affrontare, sia pure nel quadro di ampie indicazioni legislative, un fenomeno inedito come l'impatto del Covid 19. Ho letto, nelle scorse settimane, contributi che parlavano di "giurisdizione veneta", "giurisdizione marchigiana" e simili. Certo, lo scopo di questi scritti era quello di descrivere le scelte pratiche attuate nei diversi fori nei momenti più difficili della chiusura forzata. Tuttavia, il fenomeno non va sottovalutato.

Il quadro istituzionale della Repubblica ha subito notevoli scosse, sul piano del rapporto fra il centro e la periferia, lo Stato e le Regioni. Il localismo ha conosciuto forme inedite, con Presidenti di Regione che hanno assunto decisioni del tutto autonome rispetto alle disposizioni nazionali o hanno perfino minacciato di "chiudere" la loro Regione ad altri cittadini italiani. In questo contesto, l'abdicazione del Governo dal dettare regole uniformi non mi è parsa un atto di rispetto verso le culture particolari, ma soltanto una pura e semplice incapacità di reagire in tempi rapidi, seppure dinanzi ad un fenomeno non prevedibile.

Non aggiungo altre osservazioni: mi limito a dire che su valori come quello dell'unità della giurisdizione e del principio di uguaglianza non si può abbassare la guardia. Mi auguro che non solo al momento del ritorno alla normalità, ma anche in sede di eventuale proroga delle forme alternative, se ne tenga conto.

5. Le prospettive: qualche prima anticipazione normativa.

L'evolversi della legislazione post Covid comincia ad offrire qualche indicazione sulle tendenze future. E' certo presto per trarre conclusioni di sistema, ma alcuni elementi possono essere tenuti in considerazione.

Intanto, l'art. 20-bis del d.l. 17 marzo n. 18, come convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 e ancora modificato dal d.l. 30 aprile n. 28, occupandosi di mediazione, getta un primo sguardo oltre la fase emergenziale. Esso precisa che, anche a regime di normalità, gli incontri di mediazione potranno svolgersi in via telematica, ma con il preventivo

consenso – ed è questo il punto – di tutte le parti coinvolte nel procedimento. E' positivo che della volontà delle parti si tenga conto, come requisito di validità dell'iter della mediazione.

I testi in discussione in sede di conversione in legge del decreto rilancio sembrano valorizzare il consenso delle parti in rapporto alle udienze da remoto, ma non anche – se intendo bene – in rapporto a quelle telematiche.

A me sembra che questa distinzione, se sussistente, non sia condivisibile. Il potere di direzione dell'udienza e del processo si estende certo a tutto ciò che accade davanti al giudice, ma non comporta, di per sé, che il giudice scelga anche le regole con cui le parti si confrontano. Se è vero, come penso, che l'udienza telematica non equivale pienamente a quella in presenza, mi pare indispensabile che anche in questo caso si richieda il consenso (o, a tutto concedere, la non opposizione) delle parti.

Ancora un rilievo. In questo periodo, sono apparsi sulla scena volenterosi tentativi di economisti e tecnici, che propongono riforme alla giustizia civile (su cui rimando alle acute osservazioni di Maria Giuliana Civinini e Giuliano Scarselli (2)). Sembra delinearsi, in modo strisciante, un tentativo di banalizzazione della giustizia, seppure presentato sotto le bandiere dell'efficienza e della modernizzazione (3). Premesso che noi giuristi di solito ci asteniamo dal presentare progetti di riforma del sistema economico, talché verrebbe facile ripetere il monito di Apelle (4), è necessario ribadire che la ragione e il torto, la giustizia e l'ingiustizia, toccano corde essenziali della persona umana e non si riducono mai, neppure in materia civile, a pure e semplici questioni di denaro, da sbrigare con fastidio.

6. Una riflessione sul ruolo della Cassazione.

Molti osservatori hanno sottolineato come, a prescindere da ogni altro fattore, l'emergenza sanitaria abbia rallentato ulteriormente i tempi della giustizia civile: ad esempio, le modalità di lavoro agile hanno indubbiamente inciso, in senso negativo.

Piove sul bagnato, verrebbe da dire. Ma forse vi è una funzione essenziale del nostro ordinamento che dai ritardi – quelli fisiologici e questi patologici – subisce un attacco al suo stesso significato. Mi riferisco alla funzione di nomofilia del giudice di legittimità.

Le conseguenze della pandemia sui rapporti giuridici stanno aprendo una gamma di conflitti seriali: basti pensare al tema del mancato adempimento di obbligazioni, dovuto alla situazione di chiusura delle attività commerciali. I fiumi di inchiostro scorrono, le opinioni si fronteggiano, le cause vengono radicate. Eppure, per conoscere l'interpretazione che la Cassazione darà dell'art. 1218 c.c. nel contesto attuale dovremo aspettare molti anni, quando la situazione si sarà evoluta e, probabilmente, la soluzione (almeno, sul piano pratico) interesserà a pochi.

Non intendo certo iscrivermi all'elenco di coloro che (a Costituzione invariata) si sono sforzati di trovare qualche via d'uscita a un problema che l'emergenza ha forse reso più evidente, ma che non ha certo creato. Mi limito a notare che, in via puramente logica, mentre lo *ius litigatoris* suppone che la Corte parli per ultima, lo *ius constitutionis* vuole che la Corte parli per prima. Già oggi parla per prima, quando – ad esempio – propone una nuova lettura di una norma con efficacia per il futuro, nelle forme del c.d. *prospective overruling*, oppure quando, all'esito di un regolamento preventivo di giurisdizione, indica ai litiganti l'esatta strada da percorrere per il loro contenzioso. Parla per prima (o almeno, viene interpellata prima) anche quando il legislatore le affida un compito di governo dei conflitti seriali, come nel caso dell'art. 420-bis c.p.c.

Ho qualche ritrosia nell'andare avanti con il ragionamento, perché ne rischia di uscire, al di là delle mie intenzioni, una specie di proposta. Preferisco raccontare un *midsummer night's dream*, in cui un'esperienza simile al rinvio pregiudiziale europeo si collega al metodo spagnolo dell'*interés casacional* (5). In questo sogno, fermo restando il diritto di chiunque a ricorrere in Cassazione contro le sentenze come da art. 111 cost., ogni giudice di merito, in primo grado, può interpellare la Corte, chiedendo un'interpretazione nomofilattica in caso di questioni nuove. La Cassazione, in un breve termine, mediante una sezione apposita e molto qualificata, semplicemente decide se l'interpello merita o no una risposta immediata: e lo fa, misurando l'interesse generale della questione per l'ordinamento. In caso negativo, non succede nulla e quel contenzioso ritornerà eventualmente alla Corte dopo la trafila ordinaria. In caso affermativo, il processo a quo resta sospeso fino alla pronuncia della Corte, da attuarsi con criteri di priorità ed effetti vincolanti per il caso che l'ha generata e fortemente persuasivi per tutti gli altri.

Mi sveglio dal sogno di una Cassazione che risolve subito le questioni che si vengono ponendo e che in tempi brevi orienta il diritto vivente e torno a guardare la realtà: di certo, qualcosa dovremo fare, perché altrimenti, volendo proteggere la norma costituzionale, che a tutti consente di attingere alla tutela di legittimità, finiamo praticamente per svuotarla di efficacia.

7. Brevi annotazioni conclusive.

Trarre conclusioni di una qualche valenza, in un contesto così variabile e incerto, più che impossibile, è inutile. Se però posso aggiungere una parola finale a questo breve intervento, mi pare il caso di raccomandare al legislatore e agli interpreti di non farsi travolgere dagli eventi, ma di sostare e riflettere. Le vicende dell'emergenza sanitaria hanno provvisoriamente distolto le luci dei riflettori sul disegno di legge delega di riforma del processo civile, presentato dal governo al Senato appena il 9 gennaio u.s. Ai processualisti quel testo non piace (6). Potrebbe essere utile cogliere l'occasione per una riflessione di ampio respiro che, senza indulgere alle frettolose semplificazioni dei tecnocrati, individui le modalità strutturali e organizzative più idonee per restituire al paese una giustizia al passo con i tempi.

Note.

(1) Situazione che, nel linguaggio mediatico, ha assunto la denominazione inglese di *lockdown*, forse per attenuarne la connotazione negativa.

(2) Civinini-Scarselli, Ridurre i tempi della giustizia civile? Osservazioni di un giudice e di un avvocato a margine di una recente proposta, in www.questionegiustizia.it

(3) V. ancora Civinini, La Giustizia in quarantena, in www.questionegiustizia.it

(4) "Sutor, ne ultra crepidam", come riporta Plinio il Vecchio nel XXXV libro della Storia naturale, attribuendo il detto al pittore Apelle, che avrebbe così rimbrottato un ciabattino che, inorgogliato dal fatto che l'artista aveva accolto un suo rilievo sulla rappresentazione di una scarpa, si era lanciato a criticare l'operato del pittore su altre parti della figura.

(5) Su cui v. per tutti J. Lopez Sanchez, El interés casacional, Civitas, 2002.

(6) Si veda il testo del parere del Consiglio direttivo dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, pubblicato su Giustizia insieme il 30 dicembre 2019.

La nozione civilistica di alea*

Andrea Fusaro

Ordinario nell'Università di Genova
Notaio

Sommario: 1. *Cenni introduttivi.* - 2. *Normale alea contrattuale.* - 3. *I contratti aleatori.* - 3.1. *Il difetto di alea in un contratto aleatorio.* - 4. *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.* - 4.1. *L'ambito di applicabilità.* - 4.2. *I presupposti.* - 4.3. *La dimensione cronologica.* - 4.4. *La rilevanza giuridica dell'alea rispetto ai soli contratti a effetti obbligatori.* - 5. *Clausole contrattuali di riequilibrio.* - 6. *La presupposizione.*

1. Cenni introduttivi.

L'alea, intesa oggettivamente quale sorte e soggettivamente quale rischio, nel lessico economico allude ai margini di variabilità tendenzialmente imponderabili dell'operazione. In ambito giuridico sono contratti aleatori "quelli in cui l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti e dunque in definitiva dalla sorte" (1); nei limiti della normalità, l'alea ricade di regola su ciascun contraente (2). Nel superamento di tale soglia è identificata l'eccessiva onerosità della prestazione che legittima la parte sfavorita a domandare la risoluzione del contratto, salvo si tratti di modello ove l'alea venga assunta come causa; in tal caso si tratta di contratto aleatorio, ove l'ammontare delle specifiche prestazioni dipende da fattori casuali, verificandosi così un'incertezza totale o parziale di una o di entrambe. La natura di tale contratto preclude che la sopravvenuta maggiore onerosità della prestazione divenga causa di scioglimento del vincolo.

Nel diritto positivo interno vigente non si riscontra alcuna disposizione rivolta a identificare i contratti aleatori. Ai casi puntuali considerati dal codice del 1865 (3), altri sono stati aggiunti nel nuovo dove, seppur nell'assenza di alcuna definizione e di una compiuta disciplina, la categoria affiora attraverso il concetto di alea normale (art. 1467, comma 2°), poi nella sotto distinzione tra contratto aleatorio per natura o per volontà delle parti (art. 1469). Nel codice civile figurano singoli riferimenti, in particolare circa la vendita aleatoria (art. 1472, comma 2), i premi e altre utilità prodotte dai titoli di credito (art. 1998).

La dottrina privatistica si è data carico della perimetrazione dell'area dei contratti aleatori, approfondendo la distinzione tra rischio giuridico ed economico (4). La tradizione colloca gli aleatori nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, insieme a quelli commutativi: la differenza attiene alla misura della prestazione, che nei secondi non dipende dal caso. Perciò gli artt. 1448 e 1469 escludono loro l'applicabilità di alcuni rimedi: l'assunzione del rischio preclude l'accesso alla rescissione per lesione e alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

2. Normale alea contrattuale.

Ogni affare presenta un rischio economico la cui realizzazione, se oscilla entro l'ambito giuridicamente assunto quale alea normale, a norma dell'art. 1467, comma 2, c.c. non legittima la risoluzione per sopravvenuta onerosità. L'alea normale ha per metro di riferimento le capacità di previsione dell'uomo medio, riferite alla situazione esistente al momento della conclusione del contratto (5). La giurisprudenza pratica ha avuto

modo di precisare che essa comprende "le oscillazioni di valore delle prestazioni che possono ritenersi originate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato", abituali in ogni contratto, "non potendosi mai escludere che vicende economiche sopravvenute possano alterare quella situazione di equilibrio che le parti avevano ritenuto concordemente di porre in essere, rimane un momento del tutto intrinseco al meccanismo ed al contenuto del contratto". Soltanto nei cosiddetti contratti aleatori l'alea si pone come momento originario ed essenziale che colora e qualifica lo schema causale del contratto (6).

Per ricostruire un giudizio prognostico viene adottato lo standard della "capacità di previsione di un uomo medio". Alla stregua di tale parametro sono state decise controversie in tema di preliminari di vendita di porzioni di fabbricati da costruire (7), considerando che la svalutazione della lira e l'andamento dei prezzi degli immobili sono privi dei caratteri di aleatorietà e imprevedibilità che giustificano la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (8). Altrettanto si è concluso a proposito della variazione in aumento del cosiddetto «prelievo comunitario» (9). Del criterio è stata fatta applicazione a margine di contratti di finanziamento in valuta estera, riconducendo l'oscillazione del cambio all'alea normale (10), considerando come, qualora il contratto sia espresso in valuta estera, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, abbiano assunto un rischio futuro, estraneo al tipo contrattuale prescelto, così rendendo il contratto di mutuo aleatorio in senso giuridico e non solo economico, quanto al profilo della convenienza del medesimo (11). La generica eventualità dell'aumento dei costi delle prestazioni non rileva (12), se l'alea non si può considerare un elemento della struttura interna. Altrettanto si è concluso a proposito dell'inserzione nel contratto d'appalto di una clausola che, in deroga all'art. 1664 c.c., escluda la possibilità dell'appaltatore di domandare la revisione del prezzo, addossandogli un rischio che non eccede la normale alea contrattuale (13).

La casistica, riguardante in prevalenza contratti di durata (14), evidenzia come il contenzioso sia di regola originato dalla richiesta di liberazione dal vincolo avanzata dalla parte direttamente danneggiata dalle sopravvenienze, mentre assai più rare siano le iniziative assunte a fronte della constatazione del vantaggio lucrato dalla controparte senza proprio detrimento ulteriore rispetto alla perdita della chance di spuntare una contropartita più elevata. Nondimeno allorché questa speculare prospettiva è stata avanzata s'è tenuto fermo il criterio dell'alea normale, escludendo il rimedio risolutorio qualora, per eventi straordinari e imprevedibili, l'esecuzione della prestazione avesse procurato al creditore vantaggi originariamente insperati (15).

3. I contratti aleatori.

I contratti aleatori sono intrinsecamente caratterizzati da uno specifico elemento di rischio, sicché il rapporto tra costi e benefici è necessariamente incerto al momento della stipulazione (16): l'alea si pone come elemento originario ed essenziale che colora e qualifica lo schema causale del contratto (17).

Quello di assicurazione è tradizionalmente ritenuto aleatorio per natura, il rischio ne è elemento necessario: l'alea deve investire e caratterizzare il negozio sin dalla formazione, in modo che sia incerto il vantaggio economico in relazione al rischio al quale le parti si espongono (18); altra è la gestione del rischio in forma imprenditoriale che all'assicuratore ne consente la pianificazione (19). Sulla scorta delle indicazioni formulate in dottrina (20), la qualifica è stata in tempi più recenti assegnata ad alcuni contratti finanziari, quali i derivati (21). In sede di legittimità si è confermato che il contratto derivato rientra nella categoria della scommessa legalmente

* Relazione preparata per il Convegno *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, organizzato dall'Università di Genova per venerdì 8 maggio, presso il Palazzo dell'Università.

autorizzata, la cui causa, ritenuta meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria, risiede nella consapevole e razionale creazione di alee che, nei derivati c.d. simmetrici, sono reciproche e bilaterali (22). Il contratto di "Interest Rate Swap" (23), sottoscritto da un imprenditore in relazione a un mutuo a tassi variabili da questi stipulato, è stato qualificato negozio aleatorio dotato di una funzione assicurativa che impedisce di ritenerlo privo di causa (24).

Dall'art. 1469 c.c. si desume che la vicenda giuridica dei contratti aleatori è insensibile a ogni alterazione della convenienza economica dell'affare che intervenga dopo la loro stipulazione (25); rispetto a questi contratti è esclusa l'operatività dei rimedi per l'eccessiva onerosità sopravvenuta (26). Inoltre, negli schemi legali cui è estranea, l'alea può essere introdotta tramite specifiche pattuizioni potenzialmente idonee a ingenerare squilibrio nel rapporto tra costi e benefici contrattuali (27), purché in modo non equivoco (28). Il mutuo bancario in cui è prevista la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi mediante rate agganciate alla valuta estera è stato qualificato contratto aleatorio per volontà delle parti (29). L'atipicità della causa di un contratto di compravendita immobiliare determinata dall'assunzione della garanzia di redditività del bene venduto non esclude la corrispettività tra le rispettive prestazioni e la conseguente operatività, nel caso di eccessiva onerosità, non dell'art. 1468 c.c., bensì dell'art. 1467, commi 1 e 3, c.c., secondo cui è attribuito alla parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per avvenimenti straordinari e imprevedibili unicamente il potere di chiedere la risoluzione del contratto e soltanto alla parte, contro la quale è domandata la risoluzione, quello di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (30).

3.1. Il difetto di alea in un contratto aleatorio.

Rispetto a un contratto aleatorio l'assenza di alea comporta invalidità, come indica la disciplina dell'assicurazione (art. 1895 c.c.). Una casistica abbondante è reperibile a margine del c. d. vitalizio atipico (31), con vertenze incentrate sull'allegazione della invalidità per difetto di alea, talora da parte dei vitalizzati scontenti - quindi quale strategia attorea alternativa alla domanda di risoluzione -, più spesso per iniziativa dei loro eredi (32) o creditori. Nelle motivazioni delle sentenze rese in tale diverso ordine di controversie, le corti riducono la frattura altrove ravvisata rispetto alla rendita vitalizia: in linea di principio, non dubitano della comune natura aleatoria, anzi sottolineano come l'incertezza in questi contratti sia anche superiore che in quella, dipendendo non soltanto dalla sopravvivenza del beneficiario, ma anche dalle sue condizioni di salute, il cui peggiorare importa un aggravio delle cure.

La verifica è operata con riguardo all'età e allo stato di salute, inoltre considerando l'entità della prestazione resa dal vitalizzato. La lettura dei casi restituisce, tuttavia, un ridimensionamento della severità lumeggiata dai concetti: l'alea è esclusa e il contratto è dichiarato nullo soltanto se, al momento della conclusione, il beneficiario era affetto da malattia che rendeva estremamente probabile un rapido esito letale, la quale ne abbia in effetti provocato la morte dopo breve tempo (33).

L'atteggiamento dei tribunali appare insomma in linea di massima benpensante, propenso a demolire l'accordo soltanto in presenza di evidenze schiaccianti, senza dar credito a sospetti di favoritismi familiari, laddove il contenzioso sia originato dalla delusione di aspettative ereditarie; qualora vengano in gioco le ragioni dei creditori si concede piuttosto il rimedio apposito della revocatoria (34).

La casistica è ricca quanto stimolante e allo studioso porge casi emblematici in tema di causa contrattuale. Esempiare la vicenda ove sotto accusa era finito il successivo trasferimento al vitalizzante di un ulteriore cespite, giustificato con l'aggravio

delle condizioni del beneficiario da cui scaturiva un appesantimento dello sforzo richiesto, questione che è stata incentrata sull'indagine dell'effettivo sconfinamento della sopravvenienza rispetto alla prefigurazione originaria (35).

4. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione riveste attitudine a determinare, ai sensi dell'art. 1467 c.c., la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica oppure differita, qualora sia stata causata dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, esuberanti rispetto alla normale alea contrattuale (36). L'autonomia privata è tendenzialmente sovrana e la previsione del rischio di un evento comporta l'assunzione dell'alea in relazione a ogni fatto incidente su di esso (37), cosicché non saranno invocabili le norme sulla sopravvenuta impossibilità della prestazione e sulla eccessiva onerosità della stessa dalla parte in danno della quale si sia risolto l'evento incerto.

Il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi suscettibili di misurazione, quindi tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di ordine statistico, mentre il carattere della imprevedibilità ha una radice soggettiva, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza (38). L'art. 1467 c.c. è applicato con specifico riferimento al caso concreto e all'azione effettivamente proposta; una massima consolidata invita a considerare "non solo la natura e la struttura (dal punto di vista meramente classificatorio) del contratto sulla cui risoluzione si controverta, ma anche le modalità ed i tempi di adempimento delle reciproche prestazioni connesse al contratto stesso" (39).

4.1. L'ambito di applicabilità.

Risulta inevitabile negare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, oltre che dei contratti aleatori (40), degli associativi (41), dei gratuiti (42), nonché di quelli soggetti a disciplina vincolistica (43); è, invece, ammissibile per contratto di locazione (44), mentre rispetto all'appalto occorre darsi carico di un coordinamento tra gli articoli 1467 e 1664 c.c. . Nell'applicazione giurisprudenziale si è considerato come gli istituti disciplinati dall'art. 1664 c.c., che correggono i rigori dell'alea contrattuale nell'appalto, riversando (anche) sul committente le conseguenze di determinate sopravvenienze, rivestano carattere eccezionale rispetto alla disciplina generale della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467 c.c., e sono perciò insuscettibili di applicazione analogica ad eventi sopravvenuti diversi da quelli considerati dalla norma. Si è nondimeno ritenuta ammissibile l'interpretazione estensiva del secondo comma, che prevede il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso per le difficoltà di esecuzione sopravvenute, derivanti da cause geologiche, idriche e simili, nel senso che rendano più onerosa la sua prestazione (45).

Insomma l'art. 1664 c.c. costituirebbe la particolare applicazione al contratto di appalto dell'art. 1467 c.c. (46), applicabile solo se l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664 (47), dovendo altrimenti la norma speciale prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari (48).

4.2. I presupposti.

Poiché l'art. 1467 c.c. presuppone il carattere imprevedibile delle circostanze sopraggiunte, i rimedi contemplati restano esclusi con riguardo a eventi futuri che rientrino nell'alea normale (49), oppure risultino espressamente od implicitamente contemplati (50), e quando le parti abbiano adottato criteri di perequazione del prezzo in relazione ad avvenimenti

che sopravvengano dopo la stipulazione e nel corso dell'esecuzione (51).

L'impossibilità dovuta a cause non imputabili al creditore comporta, ai sensi dell'art. 1463 c.c., il venir meno del diritto del debitore alla contropartita e preclude l'applicabilità dell'art. 1467 c.c., il quale presuppone che sia possibile la prestazione corrispettiva di quella divenuta eccessivamente onerosa (52). Non si legittima la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta allorché l'accadimento, assunto come straordinario ed imprevedibile, è da imputare al colpevole comportamento della parte che deve la prestazione (53).

4.3. La dimensione cronologica.

Rileva anche la dimensione cronologica su un duplice fronte, per un verso, che l'esecuzione del contratto non sia istantanea e, per altro, che sia rispettato l'ambito temporale entro il quale la prestazione avrebbe dovuto essere resa. L'eccessiva onerosità di una prestazione può essere fatta valere dalla parte incisa soltanto se si verifica entro i tempi convenuti di esecuzione differita del contratto, mentre se sopravviene dopo la scadenza dei previsti termini di adempimento delle rispettive obbligazioni non può essere invocata da chi, con la sua inadempienza, ha ritardato l'esecuzione del contratto, rendendo necessario il ricorso alla tutela giudiziaria (54).

La risoluzione non può essere domandata dalla parte al cui colpevole ritardo è dovuto l'arco temporale importante la sopraggiunta eccessiva onerosità dedotta (55), a più forte ragione non può essere invocata da chi sia già inadempiente al momento in cui sarebbero sorte le cause dell'onerosità della sua prestazione (56). Neppure è azionabile allorché sia conseguenza di avvenimenti che, per essere stati causati dalla condotta del contraente, non sono straordinari né imprevedibili (57). Quest'ultima congiuntura è stata rilevata, ad esempio, quando al ritardo del venditore nell'approntare i presupposti per la stipula del definitivo abbia fatto seguito l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la progressiva svalutazione della moneta (58).

4.4. La rilevanza giuridica dell'alea rispetto ai soli contratti a effetti obbligatori.

La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda, ai sensi dell'art. 1467 c.c., esclusivamente i contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero differita, ove la prestazione non ancora adempiuta sia divenuta eccessivamente onerosa. Essa non può trovare applicazione nell'ipotesi di vendita con efficacia reale immediata (59), ancorché sia stato pattuito il differimento della consegna del bene ceduto, mentre è applicabile allorché l'efficacia sia obbligatoria oppure l'effetto traslativo sia stato differito a un momento successivo alla conclusione del contratto (60), dipendendo il trasferimento del diritto, oltre che dal consenso, dal verificarsi di un fatto ulteriore (quale, per la vendita di cose indicate solo nel genere, la specificazione o, per la vendita di cosa altrui, l'acquisto della proprietà da parte del venditore) (61).

5. Clausole contrattuali di riequilibrio.

La normativa sull'eccessiva onerosità sopravvenuta non è invocabile per i negozi che, per effetto di apposite clausole, contengano in sé i rimedi atti a ovviare agli squilibri intervenuti dopo la stipulazione e nel corso dell'esecuzione, quali clausole di revisione prezzi o la clausola oro. Nondimeno essa non può operare alla stregua di un criterio di ragionevolezza quando insorgano eventi talmente eccezionali, nella loro natura o nella loro entità, da vanificare, in concreto, il rimedio pattizio, nel qual caso deve applicarsi necessariamente la normativa suindicata, ove sia da escludere un contratto totalmente o parzialmente aleatorio (62).

6. La presupposizione.

Il principio della presupposizione è ritenuto esser introdotto in modo espresso e in via generale nella nostra legislazione dall'art. 1467 c.c., con riferimento a una determinata situazione di fatto o di diritto che, pur in mancanza di un espresso riferimento, possa ritenersi esser stata tenuta presente dei contraenti nella formazione del loro consenso, in modo da costituire il presupposto comune agli stessi, talché il loro venir meno assume rilievo per l'esistenza e l'efficacia del negozio (63).

La "presupposizione" ricorre quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo - la cui esistenza, cessazione e verifica sia del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione - possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale. La presupposizione, così intesa, assume rilevanza, determinando l'invalidità o la risoluzione del contratto, quando la situazione presupposta, passata o presente, in effetti non sia mai esistita e, comunque, non esista al momento della conclusione del contratto, ovvero quella contemplata come futura (ma certa) non si verifichi (64). La presupposizione non attiene né all'oggetto né alla causa del contratto, ma consiste in una determinata situazione di fatto esterna al contratto che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico e oggettivo presupposto di efficacia in base al significato proprio del medesimo, assumendo - per entrambe le parti o anche per una sola di esse, ma con il riconoscimento dell'altra parte - valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale (65).

Occorre che l'evento sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti, così differenziandosi la presupposizione dalla condizione; rileva, quindi, la certezza soggettiva dell'evento presupposto, non richiedendosi quella oggettiva dell'evento medesimo (66), né l'imprevedibilità della sopravvenuta circostanza impeditiva (67).

La giurisprudenza risulta averne fatto ripetutamente applicazione, con particolare frequenza in ordine all'attuabilità di una certa destinazione immobiliare (68), spesso l'aspettativa circa l'edificabilità di un terreno (69). Ne constano impieghi, oltre che in tema di compravendita, anche rispetto alla locazione (70) e ad altri tipi, quale la fornitura (71).

Note.

(1) Ricognizioni critiche aggiornate dei contributi dottrinali sono offerte da E. Gabrielli, *Alea e teoria del contratto. Una visione italiana*, in Riv. dir. priv., 2020, 167 ss.; G. Belli, *L'alea e il contratto aleatorio: dalla nozione di rischio alla costruzione della categoria (prima parte)*, in Studium iuris, 2013, 771 ss.; Id., *L'alea e il contratto aleatorio: dalla nozione di rischio alla costruzione della categoria (seconda parte)*, ibidem, 953 ss. Nell'ambito dei classici è doveroso ricordare almeno le voci di R. Nicolò, *Alea*, in Enc. dir., I, Milano, 1958, 1024 ss.; G. Scalfi, *Alea*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., I, Torino, 1987, 253 ss.

(2) V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, p. 443 ss.

(3) L'elaborazione dogmatica della categoria dei contratti aleatori e la trattazione sistematica è fatta risalire all'opera di G.R. Pothier, *Trattato del contratto di assicurazione*, in Opere contenenti i trattati del diritto francese, trad. it., II, 2^a ed., Livorno, 1841, p. 97, nell'ambito dell'articolata suddivisione dei contratti.

(4) T. Ascarelli, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in Banca, borsa, tit. cred., 1958, I, 448; A. Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 57 ss.; G. Di Giandomenico, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, 302 ss.; Coltro Campi, *Borsa (contratti di)*, in Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg. II, Torino, 1987, 171 ss.. Per la ricognizione della dottrina più recente si rinvia a E. Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

(5) Cass., 15. 12. 1984, n. 6574, in Giur. it. 1986, I, 1, 1706, la quale ha

escluso che il semplice riferimento al tipo negoziale sia sufficiente a determinare l'alea normale del contratto.

(6) Cass., sez. II, 5. 1.1983, n. 1, in Giur. it., 1983, I, 1,718; Cass., sez. II, 16.3. 1984, n. 1799 nel senso che le oscillazioni di mercato devono intendersi implicitamente contemplate in una vendita a consegne ripartite, cosicché deve escludersi il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

(7) Cass., 15. 12. 1984, n. 6574 accordò al promittente venditore di un fabbricato da costruire, la possibilità di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1467 c.c., in relazione alla svalutazione monetaria determinatasi dopo la conclusione del contratto, in quanto l'entità della sua incidenza sui costi di costruzione e sul guadagno ripromesso presentava i connotati di un avvenimento straordinario ed imprevedibile.

(8) Cass. 25. 3. 1987 n. 2904; App. Milano, 23. 6. 1998, in Banca borsa tit. cred., 2000, II, 309. Ai fini della risoluzione del contratto preliminare di vendita di un bene immobile per eccessiva onerosità, verificatasi nello spazio di tempo intercorso fra la conclusione del preliminare e la sua esecuzione, non costituiscono avvenimenti straordinari ed imprevedibili – la cui sussistenza è riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi di motivazione – l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la crescente svalutazione della moneta, trattandosi di eventi che rientrano nella comune alea contrattuale: Trib. Spoleto, 18. 4. 2019, n. 306. v. Cassazione, 2017, n. 9314.

(9) Cass., Sez. II, 4. 3. 1998, n. 2386 ha escluso integrare causa legittima di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta la diversa incidenza del dazio doganale sulle importazioni in vigore nei paesi comunitari (imposta, nella specie, in relazione a una compravendita di olio di oliva proveniente dalla Grecia).

(10) Cass., 17. 7. 2003, n. 11200; Cass. 14. 12. 2004, n. 23294; Cass., 9. 6. 2010 n. 13889

(11) Cass., 21. 4. 2011, n. 9263, in Guida dir., 2011, 24, 62.

(12) Cass. Stato, sez. V, 13. 11.1990, n. 783, in Foro Amm. 1990, fasc.11, con riferimento alla previsione della revisione dei prezzi contrattuali nei pubblici appalti. Nella specie si è ritenuta illegittima una deliberazione del comune di Campione d'Italia che aveva introdotto un correttivo legato alle variazioni del cambio nel calcolo del compenso revisionale, fondato sull'esigenza, preminente per l'amministrazione, di non trasformare l'appalto in contratto aleatorio.

(13) Trib. Roma, 24. 5. 2000, in Giur. Romana, 2000, 389.

(14) Negli ultimi anni l'attenzione si è concentrata sui contratti di durata vitalizia, ai quali sono stati dedicati molti saggi tra cui quelli raccolti nel volume *Life time contracts: social long term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*, a cura di L. Nogler e U. Reifner, Eleven Publishers, The Hague, 2014, pp. XXI-666, recensito da M. Graziadei, A proposito di life time contracts, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, p. 1317 ss., nonché in *Embedding the Principles of Life Time Contracts: A Research Agenda for Contract Law*, cur. da L. Ratti, Eleven International Publishing 2018, tra cui si segnala il contributo di A. Albanese, *Do Some Business Relationships Fall within the Scope of the Principles of Life Time Contracts?*

(15) Cass., sez. lav., 7. 3. 2002, n. 3296, in Giust. civ. 2003, I, 196, *Studium Juris* 2002, 1004, secondo cui non si può mai escludere che costi e benefici realizzati siano diversi dalle originarie previsioni dei contraenti ed essendo la risoluzione ex art. 1467 c.c. giustificata solo da una sopravvenienza che alteri l'andamento normale dell'affare.

(16) Trib. Torino, 15. 10. 1996, in Giur. it. 1997, I, 2, 136, Banca borsa tit. cred. 1997, II, 447: nella fattispecie l'alterazione del cambio Lira/Ecu è stata ritenuta un evento rientrante, per espressa e comune previsione negoziale, nell'alea normale del contratto, così come costruito e voluto dagli stipulanti nell'estrinsecazione della loro privata autonomia.

(17) Cass., 5. 1. 1983, n. 1, in Giur. it. 1983, I, 1, 718.

(18) Trib. Potenza 1. 9. 2007, in Guida dir., 2008, 3, 67, con riguardo a un contratto di assicurazione contenente la clausola di regolazione del premio in forza della quale nel contratto è indicato un premio minimo, fissato in via provvisoria e anticipata in un importo determinato, il quale alla fine del periodo assicurativo è regolato definitivamente sulla scorta dei dati variabili che l'assicurato si obbliga a comunicare all'assicuratore. La circostanza che in applicazione della clausola si fosse verificato il raddoppio dell'ammontare del premio pattuito non fu ritenuta giustificare l'accoglimento della domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta sotto il profilo che si era determinata una notevole sproporzione tra le prestazioni contrattuali nel momento della esecuzione del contratto rispetto a quello della sua conclusione.

(19) Riguardato in questa prospettiva, il carattere aleatorio sfuma, come segnalato dalla dottrina, nel cui ambito è doveroso il rinvio ad A. Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 378.

(20) D. Maffei, Voce "Contratti derivati", in *Digesto IV, Discipline Pri-*

vativistiche, Quinto aggiornamento, Utet, Torino, 2010; Corrias, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in Maffei (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, Milano, 2014, 173 ss.

(21) Alcune sentenze hanno notato che "la stipulazione di un contratto derivato, a differenza del mero scambio di azioni o titoli, costituisce ad un tempo atto negoziale e mezzo di generazione dello strumento, cioè di un'autonoma entità finanziaria in cui il sinallagma negoziale e la commutatività delle prestazioni (reciproco impegno di scambiarsi il differenziale) sono perfettamente sussistenti nel momento genetico per poi portare, eventualmente, nel corso del rapporto ad uno squilibrio anche imponente delle prestazioni e ciò perché, nella sostanza, l'accordo contempla espressamente il rischio delle fluttuazioni e l'alterazione delle reciproche prestazioni": Trib. Milano, 19. 4. 2011, in Banca borsa tit. cred., 2011, 748, ritenendo la componente aleatoria strettamente intrinseca alla struttura dei derivati e compatibile con i reciproci e commutativi impegni, e precisando che "addossare il rischio ad una sola delle parti, attribuire all'altra profili certi sulla redditività futura del proprio investimento consente alla controparte di calcolare perfettamente, e "a priori", i costi dell'operazione posta in essere e dei vantaggi ricavabili, con conseguente mancanza, nella causa concreta, di un'effettiva alea".

(22) "Il contratto derivato rientra nella categoria della scommessa legalmente autorizzata, la cui causa, ritenuta meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria, risiede nella consapevole e razionale creazione di alea che, nei derivati c.d. simmetrici, sono reciproche e bilaterali: Cass., 8. 5. 2014, n. 9996, aggiungendo che "costituisce, del resto, un dato acquisito il fatto che l'art. 1933 c.c. abbia un ambito di applicazione del tutto residuale, perché concernente esclusivamente le ipotesi di scommessa c.d. tollerata dal legislatore, mentre non riguarda affatto le scommesse legalmente autorizzate che, come tali, debbono attribuire azione per il pagamento".

(23) Per un censimento dei principali contributi apparsi in tema si rinvia a D. Maffei, *Costi impliciti nell'interest rate swap*, in Giur. comm., 2013, I, 660; Id., *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata* (art. 1935 c.c.), in *Contr. e impr.*, 2014, 852 ss.

(24) Viceversa, se stipulato a mero scopo speculativo, al di fuori di tale funzione legata all'attività imprenditoriale, esso risulta assimilabile alla scommessa: Trib. Lanciano, 6. 12. 2005, in Giur. comm. 2007, 131, facendone conseguire l'inapplicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, stante la natura aleatoria.

(25) Trib. Palermo, 16. 5. 2002, in Giur. Mer., 2002, 977, *Il civilista* 2011, 12.

(26) La disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e della riduzione della prestazione dovuta ad equità non si applica ai contratti aleatori per loro natura, ossia caratterizzati essenzialmente da uno specifico elemento di rischio, sicché il rapporto tra costi e benefici derivanti dal negozio si pone necessariamente come incerto al momento della stipulazione, né ai contratti aleatori per volontà delle parti, in cui apposite clausole, consapevolmente accettate, introducono elementi di rischio potenzialmente idonei ad ingenerare squilibrio nel rapporto tra costi e benefici contrattuali: Trib. Torino, 15. 10. 1996, in Giur. it., 1997, I, 2, 136, in Banca borsa tit. cred. 1997, II, 447.

(27) Cass., 4. 1. 1993, n. 10.

(28) L'impossibilità di utilizzare le presunzioni in riferimento ai contratti aleatori — in ragione della loro eccezionalità, si da richiedere che essi risultino da una espressa volontà delle parti e da clausole appositamente stabilite o accettate — esclude soltanto la possibilità di affermare che in luogo di una vendita di cosa sperata (art. 1472, comma 1, c.c.) sussista una ipotesi di "vendita di speranza" (art. 1472, comma 2, c.c.), ma non impedisce di affermare sulla base di presunzioni esistenti che un contratto di vendita di cosa futura, ex art. 1472 c.c., sia stato in ogni caso concluso: Cass. 5. 12. 2011, n. 26022.

(29) Pertanto, non è applicabile la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità in caso di eccezionale svalutazione della lira rispetto alla valuta estera di riferimento, a seguito dell'uscita della lira dal Sistema monetario europeo: Trib. Venezia, 17. 5. 2000, in Giur. comm., 2001, 2541. La previsione della clausola di indicizzazione all'Ecu determina, in mancanza di diversa pattuizione, l'assunzione del rischio di cambio da parte del mutuatario, introducendo nel contratto di mutuo un elemento di aleatorietà che esclude l'applicabilità della disciplina sulla eccessiva onerosità sopravvenuta: Trib. Roma, 22. 5. 1998, in Banca borsa tit. cred., 2000, II, 193.

(30) Cass., 25. 3. 2009, n. 7225, in Giust. civ., 2010, 111.

(31) Rinvio al mio *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Fam. Dir.*, 2008, n. 3, p.305 ss.

(32) Cass. 19. 10. 1998, n. 10322, in *I Contratti*, 1999, 221, con nota di A. PANDOLFI; Cass. 11. 11. 1988, n. 6083, in *Foro it.*, 1989, I, 1163; Cass., 16. 6. 1981, n. 3902, in *Foro it.*, 1982, I, 477.

(33) Come nel caso oggetto di Trib. Napoli, 21. 12. 2005, in *Notariato*, 2006,251. Per contro Trib. Cosenza, 3. 4. 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2937, ha respinto la prospettata esclusione dell'alea in ragione dell'età avanzata

dell'alienante e della patologia da cui era affetto in un caso in cui la vitalità era sopravvissuta un anno alla conclusione del contratto. Cass. 16. 6. 1981, n. 3902, in Foro it., 1982, I, 477, con nota di S. Di Paola ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso l'aleatorietà del contratto collegando lo stato di ipertensione ed affezione asmatica, esistente al momento della conclusione del contratto, al decesso avvenuto due anni dopo per leucemia linfatica, addebitandole di non aver valutato il dato cronologico e soprattutto la non equivoca diversità genetica dei fenomeni patologici. In termini già Cass., 18. 5. 1965, in Foro it., 1965, I, 2010.

(34) Trib. Cagliari, 10 giugno 2003, in Riv. giur. Sarda, 2004, 447, con nota di M. PUSCEDDU, Brevi note in tema di simulazione, alea del contratto e azione revocatoria.

(35) Cass. 19. 10. 1998, n. 10332, in I contratti, 1999, 221, con commento di A. PANDOLFI, Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea, decretò la nullità per mancanza di causa del trasferimento di un altro bene, con un contratto di mantenimento, quale compenso della maggiore gravosità sopravvenuta dell'assistenza materiale e morale da prestare dai nipoti a favore dei nonni. L'inquadramento della fattispecie è nei termini della donazione simulata, nulla per difetto di forma.

(36) Trib. Roma, sez. II, 13. 4. 2017, n. 7407, in Redazione Giuffrè, 2017.

(37) Cass., 23. 6. 1984, n. 3694, in Giust. civ., 1985, I, 93.

(38) L'accertamento del giudice di merito circa la sussistenza dei caratteri evidenziati è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi: Cass. 23. 2. 2001, n. 2661.

(39) Con riferimento a un contratto di compravendita con effetti immediatamente traslativi per cui doveva ancora essere pagata parte del prezzo, Cass., 8. 8. 2003, n. 11947 ritenne necessario stabilire preliminarmente se la risoluzione del contratto possa essere invocata anche da quello dei contraenti che abbia già eseguito la sua prestazione essendo già avvenuti sia il trasferimento di proprietà sia la consegna della cosa, avendosi presente, in particolare, che anche nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta per svilimento della prestazione attesa, la prestazione di chi agisce deve, al tempo della sopravvenienza, risultare ancora in itinere.

(40) Trib. Lanciano, 6. 12. 2005, in Giur. comm. 2007, 1, 131, circa l'"Interest Rate Swap".

(41) Ai contratti con struttura associativa, quali i Consorzi, non sono applicabili gli artt. 1465 e 1467 c.c., mancandovi una contrapposizione di interessi ed attesa la comunanza degli scopi da perseguire, il che esclude l'esistenza di un nesso di interdipendenza sinallagmatica che esiga il mantenimento dell'equilibrio delle prestazioni cui sono tenuti rispettivamente il consorziato ed il consorzio: Cass. 12. 2. 1998, n. 1507

(42) Il comodato di un terreno la cui durata è determinata con riguardo al verificarsi di un evento "certus an" ma "incertus quando" non può definirsi precario. Il recesso può, di conseguenza, essere esercitato dal comodante solo se sussista la giusta causa di cui all'art. 1809 comma 2 c.c., non essendo il comodato suscettibile di risoluzione ai sensi dell'art. 1467 c.c. Collegio arbitrale, 16. 10. 2001, in Dir. e giur. agr. 2002, 314

(43) L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità non è applicabile ai contratti di locazione sottoposti al regime vincolistico, poiché l'alterazione dell'equilibrio contrattuale trova una precisa previsione nell'art. 6 della legge n. 841 del 1973, per il quale il locatore ha diritto al rimborso delle comprovate maggiori spese, rispetto a quelle sostenute al tempo della stipulazione del contratto: Cass., 11. 8. 1987, n. 6891.

(44) In quanto contratto ad esecuzione continuata per il quale è particolarmente avvertita dal legislatore l'esigenza di mantenere fermo l'equilibrio delle prestazioni: Trib. Sondrio, 14. 1. 1980, in Giur. Mer. 1982, 1232.

(45) Nel senso che "debbono ritenersi comprese nella previsione normativa tutte le difficoltà di esecuzione dipendenti da cause naturali, e cioè tutte quelle che presentino le stesse qualità e caratteristiche intrinseche delle precedenti, esplicitamente menzionate, ma non quelle provocate da sopravvenienze oggettive di tipo diverso che provochino effetti identici e analoghi, come il fatto del terzo e il "factum principis", le quali possono rientrare nella disciplina generale dell'art. 1467 c.c.": Cass., 19. 3. 1980, n. 1818.

(46) In tema di appalto, l'istituto della revisione dei prezzi è una particolare applicazione del più ampio istituto della "eccessiva onerosità" disciplinato dall'art. 1467 c.c., ai quali è comune il fondamento giuridico, rappresentato dal turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni, verificatosi in modo oggettivo e imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale; la revisione ha, poi, la finalità particolare di ovviare alla risoluzione di un contratto come quello d'appalto, che, per la sua particolare natura, merita di essere mantenuto in vita, tanto nell'interesse particolare dei contraenti quanto in quello economico generale: Cass., 5. 2. 1987, n. 1123.

(47) L'art. 1664, comma 2, c.c., il quale prevede il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso per difficoltà di esecuzione sopravvenute, derivanti da cause geologiche, idriche e simili, si riferisce alle difficoltà provocate da cause naturali, e, pertanto, non può trovare applicazione con riguardo a situazioni oggettive di diversa consistenza, come il fatto del terzo, per

le quali resta operante la disciplina generale dell'art. 1467 c.c., in tema di onerosità sopravvenuta nel contratto a prestazioni corrispettive: Cass., 16. 1. 1986, n. 227; Cass., 14. 1. 1987, n. 173.

(48) Cass., 5. 3. 1979, n. 1364. L'art. 1664 cod. civ., per le fattispecie contemplate, presenta carattere speciale rispetto all'art. 1467 cod. civ., di cui impedisce l'applicabilità, in quanto non prevede la risoluzione del contratto, ma solo la revisione dei prezzi o, nel caso di cui al secondo comma, il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso: Cass., 31. 12. 2013, n. 28812.

(49) Non costituiscono avvenimenti straordinari ed imprevedibili l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la crescente svalutazione della moneta, trattandosi di eventi che rientrano nella comune alea contrattuale: Cass., 11. 4. 2017, n. 9314, confermando la decisione impugnata, che aveva escluso che il mutamento - da agricolo ad edificatorio e residenziale - del regime urbanistico dell'immobile promesso in vendita, sopravvenuto rispetto alla data di stipula del contratto preliminare, integrasse gli estremi per procedere alla risoluzione del preliminare medesimo ex art. 1467 c.c..

(50) Cass., 16. 3. 1984, n. 1799 circa le oscillazioni di mercato in una compravendita di merce a consegne ripartite.

(51) Cass., 21. 6. 1985, n. 3730 a proposito di un contratto di fornitura di acqua irrigua, variazioni del costo dell'energia elettrica.

(52) Senza che in tale ipotesi possa neppure porsi un problema di mora accipiendi del creditore (profilabile, invece, allorché sia offerta una prestazione parziale o alterata nella sua essenza), atteso che l'oggettiva impossibilità della prestazione rende addirittura inconfigurabile un'offerta di essa da parte del debitore: Cass., 9. 5. 1983, n. 3159, relativa a prestazioni di lavoro impedito dall'occupazione dello stabilimento.

(53) Cass., 13. 12. 1980, n. 6464.

(54) Cass., 14. 11. 1981, n. 6034.

(55) Cass., 17. 6. 1983, n. 4177.

(56) Cass., 17. 2. 1983, n. 1219.

(57) Cass., 23. 2. 2001, n. 2661, in Foro it., 2001, I, 3254, la quale ha ritenuto il lievitare del prezzo di un immobile, promesso in preliminare, a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni edilizie richieste, conseguenza del comportamento inerte dell'alienante, il quale non aveva provveduto a sanare la situazione di illecito urbanistico.

(58) Cass., 4. 3. 2004, n. 4423. Nella specie gli attori, che avevano promesso ai convenuti la vendita di un immobile con la pattuizione che il contratto definitivo sarebbe stato stipulato, con il contestuale pagamento del prezzo pattuito, non appena fosse stato trascritto l'atto di divisione ereditaria stipulato con scrittura privata, avevano dedotto l'eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto per il progressivo aumento di valore del bene verificatosi prima della dichiarazione giudiziale di autenticità dell'atto di divisione avvenuta soltanto a distanza di diversi anni dalla stipula del preliminare. La Corte ha confermato la sentenza di appello che aveva escluso l'eccessiva onerosità sopravvenuta dedotta dagli attori, avendo negato le caratteristiche dell'imprevedibilità e della straordinarietà agli eventi invocati dagli attori. In senso sostanzialmente conforme Cass., 25. 11. 2005 n. 24858; Id., 19. 9. 2016 n. 18292.

(59) Anche della svalutazione monetaria maturatasi dalla data dell'offerta del promissario acquirente di modifica delle condizioni del contratto, giacché questa non sarebbe tale da ricondurre ad equità il contratto stesso se i due valori contrapposti, il bene ed il prezzo, risultassero alla fine ancora squilibrati: Cass., 11. 1. 1992, n. 247.

(60) La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta può esser pronunciata anche per contratti ad esecuzione differita dell'intera prestazione o di una parte economicamente rilevante di essa, per il contratto di compravendita ad efficacia obbligatoria e non invece per la vendita con effetti reali immediati, nella quale la prestazione del venditore si intende eseguita al momento della manifestazione del consenso, senza che rilevi in contrario il pattuito differimento della materiale consegna della cosa: Cass., 18. 2. 1999, n. 1371.

(61) Cass., 23. 5. 1988, n. 3575.

(62) La clausola, inserita in un contratto di fornitura, di variazione automatica del prezzo secondo determinati parametri non esclude la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, qualora il fatto sopravvenuto sia di gravità tale da rendere vano, in concreto, il funzionamento di essa e da impedire, quindi, la perequazione del prezzo e qualora risulti altresì che le parti non abbiano inteso sopportare l'alea di essa sopravvenienza: Cass., 29. 6. 1981, n. 4249, in Foro it., 1981, I, 2133 con riferimento al contratto di fornitura di un prodotto petrolifero raffinato, il cui prezzo, a causa dell'aumento di costo del petrolio greggio causato dalla guerra arabo-israeliana del 1973, aveva fatto sì che la clausola di adeguamento, riferita solo in parte agli aumenti di costo del greggio, non fosse più sufficiente ad evitare la fornitura in perdita.

(63) Cass., 9. 5. 1981, n. 3074 con riferimento a un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui verificarsi (o il cui venir meno) sia del tutto indipendente dalla volontà dei contraenti. L'indagine diretta all'individuazione di una presupposizione si esaurisce sul piano

propriamente interpretativo del contratto e costituisce pertanto accertamento riservato al giudice di merito e insindacabile in sede di legittimità se immune da vizi logici e giuridici.

(64) Cass., 24. 3. 1998, n. 3083, in Giust. civ., 1998, I,3161, Studium Juris, 1998, 832.

(65) Cass., 19. 10. 2015, n. 21122, in Guida dir., 2015, 49 ss.

(66) Cass., 13. 10. 2016, n. 20620 ha riconosciuto la legittimità del recesso di un ente pubblico territoriale dal contratto di locazione di un immobile destinato a scuola, affermando che la durata del rapporto negoziale fosse implicitamente condizionata alla mancata ultimazione della costruzione di un nuovo edificio, da adibire a sede dell'istituto scolastico

(67) Cass., 14. 6. 2013, n. 15025.

(68) In una fattispecie di cessione immobiliare per la realizzazione di un centro commerciale, Cass., 5. 3.2018, n. 5112 ha rilevato l'insussistenza della presupposizione nella non realizzabilità di edifici a destinazione commerciale di vendita al dettaglio, attesa, in capo alle parti, la comune consapevolezza circa la legittimità del completamento edificatorio per finalità commerciali "retail", realizzato dalla cessionaria dell'area nel rispetto delle previsioni del T.U. edilizia n. 380 del 2001 pur a seguito del mutamento della destinazione urbanistica dell'area medesima).

(69) Rispetto alla compravendita di un terreno si è ritenuto che la concreta possibilità di realizzarvi un determinato edificio fosse stata implicitamente presupposta da entrambe le parti come base comune della contrattazione, si da travolgere la stessa nel caso di venir meno del presupposto, solo dopo il preventivo riscontro che il contratto non contenesse una regolamentazione di tale evenienza: Cass., 21. 7. 1980, n. 4775.

(70) Dal convincimento secondo cui una locazione era stata stipulata contando sulla concessione al conduttore della licenza di commercio si derivò che il venir meno della presupposizione in corso di contratto legittimava la risoluzione dello stesso, senza tuttavia consentire al conduttore di ottenere la restituzione dei canoni corrisposti prima del venir meno della circostanza presupposta: Cass., 22. 9. 1981, n. 5168.

(71) In relazione alla conclusione di un contratto di rifornimento di carburante a stazione di servizio da costruire secondo un progetto allegato al contratto stesso, si è ritenuto che la realizzazione della stazione di servizio era il presupposto dell'accordo e che l'impossibilità di dare esecuzione a quel progetto, per la sopravvenuta normativa regionale, comportava la risoluzione del contratto: Cass., 24. 3. 1998, n. 3083, in Giust. civ., 1998, I,3161, Studium Juris, 1998, 832

Le conclusioni (e i dispositivi) negli atti e nelle decisioni civili.

Andrea Del Nevo
Magistrato

Sommario: 1. *Premesse.* - 2. *Petitem e causa petendi.* - 3. *Le formule retoriche.* - 4. *Le conclusioni nella fase di merito.* - 5. *Le conclusioni nei procedimenti cautelari.* - 6. *Suggerimenti di sintesi.* - 7. *Conclusioni.*

1. Premesse.

L'illeggibilità di molti atti processuali costituisce un problema per molti difensori e per i giudici civili italiani. Narrazioni prolisse e scarsamente attinenti alle domande finali e richieste istruttorie torrenziali sono purtroppo una caratteristica molto diffusa in tali atti, e ne è indubbia l'incidenza in termini negativi sull'attuazione del principio costituzionale del giusto processo di cui all'articolo 111 della Costituzione.

Costringere gli altri difensori e i giudici a leggere considerazioni inutili e ripetizioni grava sui tempi del processo, e quindi sui diritti dei cittadini, molto più di quello che gli operatori possono pensare. Il problema sembra essere caratteristico della parte narrativa degli atti.

La scelta di concentrare l'analisi degli atti processuali civili sulle loro conclusioni può quindi sorprendere il lettore. In realtà si tratta di una decisione meditata, perché è proprio iniziando dal finale degli stessi che si può costruire conseguenzialmente uno svolgimento più corretto anche in termini di sintesi complessiva dell'atto. Conclusioni chiare implicano sempre narrative altrettanto chiare, dal momento che il redattore viene inconsciamente indotto ad eliminare dall'atto tutte le argomentazioni non finalizzate al risultato giurisdizionale che si vuole conseguire.

Una recente decisione della Cassazione ha tra l'altro riportato interesse attuale in ordine a tale argomento. La sentenza delle Sezioni Unite del 16/1/15 n. 642 ha costituito e costituisce una svolta storica nel campo del diritto processuale civile italiano. In tale decisione, impropriamente conosciuta come sentenza "copia e incolla", la Cassazione ha consacrato il principio per cui "nel processo civile... non può ritenersi nulla la sentenza che esponga le ragioni della decisione limitandosi a riprodurre il contenuto di un atto di parte... eventualmente senza nulla aggiungere ad esso".

Se è pur vero che la pronuncia citata è stata emessa con riferimento al percorso motivazionale, essa fornisce comunque un principio implicito di grande utilità per questo scritto.

Secondo la Cassazione qualunque sentenza "non viene in considerazione per l'ordinamento come opera letteraria bensì quale espressione di una funzione dello Stato", tanto che "non può essere oggetto del diritto d'autore nelle due espressioni (morale e patrimoniale) considerate dal legislatore". Da ciò consegue tra l'altro che in qualunque sentenza "non assume rilievo l'eventuale originalità dei contenuti e delle relative modalità espressive" e in ciascuna di esse "può essere riportato, ripreso, richiamato in tutto o in parte il contenuto di... scritti difensivi". A tale proposito è stato precisato che "una volta assunta la decisione... deve pertanto riconoscersi al giudice la possibilità di esporle (Ndr le ragioni giuridiche e di fatto) nel modo che egli reputi più idoneo- purché in lingua italiana, succintamente ed in maniera chiara, univoca ed esaustiva-, perciò anche (se lo ritiene) attraverso le "voci" dei soggetti che hanno partecipato al processo (parti...)", e ciò realizzando "attraverso la tecnica del collage" (questa, e non "copia e incolla", è l'espressione realmente usata dalle Sezioni Unite).

Chi scrive ritiene che il principio implicito contenuto in quello esplicito sopra enunciato sia quello di un riavvicinamento tra gli atti dei difensori ed i provvedimenti dei giudici.

L'espressione "riavvicinamento" viene utilizzata volutamente al posto di "avvicinamento", proprio per sottolineare che il distanziamento tra atti e provvedimenti è frutto di una prassi non condivisibile, e non certo di una volontà normativa anche passata.

La sentenza delle Sezioni Unite appena esaminata non rinvia infatti nel codice di procedura alcun ostacolo al richiamo integrale nelle decisioni degli atti difensivi. Il che vuol dire logicamente che il legislatore fin dal 1942 aveva acconsentito alla trasposizione del contenuto degli scritti di parte nei provvedimenti finali. Siccome le conclusioni sono parte integrante ed estremamente importante degli atti difensivi, non si rinvengono motivi per escludere la loro trasferibilità nelle decisioni dei giudici, in caso di loro accoglimento.

Per consentire però tale trasferimento occorre necessariamente che esista una vicinanza quantomeno formale nella tecnica di redazione sia degli atti e sia dei provvedimenti, anche e soprattutto con riferimento a conclusioni destinate a diventare dispositivi.

Questo contributo intende pertanto fornire alcuni suggerimenti per la redazione degli atti processuali, sia dei difensori che dei magistrati, al fine di utilizzare le indicazioni di cui sopra della Suprema Corte per ottenere un significativo accostamento tra realtà (atti e sentenze) che tendono troppo spesso a muoversi in parallelo, e non secondo invece la dovuta sinergia. Questo anche nell'auspicata ed auspicabile (ma non facilmente realizzabile) ottica di una formazione veramente comune tra gli operatori del processo civile. Si terrà naturalmente conto del fatto che il diritto di difesa resta fondamentalmente un diritto di libertà, anche di espressione, che può incontrare limitazioni anche auspiccate solo in termini di ragionevolezza e di reale funzionalità all'attuazione del principio costituzionale del giusto processo ex art. 111 c.p.c.. Non si ignora poi ovviamente il principio di cui all'articolo 121 c.p.c., per cui "gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo". Occorre però ricordare che con l'avvento del processo telematico la "libertà di forme" di tale articolo ha già subito una limitazione significativa.

L'art. 19 del Decreto Legge n.179/12, dopo la sua modifica con la legge n. 132/15, prevede all'art. 2-ter, comma 9-octies, prevede che "gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica". Pur mancando indicazioni sul numero delle pagine richieste (che in realtà deve variare con riferimento alla complessità della causa) e sulle sanzioni per l'inottemperanza a tale precetto, tale norma costituisce una significativa eccezione alla libertà dell'articolo 121 c.p.c., che peraltro anche prima del processo telematico non poteva considerarsi priva di limiti, come si intende dimostrare in questa sede.

La "libertà di forme" trova poi limitazioni sia logiche e sia normative per quanto riguarda le conclusioni degli atti ed i dispositivi correlati, di cui si dirà infra.

A tali limitazioni chi scrive ritiene che se ne debba aggiungere una di tipo funzionale.

È infatti pacifico che le conclusioni siano un elemento essenziale di ogni atto introduttivo di un giudizio civile. La loro totale mancanza è infatti sanzionata con la nullità dell'atto in base al secondo comma dell'articolo 156 c.p.c.. (1) Il rischio connesso alla formulazione di conclusioni confuse è anche tuttavia quello di ricondurre le stesse alla nullità di cui sopra, per la loro mancanza del carattere di indispensabilità per il raggiungimento dello scopo.

Ed è anche per questo che per la loro redazione si ritiene di consigliare la massima precisione.

2. *Petiturum e causa petendi.*

Ricordiamo che secondo il più autorevole tra i maestri del processo civile (Mandrioli) le conclusioni sono "la formulazione sintetica e globale della domanda al giudice nei suoi termini essenziali: *petiturum immediato e mediato ed eventualmente anche causa petendi*" (2).

Essendo i termini di cui sopra noti a tutti i lettori, si concentrerà l'analisi principalmente sul *petiturum immediato*, e cioè sul provvedimento, e più in particolare sul tipo di pronuncia chiesto dalle parti al giudice. In ordine al *petiturum mediato*, e cioè al bene della vita richiesto, si svolgeranno solo brevi considerazioni con riferimento a modalità sintetiche di individuazione dello stesso nelle conclusioni.

Per la causa *petendi* si evidenzia che non a caso Mandrioli pone l'indicazione di tale elemento nelle conclusioni come eventuale. La specificazione dello stesso in esse non ha infatti alcun senso in caso di domanda unica.

Diverso è certamente il discorso con riferimento ad una molteplicità di istanze. Questo non significa però che l'indicazione debba tradursi in formule ridondanti.

Un'esposizione precisa delle richieste e delle loro fonti in fatto ed in diritto nella parte narrativa dell'atto consente agevolmente di usare nella stragrande maggioranza dei casi nelle conclusioni la formula sintetica "per le ragioni/causali indicate nella narrativa".

In un formulario rinvenuto su Internet si rinvengono purtroppo suggerimenti in senso contrario a quanto appena detto. In un'ipotetica fattispecie di ingiuria in danno di uno scrittore alla presentazione del suo ultimo libro in una libreria, a causa di espressioni offensive ("ignorante" "raccomandato") pronunciate dallo spettatore Caio, veniva proposto un modello di citazione per risarcimento dei danni morali relativi. Nelle prime due conclusioni delle quattro totali, precedute dalla formula "ritenere e dichiarare", si legge quanto segue. La prima di esse chiede di dichiarare "il convenuto responsabile di ingiuria nei confronti di Tizio". Si tratta però di un accertamento che non deve trovare posto nelle conclusioni, perché costituisce il presupposto giuridico dell'unica conclusione richiedibile, che è quella di condanna al risarcimento.

Identica considerazione deve essere svolta a proposito della conclusione 2, dove si chiede di dichiarare "che, a seguito della ingiuria subita, l'attore ha subito e continua a subire ingenti danni di natura patrimoniale e non", e della conclusione 3, dove viene chiesta la condanna del convenuto al risarcimento "anche con riferimento alle singole azioni causatrici di danno". Le domande sono sempre tuttavia finalizzate ad ottenere un ordine da parte del giudice. Tale ordine (ad es. fare, non fare, sopportare) è esplicito nelle pronunce di condanna, ed è implicito nelle altre tipologie di decisione.

Nelle sentenze dichiarative e costitutive l'ordine rivolto implicitamente alle controparti è quello di astenersi da ulteriori contestazioni in ordine alla sussistenza del diritto dichiarato o della modificazione della realtà giuridica effettuata.

Occorre allora ribadire in questa sede che, salve alcune eccezioni su cui ci si soffermerà incidentalmente, sia la richiesta dei difensori e sia, soprattutto, la sentenza del giudice, devono riguardare soltanto tre tipologie di pronunce. Per dirla in modo chiaro, il giudice civile può soltanto dichiarare, condannare e costituire. E quindi quanto appena indicato è esattamente ciò che difensori possono chiedere. Null'altro.

Con numerose conseguenze comuni sul piano formale per avvocati e difensori, e differenze solo marginali.

Iniziamo dai difetti degli elementi comuni alle due categorie, che questo scritto vorrebbe tentare di correggere, e che si

possono ricondurre all'aggettivo "superfluo".

Il dizionario Treccani (3) ad oggi ci ricorda che per superfluo si intende in Italiano ciò "che è in più, che non è necessario né indispensabile". La sua significativa etimologia scaturisce dalla combinazione dei termini latini "super" (sopra) e "fluere" (scorrere). È perciò un termine che indica qualcosa che si pone al di sopra dello scorrimento, e quindi in un testo scritto è qualcosa che si pone al di fuori, e quindi inevitabilmente in contrasto con il suo fluire.

La superfluità esaminata con riferimento alle conclusioni è già evidente in relazione al dato normativo attuale. Ai numeri 4) degli articoli 163 e 414 c.p.c. si parla soltanto di "relative conclusioni" (l'aggettivo "relative" le raccorda con i motivi della domanda), ed il primo comma dell'articolo 702 bis c.p.c. si limita a richiamare il numero 4) dell'articolo 163.

Il legislatore è quindi da sempre (cioè anche nei riti introdotti dopo la redazione del codice di procedura) chiaro e sintetico quando si riferisce alle conclusioni. Pretende dunque esclusivamente che i difensori precisino quali ordini (condanne) e dichiarazioni (anche modificative della realtà giuridica) vorrebbero dai Giudici, e perciò quali dispositivi, anche in via subordinata, aspirino ad ottenere per il proprio cliente.

L'unica differenza consisterà nel modo del verbo. Al difensore spetta infatti di formulare conclusioni in uno dei modi indefiniti, e cioè all'infinito (preferibile, perché più affine al modo del Giudice di cui infra) o anche al gerundio, decisamente però più burocratico.

Esemplificando, dopo il P.q.m., il difensore "chiede al/alla Tribunale/Corte di Appello/di Cassazione di dichiarare/condannare" o "voglia il/la Tribunale/Corte di Appello/di Cassazione pronunciare condannando/dichiarando". Il Giudice dovrà dal canto suo limitarsi nei suoi dispositivi al "dichiara/condanna". Naturalmente per le pronunce costitutive, che hanno natura eterogenea, il discorso deve essere più articolato.

Ciò perché l'art. 2908 c.c., base normativa di tale categoria di pronunce, prevede che il Giudice "può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici", enucleando così tre tipologie di decisioni (e quindi di domande) modificative della realtà giuridica. Tale ampia previsione è però compensata dall'inciso "nei casi previsti dalla legge", dal quale si evince la tassatività delle ipotesi di sentenze costitutive, seppure in tempi recenti temperata dalla dottrina (4).

Lo scopo di questo contributo non è tuttavia quello di analizzare partitamente le varie tipologie di decisioni, ma in realtà di aiutare i difensori a redigere conclusioni esatte, eliminando ogni formula superflua, senza peraltro rischiare di incorrere in pronunce di inammissibilità delle stesse.

Prescindendo in questa ottica dalla disamina che seguirà dei vari tipi di pronunce, si possono fornire immediatamente alcuni suggerimenti di tipo generale.

3. Le formule retoriche.

L'eliminazione delle formule retoriche è il primo necessario passaggio per la chiarezza delle conclusioni.

Al di là della sua reiterazione consuetudinaria tra varie generazioni di difensori, il diffuso incipit "piaccia al/alla Tribunale/Corte d'Appello illustrissimo/a" non ottiene alcun effetto né di efficacia, e nemmeno di rispetto, verso il destinatario. Come si dirà più avanti anche per le altre formule, si deve chiaramente dire che la sua eliminazione non influisce sulla decisione. Non esistendo nel nostro ordinamento il principio del "non liquet", l'organo giurisdizionale investito dalle domande delle parti dovrà innanzitutto pronunciare sulle stesse, che gli "piaccia" o no.

Se è pur vero che tra i vari significati del verbo "piacere" esiste anche quello di "sembrare giusto" (ad es. "mi piace ri-

cordare"), di affinità solo apparente con il mondo giuridico, è però evidente come per qualunque giudice la risposta alle domande delle parti costituisca un dovere, che prescinde da ogni piacere anche eventualmente sottostante ad esso.

Eliminando quindi il "piaccia" il giudice pronuncerà ugualmente. Quanto alle formule "illustrissimo/a" e simili, dobbiamo ricordare che con declinazioni diverse, ma non molto dissimili, l'aggettivo "illustre" indica soggetti che hanno "larga e meritata fama per singolari qualità e per opere o atti stimati egregi" (Treccani (5)).

Come ben spiega il dizionario appena citato, si tratta di una formula allocutiva, priva di carattere di richiesta, e quindi non funzionale, se non in termini di presunta persuasione, al risultato processuale. Ma la persuasione trova la sua sede esclusiva nella parte argomentativa dell'atto, ed è fuori luogo nelle conclusioni. Siamo perciò di fronte ad una formula del tutto inutile, sostituibile con quelle più chiare suggerite sopra da chi scrive ("chiede al/alla Tribunale/Corte di Appello/di Cassazione di dichiarare/condannare" o "voglia il Tribunale pronunciare condannando/dichiarando").

Ricorre poi quasi sempre negli atti processuali (ed anche nelle sentenze) la formula "contrariis reiectis", traducibile in italiano come "respinti tutti gli assunti contrari". Questa formula non è in primo luogo corretta in sé, perché in realtà viola l'obbligo di uso della lingua italiana di cui all'art. 122 c.p.c.. Ma è soprattutto una formula inutile. È infatti ovvio che l'affermazione di un diritto implica il rigetto di tutte le difese contrarie, senza che possa avere rilievo pratico la richiesta, di natura formulare, di tale rigetto, che non può costituire mai di per sé una domanda o un'eccezione, e nemmeno una mera difesa preventiva.

E veniamo poi al "salvis iuribus" (richiamando anche per esso la violazione dell'art. 122 c.p.c.), traducibile in italiano in "fatti salvi i diritti", declinato spesso in "salvezze illimitate". La "salvezza" dei diritti si può intendere in senso sostanziale o processuale. L'ipotesi sostanziale appare immediatamente inverosimile, perché all'interno del processo i diritti fatti vengono valere mediante domande ed eccezioni, e quindi attraverso meccanismi esclusivamente processuali.

La "salvezza" processuale potrebbe invece avere un senso, se il riferimento dovesse intendersi ai diritti di proporre domande ed eccezioni, che concretizzano e specificano il più ampio diritto di difesa.

In realtà la formula non ha alcun rilievo pratico. E questo perché i diritti processuali sono in realtà determinati nel loro esercizio dalle preclusioni accertate dal giudice o dalle rinunce o riduzioni operate dalle parti, con la conseguenza che la formula in esame appare irrilevante, perché il giudice non ne tiene conto ai fini della decisione.

Per ciò che concerne infine "salvezze illimitate" si deve evidenziare l'incongruità dell'aggettivo, in contrasto frontale con il principio costituzionale del "giusto processo", che non consente più grazie alle preclusioni continue variazioni delle domande e delle eccezioni esaminabili.

Altra formula ricorrente nelle conclusioni (e anche in molte sentenze) è "accertare" (meno frequente "ritenere"), che viene premesso quasi sempre al corretto "dichiarare".

In realtà l'accertamento è chiaramente implicito nella dichiarazione, che viene emessa in virtù di tale presupposto logico-giuridico, che ha però la sua sede naturale nella narrazione, dove devono essere esposte le ragioni di fatto e in diritto che lo hanno determinato.

Dichiarare presuppone accertare, ma il dispositivo non è la parte dell'atto deputata ad accogliere quest'ultima formula, perché l'ordine implicito di astensione del soccombente da contestazioni future ha già nella dichiarazione il suo unico contenitore. Esistono anche conclusioni, definibili come "di-

chiarative ultronee”, frequentissime nella prassi, che confermano quanto appena affermato.

Prendiamo un esempio da un altro formulario reperito su Internet. In una causa per incidente stradale si propone di concludere “... accertare e dichiarare la responsabilità del conducente del furgone...nella determinazione del sinistro per cui è causa, condannandolo per le causali di cui in premessa... a risarcire alla società (attrice)...”. In questa fattispecie è chiaro che l’ordine richiesto è soltanto quello di condanna del convenuto al risarcimento dei danni, mentre la dichiarazione di responsabilità dello stesso nella causazione dei danni è in realtà una richiesta di accertamento, come tale da riservare esclusivamente alla motivazione, e quindi alla narrazione dell’atto. È pertanto chiaro che in questo caso l’unica conclusione corretta è quella successiva al verbo “condannandolo”, essendo anche il “dichiarare” (oltre all’“accertare”) affetto da evidente superfluità. Si deve quindi escludere per superfluità ogni conclusione accertativa o dichiarativa solo strumentale ad una pronuncia di condanna. Si rinvergono infine formule definibili come “dichiarative apparenti”.

Nel formulario appena citato si legge infatti anche un’altra formula molto frequente, e cioè “previa la declaratoria del caso e di legge”. Anche questa proposizione non ha una collocazione sensata nelle conclusioni.

In riferimento alla “declaratoria del caso” l’ovvietà, e quindi la superfluità di tale enunciazione, è del tutto evidente sotto due profili.

Se da un lato “del caso” si intende come declaratoria “opportuna”, la stessa enuncia il principio di discrezionalità del Giudice, e quindi non costituisce una domanda.

Dall’altro lato se si intendesse (improbabilmente) come declaratoria “del caso concreto”, la sua inutilità risulterebbe ancora più evidente.

La declaratoria “di legge” enuncia infine il principio dell’art. 113 c.p.c. (iura novit curia), e non comporta conseguenze per le domande in caso di sua omissione negli atti, stante il potere di libera riquilibratura del giudice che deriva da tale norma. Sgombrato il terreno dalle conclusioni apparenti, si può iniziare dalle pronunce realmente precettive, e dalle conclusioni che le richiedono.

4. Le conclusioni nella fase di merito.

Il punto di partenza può essere costituito dalle pronunce dichiarative, con le quali cioè si accerta o l’esistenza di diritti, tendenzialmente preesistenti al processo, senza determinarne modifiche, ma solo per eliminare ogni incertezza in ordine alla loro esistenza, o la patologia originaria di un atto che sia fonte di obbligazioni (ad es. le dichiarazioni di nullità dello stesso).

Le conclusioni per ottenere tale tipo di pronunce non presentano a parere di chi scrive alcuna necessità di formule ridondanti. Basta la semplice affermazione “si chiede di dichiarare”, adattata al diritto richiesto. Così ad esempio per i diritti reali sarà sufficiente aggiungere “Tizio proprietario esclusivo-Caio e Sempronio comproprietari al 50%-Mevio titolare del diritto di superficie/usufrutto/uso/servitù di... etc...”.

In altri ambiti giuridici basterà aggiungere formule come “il fallimento della società Tizia” oppure “la nullità del contratto/testamento”, o “l’assenza/la morte presunta di Caio”, o “Mevio figlio di Sempronio”, senza ulteriori specificazioni, che devono essere riservate alla narrazione. Quello che non dovrà invece essere dichiarata nelle conclusioni è la titolarità in capo soggetto processuale di un diritto di credito, perché quest’ultimo viene accertato solo al fine di ottenere una condanna al pagamento o una compensazione con un controcredito.

Più problematico risulta in apparenza il discorso relativo alle conclusioni finalizzate ad ottenere pronunce costitutive, che, come già detto, hanno natura eterogenea. In pratica però gran parte di esse si sostanziano nella richiesta di conclusioni in cui ricorre nuovamente il verbo “dichiarare”.

Se consideriamo in primo luogo le risoluzioni contrattuali costitutive (escluse quelle dichiarative ex artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.) risulta sufficiente concludere chiedendo di “dichiarare risolto il contratto (di cui sopra/per cui è causa)” senza ulteriori precisazioni, perché queste ultime devono essere state già svolte nella parte narrativa.

Lo stesso vale per le richieste di annullamento, da considerare valide ed esaustive solo aggiungendo al “dichiarare” il sostantivo “annullamento” (“dichiarare l’annullamento del contratto/testamento/matrimonio etc.”).

A ben vedere solo due tipi di pronunce costitutive presentano un dispositivo differente.

In primo luogo quella di costituzione di una servitù coattiva, secondo i tipi normativi previsti dagli articoli da 1032 a 1057 del codice civile. In questo caso infatti la norma generale dell’articolo 1032 prevede espressamente che qualunque servitù coattiva “è costituita con sentenza”, inserendo così nel processo la regola lessicale (la “costituzione”) che vale anche per la creazione delle servitù volontarie. Le conclusioni dovranno perciò sostanzarsi nella richiesta di “dichiarare costituita”, o anche più semplicemente di “costituire” la servitù specificata nella narrazione. In secondo luogo viene in esame l’ipotesi di cui all’art. 2932 c.c..

Tale norma non fornisce un’indicazione chiara come quella dell’articolo 1032 in ordine al dispositivo della decisione, prevedendo infatti che l’attore può chiedere ed ottenere “una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso”. La genericità della formula normativa si spiega sia con l’eterogeneità dei diritti che possono essere oggetto del contratto preliminare, ma anche con il fatto che, ex art. 2932 secondo comma, l’effetto nei contratti di trasferimento o di costituzione di diritti resta condizionato all’adempimento da parte dell’attore della propria controprestazione.

Comunque proprio il secondo comma citato fornisce un’indicazione terminologica, nel momento in cui usa l’espressione “trasferimento” della proprietà o di un altro diritto. Per ciò che concerne quindi tali diritti la richiesta corretta nelle conclusioni si deve sostanziare nella domanda di “trasferire” gli stessi, accompagnata dall’offerta contestuale del corrispettivo. Il dispositivo determinerà poi al modo indicativo (“trasferisce” la proprietà o altro diritto) tale effetto costitutivo, mentre manterrà per gli altri diritti l’espressione “costituisce”, come peraltro è chiaramente ribadito nel secondo comma dell’articolo 2932.

Un’ultima annotazione pratica. Negli atti introduttivi in cui vengano formulate domande sia dichiarative che costitutive possono essere utilizzate nelle conclusioni anche formule riassuntive. Nel frequentissimo caso ad esempio in cui vengano allegare la nullità, ed in subordine l’annullabilità del negozio giuridico, l’attore può usare la formula comprensiva dell’invalidità (“dichiarare invalido”), che per dottrina costante abbraccia entrambe le ipotesi, rinviando per la loro specificazione alla parte narrativa. Le domande di condanna non presentano infine problematiche particolari da un punto di vista formale, se non l’esigenza, già evidenziata, di non chiedere nelle conclusioni accertamenti strumentali ad esse e di non specificare in quella sede la causa petendi. Le pronunce escluse dalla tripartizione di cui sopra sono eccezionali, e si possono ricondurre, anche se non esaustivamente, agli esempi che seguono.

Per le fasi o cause di merito si pensi innanzitutto alle comunicazioni e agli ordini indirizzati alle Amministrazioni Pub-

bliche, conseguenti ad altre pronunce.

Un esempio è costituito dalla comunicazione all'ufficio di stato civile della sentenza che dichiara la morte presunta, che il cancelliere deve effettuare in base al combinato degli articoli 133, secondo comma e 731 c.p.c.. Pur trattandosi infatti normativamente di un atto della cancelleria ("il cancelliere dà notizia"), la richiesta di effettuare lo stesso può essere contenuta nelle conclusioni e la disposizione conforme ad essa deve (a prescindere peraltro dalla richiesta di parte) essere inserita nel dispositivo della decisione.

Si pensi in secondo luogo all'ordine di trascrizione di diritti reali alle conservatorie immobiliari, o alle varie annotazioni richieste alla P.a., come ad esempio l'annotazione delle modifiche delle convenzioni patrimoniali ex art. 163 c.c..

Tutti gli esempi di cui sopra, e fondamentalmente anche gli altri previsti dalle norme, si sostanziano tuttavia in richieste di "ordinare" tali adempimenti, e in null'altro.

5. Le conclusioni nei procedimenti cautelari.

Nei procedimenti cautelari e in quelli possessori le conclusioni non rispondono invece alla tripartizione di cui sopra, che si applica solo ai giudizi di merito. Tuttavia si ritiene che, con l'eccezione dei sequestri, che si deve chiedere solo che siano disposti ("disporre il sequestro"), tutto si possa ridurre a richieste di "ordinare" e "disporre".

Questa affermazione può apparire subito in contraddizione con il termine "vietare" contenuto nel secondo comma dell'articolo 1171 c.c. in materia di denuncia di nuova opera.

In realtà chiedere di vietare significa chiedere di ordinare alla controparte di astenersi da un "facere" illecito. Nessun problema pone invece il disporre la continuazione dell'opera potenzialmente dannosa, perché anch'essa si pone come ordine di prosecuzione con "le opportune cautele" indicate nello stesso secondo comma. Con riferimento alla denuncia di danno temuto risulta ovvia che la stessa implica la richiesta di ordini, da specificare nella narrativa, "per ovviare al pericolo" ex art. 1171, primo comma, c.c..

Anche la "reintegrazione" e "manutenzione" del possesso si sostanziano in richieste di ordini di "fare" (mediante il ripristino della situazione pre-processuale), e di "astenersi" (e dunque di non fare) da porre in essere comportamenti turbativi della situazione di fatto ripristinata. Pure per queste azioni appare perciò sufficiente nelle conclusioni chiedere di "ordinare", rinviando alle causali indicate nella narrazione, specificando solo in quest'ultima parte che viene chiesta la "reintegrazione" e/o la "manutenzione". Restano i ricorsi ex art. 700 c.p.c., che per la loro natura residuale si presterebbero in astratto a conclusioni e a dispositivi di qualunque tipo.

In realtà le richieste di tali ricorsi, anche quando chiedano l'anticipazione di effetti di sentenze dichiarative o costitutive (nei limiti di ammissibilità delle stesse) si riducono sempre alla formula "ordinare", che, come le pronunce di condanna di merito, può essere tripartita in ordini di fare, non fare e tollerare.

6. Suggerimenti di sintesi.

Si possono poi suggerire alcune tecniche sintetiche di redazione delle conclusioni.

In particolare costituisce concausa di illeggibilità di molte conclusioni la ripetizione dei dati anagrafici delle parti.

Appare infatti opportuno non reiterare nelle conclusioni le date di nascita ed il codice fiscale delle parti, come anche la partita Iva delle società, quando tali dati siano stati già indicati nell'intestazione dell'atto.

La pronuncia del giudice può e deve infatti essere emessa senza che la parte debba reiterare due volte gli stessi dati, anche nel caso di dichiarazione di intestazione di diritti reali, costituendo dovere del giudice quello di interpretare l'atto difensivo nel suo complesso, tenendo conto del contenuto sostanziale della domanda, del tenore letterale degli atti e della natura dei fatti allegati, delle precisazioni offerte in causa e del tipo di provvedimento concretamente richiesto (tra le tante Cassazione, n. 20957 del 2017).

A proposito di diritti reali si deve poi ricordare che è sufficiente per l'individuazione degli immobili oggetto della declaratoria relativa (petitum mediato) l'indicazione del comune, del tipo di catasto (terreni o fabbricati), del foglio catastale, del mappale e delle eventuali particelle (anche sub). Tutti gli altri dati rinvenibili nella documentazione estratta dalle Conservatorie non servono nelle conclusioni, ma solo eventualmente nella parte narrativa ad altri scopi, come ad esempio quello di determinare il valore della causa ex art. 15 c.p.c. in base al reddito dominicale ed alla rendita catastale.

E' frequente poi nelle conclusioni la reiterazione delle formule "in persona del ..." riferita alle compagnie sociali ("legale rappresentante/presidente/amministratore pro-tempore").

Tali formule, indubbiamente necessarie giuridicamente nell'intestazione dell'atto e nel mandato difensivo, non sono però di nessuna utilità nelle conclusioni, perché la condanna della persona giuridica, o la dichiarazione o modificazione ad essa favorevoli, non necessita di specificazioni diverse dall'indicazione della loro denominazione (Caia s.r.l., condominio di via..., etc...).

7. Conclusioni.

Concludendo ... o meglio, formulando le conclusioni.

Lo sforzo per un processo veramente giusto passa attraverso una formazione, che sviluppi una prassi che prenda consapevolezza dell'importanza della chiarezza. E la chiarezza ha proprio nelle conclusioni la sua sede naturale.

L'ansia degli operatori, pur umanamente comprensibile, di incorrere in reiezioni delle proprie domande per presunta incompletezza delle conclusioni, non può trovare la sua cura mediante un arricchimento gergale e sintattico delle stesse. Si deve infatti evidenziare che esiste un rischio ben maggiore, costituito dalla incomprendibilità delle domande, conseguenza spesso inevitabile della loro mancanza di chiarezza. È un rischio di natura iatrogena, che chiunque dovrebbe sforzarsi di evitare.

È in gioco la salute del processo civile italiano, compresa quella di tutti i suoi operatori, che scrivendo meno e meglio avranno più tempo per studiare le cause, evitando così il più possibile molti processi inutili, e ottenendo di conseguenza il giusto (anche perché rapido) risultato positivo per gli altri.

Note.

(1) Cassazione n. 8492/17.

(2) Mandrioli- Carratta, Corso di diritto processuale civile, Editio minor).

(3) Dizionario Treccani, 2020, internet.

(4) A. Bonsignori, (commento all') art. 2908 c.c., in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, 1999, secondo il quale si può "... spostare l'interpretazione dell'art. in oggetto alle singole fattispecie di sentenze costitutive, normativamente individuate, con piena discrezionalità di formulare esegesi estensive o restrittive in ragione della ratio di ogni singola norma."

(5) Treccani, Dizionario, 2020, Internet.

La Corte di Cassazione e il “diritto di entrare nella morte a occhi aperti”.

Riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Terza, n. 10424/2019: verso uno “Statuto del fine vita”?

Eugenio Tagliasacchi

Magistrato

Sommario: 1. La vicenda di fatto oggetto della sentenza n. 10424/2019. - 2. La decisione della Corte. - 3. La configurabilità del diritto di “entrare nella morte a occhi aperti”. - 4. Considerazioni conclusive: verso uno “Statuto del fine vita”?

1. La vicenda di fatto oggetto della sentenza n. 10424/2019.

Con una recente, interessante e colta sentenza (1), la Terza Sezione della Corte di Cassazione si è confrontata con un tema di grande rilevanza sul piano dell’umana esistenza, finora per lo più confinato ai margini della riflessione dottrinale e della casistica giurisprudenziale, sebbene oggetto di alcune precedenti pronunce della stessa Terza Sezione (2). Si tratta della questione concernente il riconoscimento di una forma di tutela risarcitoria iure hereditatis in favore degli eredi di colui che, in ragione del ritardo nella diagnosi di una malattia ad esito certamente infausto, sia stato privato della possibilità “di entrare nella morte a occhi aperti”. Con questa efficace immagine, che la Corte trae dalle Memorie di Adriano di Marguerite Yourcenar, i giudici di legittimità intendono fare riferimento all’esigenza di riconoscere il diritto di accostarsi consapevolmente alla fine della propria vita, preparandosi a tale ineluttabile evento nel modo ritenuto più opportuno, sotto il profilo sia materiale, sia spirituale.

Per cogliere il significato profondo, nonché la portata innovativa del principio affermato dalla pronuncia in commento, risulta indispensabile muovere dalle peculiarità del caso concreto, anche al fine di apprezzare gli evidenti profili di differenza rispetto alla ben più nota figura del danno da perdita di chance. Nell’ambito della vicenda posta all’attenzione della Corte, viene in rilievo un’ipotesi di ritardata diagnosi di una malattia ad esito certamente infausto. Nella prospettazione della domanda risarcitoria resa dagli attori, congiunti della paziente deceduta, tale errore diagnostico era imputato al personale medico che aveva eseguito l’esame istologico. In particolare, nel corso del mese di giugno del 1996, era stato eseguito sulla paziente un intervento in laparotomia per l’asportazione bilaterale delle ovaie e, circa un mese dopo, le era stato comunicato l’esito dell’esame istologico, dal quale risultava che fosse stato asportato un fibroma benigno.

Successivamente, tuttavia, la paziente aveva accusato i medesimi dolori e fu quindi nuovamente ricoverata nel marzo 1997, allorché venne disposta la rinnovazione della valutazione del precedente esame, in esito al quale si diagnosticò un sarcoma del tessuto muscolare liscio e, in poco tempo, la malattia determinò la morte della paziente.

Agivano, pertanto, in giudizio i congiunti della donna, sostenendo che il ritardo nella diagnosi del tumore l’avesse privata della possibilità di curarsi ed evitare il decesso o, comunque, che le avesse sottratto chance di maggiore e migliore sopravvivenza. L’Asl convenuta veniva autorizzata alla chiamata in giudizio della società che aveva eseguito l’esame istologico e quest’ultima, a sua volta, chiamava in giudizio il soggetto individuato come effettivo responsabile dell’errore diagnostico. La domanda risarcitoria veniva respinta sia dal Tribunale sia dalla Corte di Appello, sicché i congiunti della donna proponevano ricorso davanti alla Corte di Cassazione.

La peculiarità del caso di specie risiede nella circostanza che

anche una corretta e tempestiva diagnosi sarebbe stata priva, secondo i giudici di merito, di “conseguenze terapeutiche, sia in termini di guarigione, sia in termini di possibilità di cura che potevano incidere sulla qualità della vita della paziente stessa”. Infatti, l’intervento concretamente portato a termine sulla donna, consistente nell’isterectomia totale con annessiectomia bilaterale”, sarebbe stato, ad avviso dei consulenti tecnici, del tutto analogo a quello da doversi eseguire nell’eventualità che fosse stata tempestivamente rilevata la presenza di un carcinoma maligno. Dall’assenza di alternative terapeutiche maggiormente efficaci conseguiva, secondo i giudici di merito, l’impossibilità di ravvisare un evento dannoso, tanto sotto il profilo della perdita di chance di guarigione, quanto sotto quello, distinto dal primo, di una più duratura sopravvivenza della paziente.

Con il ricorso per cassazione i congiunti della donna hanno censurato la motivazione della pronuncia della Corte d’Appello sotto due profili, articolati in altrettanti motivi.

Con il primo viene dedotta la carenza assoluta di motivazione, mentre con il secondo viene prospettata la violazione dell’art. 2059 c.c., in relazione all’erronea identificazione dei danni astrattamente risarcibili, ritenuta frutto di un’indebita interpretazione restrittiva operata dalla Corte di merito.

Secondo la prospettazione dei ricorrenti, più precisamente, la sentenza impugnata non avrebbe considerato che, in presenza di una tempestiva diagnosi, sarebbero derivate rilevanti conseguenze sul piano della qualità di vita della paziente, anche sotto un profilo strettamente esistenziale, a prescindere dalle possibilità di guarigione ovvero di una più duratura sopravvivenza.

Al riguardo, i ricorrenti avevano opportunamente richiamato una precedente della stessa Terza Sezione della Corte di Cassazione del 2008 (3), nell’ambito del quale era stata attribuita rilevanza anche alla circostanza che l’errore nella diagnosi avesse potuto di fatto impedire al paziente, da un lato, di scegliere la soluzione più adatta nell’ambito delle alternative offerte dalla scienza medica per la gestione della propria salute per il tempo residuo del decorso della malattia (ammesso, peraltro, che simili margini di scelta tra una pluralità di differenti alternative fossero, in concreto, ravvisabili), nonché, dall’altro lato, che l’avesse privato della facoltà di accostarsi consapevolmente alla fine della vita, preparandosi a tale evento nel modo considerato conforme alla propria sensibilità.

2. La decisione della Corte.

Entrambi i motivi di ricorso sopra illustrati sono stati ritenuti fondati dal collegio. Ad avviso della Corte di legittimità, infatti, la sentenza di appello aveva, in ultima analisi, respinto la domanda risarcitoria fondando la propria decisione soltanto sulle risultanze della consulenza tecnica, escludendo che il ritardo nella diagnosi avesse limitato le chance di guarigione della paziente o che avesse inciso sulla sua sopravvivenza, tanto sotto il profilo dell’anticipazione della morte, quanto sotto quello di un’ipotetica alterazione della qualità di vita durante il decorso della malattia e fino al decesso.

Tuttavia, in relazione a questo secondo aspetto, la Corte di Cassazione perviene a conclusioni opposte rispetto a quelle fatte proprie dalla sentenza di appello, evidenziando come nella giurisprudenza di legittimità fosse già emerso un orientamento incline a ritenere che il ritardo nella diagnosi di patologie ad esito pur certamente infausto sia comunque tale da determinare conseguenze dannose giuridicamente apprezzabili, soprattutto in relazione alla privazione della possibilità del paziente “di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l’esplicazione delle sue attitudini psicofisiche nel che quell’essere si esprime, in vista di quell’esito” (4). Per effetto del ritardo nella diagnosi, sottolinea ancora la

Corte, si delinea “la perdita diretta di un bene reale, certo (sul piano sostanziale) ed effettivo, non configurabile alla stregua di un “quantum” (eventualmente traducibile in termini percentuali) di possibilità di un risultato o di un evento favorevole (secondo la definizione elementare della chance comunemente diffusa nei discorsi sulla responsabilità civile), ma apprezzabile con immediatezza quale correlato del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto” (5).

Risultano estremamente incisive le considerazioni spese in ordine alla valorizzazione dei margini di libera determinazione dell'individuo con riguardo alle modalità con cui “affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita”, a prescindere - occorre sottolinearlo - da qualunque pretesa di giudizio sulla “dignità dei contenuti” di quelle possibili scelte.

Sotto il profilo della qualificazione giuridica del danno in questione la sentenza in commento ne puntualizza la diversità rispetto a quello da perdita di chance, evidenziandone la piena autonomia concettuale.

Sebbene, infatti, il colpevole ritardo diagnostico non incida, in queste ipotesi, sull'integrità fisica, non collocandosi in rapporto di causalità né rispetto alle concrete modalità di progressione della malattia, né rispetto alla determinazione dell'esito infausto della stessa e nemmeno alla durata della sopravvivenza, si deve, per contro, contemplare l'eventualità che esso possa incidere negativamente sulla “qualità ed organizzazione della vita del paziente”. Proprio tale peggioramento della qualità di vita integrerebbe l'evento dannoso suscettibile di comportare responsabilità risarcitoria.

È chiaro che si tratta di un danno di natura non patrimoniale, rinvenibile nella “mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo” (6), ma, per l'appunto, del tutto distinto dal danno da perdita di chance. Esso consiste, per utilizzare le stesse incisive ed appropriate parole della Corte, nella perdita della “scelta di procedere (in tempi più celeri possibili) all'attivazione di una strategia terapeutica, o la determinazione per la possibile ricerca di alternative d'indole meramente palliativa, ma anche la stessa decisione di vivere le ultime fasi della propria vita nella coscienza e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico (senza ricorrere all'ausilio di alcun intervento medico) in attesa della fine”, giacché, tutte queste scelte “appartengono, ciascuna con il proprio valore e la propria dignità, al novero delle alternative esistenziali”.

Sulla base di tale articolato ragionamento, pertanto, la Corte cassa con rinvio la sentenza di appello.

3. La configurabilità del diritto di “entrare nella morte ad occhi aperti”.

Per cogliere adeguatamente la rilevanza della sentenza in commento, è necessario collocarla nel vivace contesto che ha caratterizzato l'attività della Terza Sezione della Corte Cassazione nel corso del 2019, anno in cui hanno visto la luce le nuove sentenze di San Martino, note anche come “San Martino II”, ossia le dieci decisioni volte, sostanzialmente, a chiarire la posizione della Terza Sezione su una pluralità di questioni di grande rilievo, simbolicamente depositate il giorno 11 novembre 2019, nell'anniversario delle celeberrime Sezioni Unite del 2008 n. 26972; 26973; 26974; 26975 (7).

Sulle dieci pronunce di San Martino 2019 si sono già soffermate autorevoli voci (8), sicché, in questa sede ci si può limitare ad un mero rinvio, anche perché la decisione in commento, invero, non è strettamente riconducibile alla specifica ratio decidendi di nessuna di quelle, benché, naturalmente, risenta necessariamente del particolare clima nel quale esse sono maturate.

Nondimeno qualche profilo di maggiore contiguità sul piano interpretativo sembra emergere rispetto alla sentenza n. 28993/2019, in tema di perdita di chance (9), in quanto la decisione in commento giunge all'individuazione del particolare danno ravvisabile nella perdita della possibilità di prepararsi alla fine della propria vita, proprio sul presupposto dell'inconfigurabilità del danno da perdita di chance.

Risultano particolarmente efficaci le parole utilizzate dalla Corte per giustificare il rilievo attribuito all'ambito di libera determinazione delle proprie scelte, sul piano esistenziale e spirituale, riconosciuto all'individuo nel suo avvicinarsi al *supremum exitum vitae*: “l'ordinamento giuridico non affatto è indifferente all'esigenza dell'essere umano di “entrare nella morte ad occhi aperti””.

Con questa espressione, che, come anticipato, è tratta dalle Memorie di Adriano di Marguerite Yourcenar, definita dal collegio come “una delle voci più alte della letteratura del '900”, viene scolpito il più profondo significato della natura della lesione in questione. Si tratta, con ogni evidenza, dell'implicito riconoscimento di una dimensione non esclusivamente materiale dell'esistenza e della necessità di riservare un perimetro di protezione anche alle prospettive eventualmente metafisiche cui possa aderire un individuo e, conseguentemente, alle sue decisioni su come prepararsi alla fine. Invero, riconoscere il diritto dell'essere umano di entrare nella morte ad occhi aperti significa essenzialmente qualificare come bene della vita meritevole di tutela quello *spatium deliberandi* concernente le scelte di natura più strettamente religiosa o filosofica che riguardano, in ultima analisi, non solo o non tanto la nostra rappresentazione del sé nell'ambito della manifestazione dell'essere contingente, bensì, soprattutto, le personali prospettive rispetto a ciò che si colloca al di là dell'essere manifestato, rispetto, quindi, al trascendente. La distinzione, pur non essendo esplicitata nella pronuncia, è in certa misura sottintesa, poiché lo spazio decisionale suscettibile di essere leso riguarda sia, su un piano materiale, la scelta di come vivere il tempo che separa dalla fine, sia (e, forse, a maggior ragione) quella di come preparare se stessi a quando non si sarà più. Sotto questo profilo la sentenza appare innovativa e suggerisce non scontate riflessioni sul rapporto tra il diritto e la più intima sfera della coscienza.

La decisione non è, tuttavia, - ovviamente - frutto di un'arbitraria valutazione e si fonda, oltre che su un'articolata argomentazione e su non trascurabili precedenti di legittimità, anche su circostanziati dati normativi, debitamente valorizzati, dai quali il collegio ricava, per astrazione, puntuali indicazioni ermeneutiche.

La sentenza richiama, in primo luogo, la Legge 15 marzo 2010, n. 38, Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, nell'ambito della quale sono rinvenibili alcune norme volte alla “tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine” (art. 1 comma 3, lett. b).

Viene, poi, fatto un opportuno riferimento anche alla Legge 22 dicembre 2017, n. 219, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, che, come è noto, consente (all'art. 4) a qualunque soggetto maggiorenne e capace di intendere e volere di predisporre le c.d. “direttive anticipate” in merito alle scelte terapeutiche, ovvero anche di nominare un fiduciario per quel medesimo scopo, per l'ipotesi della propria futura, eventuale incapacità (10).

Tuttavia, la colta citazione letteraria, appropriata e straordinariamente suggestiva, lascia velatamente percepire come la decisione della Corte di Cassazione non sia soltanto il risultato di una mera esegesi della normativa di settore e degli illustri precedenti giurisprudenziali, ma sia pure frutto di una consapevole, matura e più profonda riflessione umana. Sotto

questo profilo, essa non risulta isolata, ma si colloca in un contesto di autorevoli precedenti delle Sezioni Unite che hanno sapientemente utilizzato taluni dotti riferimenti letterari e filosofici, traendone efficaci spunti argomentativi ovvero opportune indicazioni ermeneutiche. Naturalmente, il terreno d'elezione per siffatti richiami è rappresentato proprio dalle questioni interpretative che pongono la Corte di fronte ai temi della vita e della morte.

Vengono alla mente indimenticabili brani della sentenza delle Sezioni Unite n. 15350 del 2015 (11), dedicati all'inconfigurabilità del danno iure hereditatis da morte immediata in ragione dell'assenza di un soggetto in capo al quale possa sorgere in quel momento il diritto al risarcimento del danno, nonché quelli della sentenza, sempre delle Sezioni Unite, n. 25767 del 2015 (12), che ha negato l'esistenza di un "diritto a non nascere se non sano", in ragione dell'assenza di un profilo di danno ravvisabile nel confronto, necessario in ogni ipotesi riconducibile alla responsabilità civile, tra la situazione reale (ossia la nascita, ancorché con una patologia) e la situazione alternativa ipotetica (ossia la non nascita) che, in tesi, dovrebbe essere peggiore rispetto a quella reale.

La prima pronuncia cita Epicuro e precisamente la Lettera sulla Felicità a Meneceo: "È questo l'argomento che la dottrina definisce "epicureo", in quanto riecheggia le affermazioni di Epicuro contenute nella Lettera sulla felicità a Meneceo ("Quindi il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci") e che compare nella già indicata sentenza delle sezioni unite n. 3475 del 1925 ed è condiviso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994, - che ha escluso la contrarietà a Costituzione dell'interpretazione degli articoli 2043 e 2059 c.c. secondo cui non sono risarcibili iure hereditatis i danni derivanti dalla violazione del diritto alla vita, potendo giustificarsi, sulla base del sistema della responsabilità civile, solo le perdite derivanti dalla violazione del diritto alla salute che si verificano a causa delle lesioni, nel periodo intercorrente tra le stesse e la morte - e dalla costante giurisprudenza successiva di questa Corte".

La seconda, invece, cita Dante, il Canto XXVII dell'Inferno, nel passo riferito a Guido da Montefeltro "Assolver non si può chi non si pente, / né pentere e volere insieme puossi / per la contraddizion che nol consente". In un ormai celebre passaggio di quella pronuncia, si legge che "sotto il primo profilo, in un approccio metodologico volto a mettere tra parentesi tutto ciò che concretamente non è indispensabile, per cogliere l'essenza di ciò che si indaga, si deve partire dal concetto di danno-conseguenza, sacrosanto all'art. 1223 c.c. e riassumibile, con espressione empirica, nell'aver di meno, a seguito dell'illecito. In siffatta ricostruzione dogmatica, il danno riuscirebbe pertanto legato alla stessa vita del bambino; e l'assenza di danno alla sua morte. Ed è qui che la tesi ammissiva, in subiecta materia, incorre in una contraddizione insuperabile: dal momento che il secondo termine di paragone, nella comparazione tra le due situazioni alternative, prima e dopo l'illecito, è la non vita, da interruzione della gravidanza. E la non vita non può essere un bene della vita; per la contraddizion che nol consente".

4. Considerazioni conclusive: verso uno "Statuto del fine vita"?

Per la particolarità della vicenda, il rigore dell'argomentazione e l'intrinseco contenuto della decisione assunta, la sentenza n. 10424/2019 deve senz'altro essere annoverata tra le pronunce, rese su questioni di particolare rilievo sotto il profilo esistenziale e umano, che sono recentemente intervenute sulla delimitazione dell'ambito delle scelte relative al "fine vita".

Il riferimento è diretto, anzitutto, all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207/2018 e alla successiva sentenza della stessa Corte n. 242/2019, sul noto caso Cappato, oggetto di numerosi autorevoli commenti (13).

Il tema, del resto, interessa ovviamente anche altri ordinamenti ed alcune importanti pronunce, provenienti in particolare da Francia, Regno Unito e Germania, sono state parimenti oggetto di attenzione da parte della dottrina (14). Inoltre, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, la Corte ha ritenuto di poter trarre argomenti utili per la decisione proprio dalla Legge n. 219/2017, circostanza, questa, che dimostra di per sé un indubitabile collegamento con le tematiche di più ampio respiro che coinvolgono il fine vita.

Tuttavia, appare significativo mettere in evidenza come la sentenza in commento non si spinga fino ad esprimere una posizione valutativa circa le caratteristiche delle scelte che potrebbero essere eventualmente assunte all'approssimarsi della fine. La Corte di Cassazione, infatti, non si pronuncia sui contenuti delle possibili decisioni relative al fine vita, ma si limita a rilevare come debba essere protetto un adeguato spazio di autodeterminazione e, anzi, sottolinea - quasi come volesse rimarcare l'esplicita volontà di sottrarsi al dialogo con le altre note recenti pronunce - che tale libertà rileva in sé e per sé, a prescindere dal contenuto di quelle scelte. Afferma, infatti, il collegio che "È, dunque, la lesione di tale libertà che è rimasta priva di ogni considerazione da parte della sentenza impugnata, ovvero quella di scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita, una situazione, questa, meritevole di tutela "al di là di qualunque considerazione soggettiva sul valore, la rilevanza o la dignità, degli eventuali possibili contenuti di tale scelta".

In ultima analisi, qualora si volesse pervenire alla conclusione che, a seguito dei recenti interventi del legislatore e della Corte Costituzionale, si stia delineando nel nostro ordinamento una sorta di embrionale e ipotetico "Statuto del fine vita", questa sentenza dovrebbe essere tenuta in somma considerazione, in quanto sottolinea la rilevanza di una fase così delicata dell'esistenza umana quale certamente è quella che precede la morte, al punto da qualificarla meritevole di tutela giurisdizionale sul piano risarcitorio, con argomentazione efficace, ma con toni pacati e modalità rispettose di ogni sensibilità, puntualizzando che "l'autodeterminazione del soggetto chiamato alla "più intensa (ed emotivamente pregnante) prova della vita, qual è il confronto con la realtà della fine" non è, dunque, priva di riconoscimento e protezione sul piano normativo, e ciò qualunque siano le modalità della sua esplicazione".

Quasi in controtendenza rispetto ai più recenti approdi ermeneutici appaiono, infine, le considerazioni della sentenza circa la necessità di rispettare e tutelare anche la legittimità e dignità di scelte opposte rispetto a quelle sulle quali si è recentemente trovata a dover decidere la Corte Costituzionale, ossia, in particolare, la consapevole decisione di affrontare "a occhi aperti" la sofferenza e il dolore. Sul punto la pronuncia evidenzia come la tempestiva diagnosi di una patologia ad esito certamente infausto sia determinante anche al fine di offrire la possibilità di scegliere "non solo il ricorso a trattamenti lenitivi degli effetti di patologie non più reversibili, ovvero, all'opposto, la predeterminazione di un percorso che porti a contenerne la durata, ma anche la mera accettazione della propria condizione, perché "anche la sofferenza e il dolore, là dove coscientemente e consapevolmente non curati o alleviati, acquistano un senso ben differente, sul piano della qualità della vita, se accettati come fatto determinato da una propria personale opzione di valore nella prospettiva di una fine che si annuncia (più o meno) imminente, piuttosto che vissuti, passivamente, come segni misteriosi di un'inspiegabile,

insondabile e angosciante, ineluttabilità delle cose””. Sono, forse, proprie queste le considerazioni più significative della sentenza, che restituiscono il senso del riferimento alla frase di Marguerite Yourcenar: la Corte di Cassazione, in definitiva, ci pone davanti alla fondamentale importanza della consapevolezza della fine e dell’esigenza di poter entrare nella morte a occhi aperti, proprio al fine di consentire all’individuo di esprimere le sue più intime, nonché ultime, scelte essenziali. Non possono, allora, non venire in mente le parole di un’altra grande voce della letteratura, secondo cui “la consapevolezza della morte ci incoraggia a vivere”.

Note.

(1) Cass. Sez. III, 15 aprile 2019, n. 10424, in *Rass. dir. Farmaceutico*, 2019, 4, p. 828 ss.; *Foro it.* 2019, 7-8, I, p. 2346 ss.; in *Guida al diritto* 2019, fasc. 20, p. 60 ss.

(2) Cass. Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 9, p. 1381 ss.; in *Riv. it. medicina legale*, 2010, 1, p. 173 ss., con nota di A. Fiori, D. Marchetti, Il più probabile che improbabile ed il più improbabile che probabile; in *Diritto e Giustizia online*, 2008, con nota di M. Fusco; Cass. Sez. III, 23 marzo 2018, n. 7260, in *Guida al diritto* 2018, fasc. 21, p. 36 ss, con nota di G. Petroni, Difficile così garantire un sistema uniforme per i vari trattamenti; in *Foro it.*, 2018, 5, I, p. 1579 ss., con nota di R. Pardolesi, B. Tassone, La perdita della chance e le forbici della terza sezione, nonché Cass. Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Foro it.* 2018, 5, I, 1579, commentata dagli stessi Autori nella medesima nota di commento da ultimo citata, R. Pardolesi, B. Tassone, La perdita della chance e le forbici della terza sezione.

(3) Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, cit.

(4) Il passo richiamato è una citazione testuale che la sentenza in commento riprende da Cass., Sez. III, n. 23846 del 2008, cit.

(5) Questa volta la citazione del passaggio è tratta da Cass., Sez. III, 23 marzo 2018, n. 7260, in *Foro it.*, 2018, 5, 1579, con nota di R. Pardolesi, B. Tassone, La perdita della chance e le forbici della terza sezione, nonché in *Guida al diritto* 2018, fasc. 21, p. 36 ss, con nota di G. Petroni, Difficile così garantire un sistema uniforme per i vari trattamenti.

(6) Il riferimento è a Cass., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1579, con nota di R. Pardolesi, B. Tassone, La perdita della chance e le forbici della terza sezione. Significativo, il passo in cui la Corte delimita il danno in questione, distinguendolo da quello da perdita di chance: “La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata e sull’esito finale, rilevando di converso, in pejus, sulla sola (e diversa) qualità ed organizzazione della vita del paziente (anche sotto l’aspetto del mancato ricorso a cure palliative): l’evento di danno (e il danno risarcibile) sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita (intesa altresì nel senso di mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo), senza che, ancora una volta, sia lecito evocare la fattispecie della chance”.

(7) Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 11, p. 1607 ss..

(8) G. Ponzanelli, Alcune considerazioni generali sulle dieci sentenze della Corte di Cassazione dell’11 novembre 2019, in *Corti Supreme e Salute*, 3, 2019, p. 1 ss.; G. Canzio, L’evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2020, p. 319 ss.; P. Frati, R. La Russa, L. Besi, N. Di Fazio, V. Fineschi, Deka Lógous di San Martino 2019, *La Suprema Corte detta i principi in tema di responsabilità sanitaria e valutazione del danno, il medico-legale recepisce*, in *Resp. civ. prev.*, p. 336 ss..

(9) Cass., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, I, 197 ss., con nota di B. Tassone, La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione; in *Resp. Civ. Prev.* 2020, 1, p. 180 ss., secondo cui “in tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, la perdita di chance a carattere non patrimoniale consiste nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente - secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica - alla condotta colposa del sanitario ed integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perduta possibilità sia apprezzabile, seria e consistente”. Nella fattispecie, è stata confermata l’esclusione di alcuna perdita di chance rilevando come, anche in caso di corretta esecuzione della prestazione sanitaria, la possibilità di sopravvivenza della paziente fosse talmente labile e teorica da non poter essere determinata neppure in termini probabilistici.

(10) Sul tema si rinvia a G. Razzano, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, Giappichelli, 2019.

(11) Cass., Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.* 2015, 9, I, 2682 e *Foro it.* 2015, 11, I, 3513 con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, Danno da morte: l’arocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto; in *Giur. It.*, 2015, p. 2063 ss. con nota di P. Valore, Le Sezioni unite confermano l’irrisarcibilità agli eredi del c.d danno “tanatologico”; in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 889, con nota di V. Carbone, Valori personali ed economici della vita umana; in *Corriere giuridico*, 2015, p. 1206, con nota di F.D. Busnelli; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 5, p. 1530 ss., con nota di M. Bona. Secondo le Sezioni Unite, “il momento centrale del sistema della responsabilità civile è rappresentato dal danno, inteso come perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva. E poiché una perdita, per rappresentare un danno risarcibile, è necessario che sia rapportata a un soggetto legittimato a far valere il credito risarcitorio, nel caso di morte verificatasi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, l’irrisarcibilità deriva (non dalla natura personalissima del diritto leso, poiché ciò di cui si discute è il credito risarcitorio, certamente trasmissibile, ma) dall’assenza di un soggetto al quale sia collegabile, nel momento in cui si verifica, la perdita stessa e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito, ovvero dalla mancanza di utilità, a tal fine, di uno spazio di vita brevissimo”.

(12) Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 2016, 2, I, c. 494, con nota di C. Bona, Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 1, p. 152, con nota di M. Gorgoni, Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata; in *Giur. it.*, 2016, p. 551, con nota di D. Carusi, Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni Unite. La Corte afferma che “il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell’interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, giacché l’ordinamento non conosce il “diritto a non nascere se non sano”, né la vita del bambino può integrare un danno-conseguenza dell’illecito omissivo del medico”.

(13) R. Balduzzi, L’alleanza terapeutica può includere l’aiuto a morire?, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2019, p. 179 ss.; D. Paris, Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, in *Corti Supreme e Salute*, 3, 2018, p. 489 ss.; L. Eusebi, Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2019, p. 193 ss.; A. Nicolussi, Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2019, p. 201 ss.; C. Tripodina, La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2019, p. 217 ss.; B. Pezzini, Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2020 p. 301 ss.

(14) F. Jacquelot, Délier le parole constitutionnelles de la fin de vie: enjeux et perspectives de l’affaire Vincent Lambert, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2019, p. 245 ss.; L. Armano, I best interests nelle scelte sul fine vita del minore: il caso Tafida Raqeeb, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2020, p. 31 ss.; L. Eusebi, Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2020, p. 59 ss..

Appunti sulla sospensione ex art. 54 ter d.l. 18/2020 convertito con l. 24/4/20 n. 27

Durata della sospensione:
dal 30/4/2020 al 30/10/2020

Lucia Canepa

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Natura della sospensione e sua applicazione. - 2. Tutela del debitore ex art. 54 ter e necessità di riavviare le procedure di vendita. - 3. Requisiti soggettivi. - 4. Requisiti oggettivi. - 5. Sospensione e procedure endoesecutive. - 6. Attività consentite e attività escluse ex art 54 ter. - 7. Tabella riepilogativa.

1. Natura della sospensione e sua applicazione.

La sospensione in esame ha carattere necessario ed opera automaticamente. Può essere rilevata d'ufficio dal G.E., con provvedimento di natura dichiarativa. Tale provvedimento rappresenta una "presa d'atto"; presuppone l'accertamento di una circostanza, non processuale ma fattuale, ed è espressione del generale potere del G.E. di direzione della procedura. L'"automatismo" della sospensione appare opportuno anche in considerazione della "compromissione" del principio del contraddittorio nel processo esecutivo (Cass. 2/11/10 n. 22279; Cass. 17/7/09 n. 16731; Cass. 26/1/05 n. 1618) (1) e dello stato di "soggezione" in cui nello stesso versa il debitore (C.Cost. n. 444/02) (2).

Al riguardo il C.S.M., volendo garantire continuità alle linee guida adottate (a partire dall'intervento del 11/19/17) nel settore ritenuto "strategico" dell'espropriazione immobiliare, ha emesso in data 4/6/20 la delibera "L'organizzazione del settore delle procedure esecutive e concorsuali nella "fase 2" dell'emergenza COVID-19) (3). Con tale provvedimento il C.S.M., in riferimento all'art. 54 ter, ha evidenziato l'opportunità di prestare una particolare attenzione alla posizione del debitore. Lo stesso viene definito come un soggetto che "anche in tempi ordinari si trova in una condizione di sostanziale ed oggettiva debolezza, soprattutto ove sprovvisto dell'assistenza di un legale", a cui è, conseguentemente, necessario fornire "ogni necessaria e corretta informazione in ordine ai profili giuridici delle vicende che lo interessano, e, dunque, ai diritti e alle facoltà previste dall'ordinamento a sua tutela".

Il G.E. in merito alla sospensione delle procedure sull'abitazione principale può procedere su istanza del debitore o su segnalazione degli ausiliari.

Per quanto attiene alla modalità di tale segnalazione le linee guida esaminate sembrano rimettere agli ausiliari una prima valutazione delle circostanze di cui all'art. 54 ter, bloccando ogni ulteriore attività degli stessi sino al provvedimento di sospensione o di autorizzazione del Giudice. Alcuni Tribunali, come quelli di Napoli Nord (4) e Santa Maria Capua Vetere (5), invitano gli ausiliari a procedere alla segnalazione nel solo caso in cui, in base agli atti della procedura, ritengano che ricorrano i presupposti della sospensione, stabilendo espressamente che, viceversa, "nessuna nota andrà inviata se immobile pignorato non costituisce l'abitazione principale del debitore". In modo analogo altri Tribunali (vedi Aosta (6) e Milano (7)) dispongono che gli ausiliari, sospendendo ogni attività sino al 31/10/20, devono dare conto delle circostanze di cui all'art. 54 ter nelle loro relazioni e depositare l'istanza di sospensione solamente nei casi dubbi, rimettendo gli stessi ai provvedimenti del G.E. Più genericamente i Tribunali di Bologna (8) e Bari (9) richiedono il deposito telematico di una sintetica comunicazione sulla dimora abituale.

Il Tribunale di Latina (10) ha dedicato ampio spazio alla questione dell'accertamento delle condizioni di cui all'art. 54 ter stabilendo che l'eventuale ricorrenza delle stesse sia esaminata esclusivamente alle udienze (anche tenute con le modalità alternative di cui all'art. 83 comma II lett. h) D.L. 18/20) alle quali risultano già chiamate le singole procedure e che, in caso di riscontro positivo, le esecuzioni siano differite in data successiva alla scadenza del termine, senza che sia necessario il deposito di un'istanza di riassunzione da parte del creditore. Detto Tribunale ha altresì precisato che non saranno accolte eventuali istanze di anticipazione delle udienze già fissate per procedere a tale attività e che laddove la procedura esecutiva non sia chiamata ad alcuna udienza (perché già delegata o perché siano in corso vendite previste per date antecedenti ad eventuali udienze fissate) "i delegati provvedano in via autonoma ad astenersi e a sospendere lo svolgimento delle operazioni su tutti i beni che costituiscono abitazione principale del debitore", dando preventiva comunicazione ai creditori e al debitore esecutato di tale determinazione. Il Tribunale di Latina conclude invitando i delegati a trattare in via autonoma anche i casi dubbi, "accordando al debitore esecutato il massimo favore".

Il Tribunale di Bolzano (11) attribuisce invece l'onere di segnalazione al custode, stabilendo che nel caso in cui sia già stato eseguito il primo accesso lo stesso provvederà a comunicare (ad eccezione delle procedure in cui alla data del 30/4/20 sia già stato emesso il decreto di trasferimento) la circostanza dell'abitazione principale. Viceversa, nel caso in cui il primo accesso non sia ancora stato eseguito, il custode dovrà procedere al sopralluogo per verificare lo stato di occupazione e, nel caso in cui emergessero elementi tali da far ritenere che si tratti di abitazione principale del debitore, lo stesso dovrà acquisire il certificato di residenza anagrafica al fine di ulteriore verifica. In entrambi i casi la sospensione verrà dichiarata dal G.E. con apposito provvedimento.

Il Tribunale di Nola (12), rilevando che è ad ogni modo necessario sia l'accertamento dei requisiti previsti dall'art. 54 ter, sia la verifica dell'applicabilità della norma in base allo stato della procedura, ha disposto che tutti gli ausiliari del G.E., escludendo le procedure in cui l'immobile sia già stato aggiudicato, debbano arrestare la propria attività e a segnalare tempestivamente al G.E. con apposita relazione l'avvenuto riscontro delle circostanze relative alla dimora abituale del debitore (sia al momento del pignoramento, sia al 30/4/20), allegando il certificato di residenza. Detto Tribunale conclude poi invitando gli ausiliari "ad attendere il decreto del G.E. per la conferma dell'arresto per il tempo previsto dalla legge o l'eventuale ripresa delle attività esecutive".

Al riguardo dell'accertamento e della segnalazione delle circostanze richieste per la sospensione in esame, il C.S.M. (nella citata delibera del 4/6/20: vedi nota n°3)) ha espressamente stabilito che "poiché la sospensione dell'esecuzione è prevista direttamente dalla legge, spetterà al giudice l'individuazione delle fattispecie concrete in cui opera il disposto dell'art. 54 ter non apparendo, quindi, necessaria la preventiva informazione al debitore sul punto, né, indispensabile la presentazione di un'istanza di sospensione da parte del soggetto interessato. Al fine di garantire la posizione del debitore e di individuare quali procedure esecutive debbano essere sospese ex art 54 ter e quali invece possano proseguire, è ipotizzabile che il giudice si avvalga dei suoi ausiliari per effettuare una ricognizione generale delle procedure che ha sul ruolo. Il singolo giudice individuerà quindi le procedure interessate dalla sospensione di cui all'art. 54 ter ed adotterà le conseguenti determinazioni".

Successivamente alla segnalazione, il G.E., in base ai principi generali di contenimento dei tempi del "giusto processo" e

di “buon andamento della pubblica amministrazione” che regolano l’istituto della sospensione (con particolare riferimento alle ipotesi in cui, come nel caso di specie, la stessa sia riferita ad un periodo temporalmente predeterminato), dando atto della sospensione stessa, può disporre anche in ordine alla riattivazione del procedimento esecutivo, fissando una nuova udienza di comparizione delle parti o disponendo la ripresa delle attività esecutive extra udienza per data successiva al 30/10/20.

Indipendentemente da tali previsioni specifiche da parte del G.E., pare comunque salvo il riavvio automatico delle attività funzionali alla vendita del bene che non richiedano la fissazione di apposita udienza, a far data dal 31/10/20. Così dispongono in modo conforme le linee guida esaminate, tra cui solamente quelle del Tribunale di Roma (13) hanno previsto la necessità della riassunzione, stabilendo che per i compendi destinati a dimora abituale della parte esecutata “l’attività di vendita delegata potrà riprendersi solo a far data dal 2/11/20 all’esito del deposito da parte creditore titolato più diligente di ricorso per riassunzione o, in alternativa, di nota attestante l’eventuale intervenuta modifica, alla data del 30/4/20, della destinazione abitativa del bene rispetto alla situazione emergente dagli atti del fascicolo”.

Il Tribunale di Aosta (nelle citate direttive: vedi nota n° 6), viceversa, ha invece disposto che al termine del periodo previsto dalla norma in esame riprenderanno automaticamente, tanto le attività sospese, quanto il decorso dei termini medio tempore sospesi. Al riguardo dei termini lo stesso Tribunale, precisando che “la sospensione disposta ex lege concerne per tutta la sua durata tutti i termini processuali non ancora scaduti”, fa un lungo elenco di tali termini, in cui, tra gli altri, richiama specificatamente il termine per la notifica dell’avviso ai creditori iscritti ex art. 498 comma II c.p.c., il termine per il deposito dell’istanza di assegnazione ex art. 588 c.p.c., il termine disposto dal G.E. ex art. 8 D.P.R. 115/02 per il versamento del fondo spese, il termine per l’esecuzione degli adempimenti pubblicitari, il termine per il deposito del piano di riparto ex art. 596 comma I c.p.c.

Relativamente ai termini, lo stesso Tribunale di Aosta precisa che devono essere rinviate successivamente al 30/10/20, non solo la fissazione dell’esperimento di vendita, ma tutte le attività alla stessa connesse, i cui termini devono interamente ricadere nel periodo successivo alla sospensione.

Nel caso in cui risulti già fissata udienza in data successiva al 30/10/20 e non siano in corso, alla data del 30/4/20, attività esecutive diverse dalla custodia, non è necessaria alcuna attività (né istanze, segnalazioni, né prese d’atto e disposizioni sulla riattivazione del processo da parte del G.E.).

La sospensione ex art. 54 ter non si cumula con altre sospensioni generali (innanzitutto con quella feriale), né con eventuali sospensioni dell’esecuzione per diversa causa (ex art. 624, 624 bis, 600 c.p.c.), salvo quanto specificato infra in tema di divisioni endoesecutive (vedi pg. 4).

Nel caso di procedura esecutiva già sospesa per altri motivi, laddove venga a cessare la sospensione “ordinaria” prima del 30/10/20, si applica la sospensione ex art. 54 ter con conseguente sospensione fino a detta data.

La sospensione in esame deve poi coordinarsi con la generale sospensione delle udienze e dei termini processuali di cui all’art. 83 d.l. 18/2020 conv. in l. 27/2020 (e successive modifiche) e con la sospensione dei provvedimenti di rilascio sino al 1/9/20 di cui all’art. 103 dello stesso d.l.

Il Tribunale di Bari (vedi nota n° 9) ha specificato che la sospensione in esame si applica anche ai giudizi di opposizione pendenti dinanzi al G.E., poiché gli stessi incidono sul progredire dell’esecuzione e quindi sulla realizzazione dell’effetto espropriativo.

Il diritto alla sospensione ex art. 54 ter non è disponibile, né rinunciabile dalle parti.

Gli atti compiuti in violazione dello stesso sono da considerarsi illegittimi, sottoposti quindi al rimedio generale dell’opposizione ex art. 617 c.p.c.

2. Tutela del debitore ex art. 54 ter e necessità di riavviare le procedure di vendita.

La sospensione di cui all’art. 54 ter ha contribuito al fenomeno di “stasi” e rallentamento che la normativa emergenziale ha causato all’attività giudiziaria in generale e allo svolgimento delle esecuzioni immobiliari in particolare.

E’ noto che il settore delle esecuzioni immobiliari (unitamente a quello concorsuale) rappresenta un punto nevralgico per la funzionalità del sistema sotto il profilo della circolazione delle risorse economiche. Il blocco delle procedure esecutive comporta infatti inevitabilmente l’arresto, sia delle vendite (ancora da fissare o fissate nel periodo di interruzione), sia della distribuzione di quanto dalle stesse già ricavato.

Al riguardo dell’arresto delle vendite esecutive e dell’opportunità dello stesso si fa un breve inciso su alcune considerazione, di segno opposto, svolte in dottrina (vedi “Legislazione d’emergenza e processi esecutivi e fallimentari” di C. D’Arigo, G. Costantini, G. Fanticini e S. Saija - “I quaderni di inexecutivis”) (14).

Tra le posizioni contrarie al blocco degli esperimenti si segnala la critica alla revoca generalizzata degli stessi, rispetto alla quale viene ritenuta preferibile una valutazione caso per caso, capace di non escludere a priori ogni possibilità di incasso in tempi ragionevoli e di evitare altre conseguenze sfavorevoli alle parti, come il disperdere l’interesse all’acquisto già manifestato e la duplicazione dei costi di pubblicità.

Viceversa, in favore al blocco delle vendite è stato osservato che la prosecuzione degli esperimenti avrebbe causerebbe un danno enorme. Innanzitutto, le vendite, soprattutto nel periodo di limitazione degli spostamenti, ma anche attualmente a causa delle remore legate ai persistenti timori di contagio, non potrebbero svolgersi nel pieno rispetto dei principi di competitività ed efficacia di cui all’art. 161 ter disp. att. c.p.c. In secondo luogo, la maggiore probabilità di aste deserte comporterebbe la conseguente svalutazione di un quarto ex art. 591 comma II c.p.c. del patrimonio immobiliare invenduto, evidentemente dannosa sia per le parti processuali, sia per la collettività. In realtà, tale articolo prevedendo i ribassi “fino al limite” consentirebbe di modulare o evitare gli stessi e, ad ogni modo, anche in caso di ribasso eccessivo, al successivo esperimento di vendita, il meccanismo competitivo dei rilanci permetterebbe di ristabilire un prezzo congruo del bene. L’efficacia del meccanismo dei rilanci è stata anche affermata dalla Suprema Corte, la quale (in tema di validità dell’ordinanza di vendita nei casi in cui il prezzo del bene sia inverosimilmente inferiore al valore di mercato) ha specificato che il prezzo di base rappresenta solo “un valore indicativo, che non pregiudica l’esito della vendita e la realizzazione del giusto prezzo attraverso la gara tra più offerenti” (Cass. n. 8304/08 e Cass. 2474/15) (15).

Da stime non ufficiali emerge che il c.d. cash in court (ossia l’importo delle somme in attesa di distribuzione, giacenti sui conti correnti o sui libretti bancari intestati alle procedure) ammonta, ad oggi, a ben 10-11 miliardi di Euro c.a., sottratti alla proficua circolazione sul mercato (vedi “Legislazione d’emergenza e processi esecutivi e fallimentari”: nota n°14). La ratio di tutela del debitore perseguita dall’art. 54 ter (tanto quanto la generale ratio di tutela della salute posta a fondamento della normativa emergenziale nel suo complesso) si pone quindi in apparente contrasto con l’irrinunciabile necessità di proseguire le esecuzioni immobiliari al fine di reim-

mettere il prima possibile sul mercato i (cospicui) capitali immobilizzati e di ottenere così una maggiore liquidità; liquidità ancor più essenziale in un momento di grave crisi come quello conseguente alla pandemia.

E' anche per questi motivi e con questi fini che la maggior parte dei Tribunali applica la sospensione di cui all'art. 54 ter cercando quantomeno di "limitare i danni", escludendo cioè dalla sospensione stessa tutte le attività che vanno dall'emissione del decreto di trasferimento alla distribuzione del ricavato, il cui "blocco" causerebbe gravi danni alle parti processuali e al sistema economico in generale.

Un'ottica particolare sembra adottare al riguardo il Tribunale di Roma (16), il quale, valutando che solo poco più del 26% delle pendenze in attesa di vendita potrebbero essere interessate dalla sospensione in oggetto e ritenendo comunque breve il periodo di sospensione, "sconsiglia di impegnare l'ufficio in attività defatiganti", preferendo "la soluzione che incida a monte sulla programmazione dei tempi per il riassorbimento dell'arretrato accumulatosi nei tre mesi di stasi dell'attività di vendita". In tale programmazione il Tribunale ha deciso che "si postergherà la trattazione delle procedure che potrebbero essere interessate dalla sospensione di legge, secondo quanto già risulta acquisito dagli atti dei fascicoli e senza che gli ausiliari svolgano al riguardo indagini specifiche suppletive", stabilendo che i giudici "disporranno la previa ripresa delle operazioni di vendita di tutte le procedure aventi ad oggetto compendi certamente esclusi dall'applicazione dell'art. 54 ter, differendola, invece, a far data dal 2/11/20 per quelle procedure che potrebbero essere interessate dalla sospensione ex lege, sulla sola base delle risultanze già agli atti della procedura" (nota 5 18/6/20).

3. Requisiti soggettivi.

L'art. 54 ter fa riferimento ad immobili che costituiscano l'abitazione principale del debitore e di suoi familiari.

Per una interpretazione costituzionalmente orientata, al "debitore" deve equipararsi il terzo esecutato benché soggetto diverso dal debitore, il terzo proprietario convivente nelle espropriazioni dei beni indivisi. Le citate direttive del Tribunale di Bologna (vedi nota n° 8), con una interpretazione estensiva della tutela emergenziale, ritengono applicabile la sospensione ex art. 54 ter anche a favore dell'occupante senza titolo opponibile alla procedura.

La sospensione non trova applicazione nel caso in cui l'immobile sia stato al momento del pignoramento o sia successivamente divenuto l'abitazione principale, non del debitore esecutato, ma esclusivamente di persone diverse dallo stesso, ancorché a questi legate da rapporti di parentela o di coniugio. Sul momento temporale dell'esistenza del requisito dell'abitazione principale non vi è uniformità: si fa riferimento alla data di entrata in vigore della legge di attuazione del 30/4/20 (Trib. di Milano - vedi nota n° 7 -, Massa (17), Modena (18)), alla data del pignoramento (ordinanza Trib. Napoli 25/5/20 - dott. Auletta (19) e Trib. Aosta - vedi nota n° 6 -), oppure ad entrambe le date (Trib. Bari - vedi nota n° 9 -, Trib. Bologna - vedi nota n° 8 -, Trib. Santa Maria Capua Vetere - vedi nota n° 5, Trib. Nola - vedi nota n° 12 -, "Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-COVID" di S. Liuzzi e R. Rossi (20)).

4. Requisiti oggettivi.

I dubbi interpretativi sul requisito dell'"abitazione principale" discendono anche dal fatto che nella rubrica la legge di conversione dell'art. 54 ter cita la "prima casa", concetto che richiama un titolo dominicale, mentre la norma, nel suo precetto, fa invece riferimento all'"abitazione principale", definizione che rimanda invece ad una situazione fattuale.

Per identificare il concetto di abitazione principale dell'art. 54 ter può farsi ricorso alla seguente disciplina fiscale e ad alcune sue interpretazioni:

- art. 10 comma III bis T.U. Imposte sui Redditi 917/86 (richiamato espressamente dai lavori preparatori della norma): per abitazione principale intende "quella nella quale la persona fisica che la possiede a titolo di proprietà o di altro diritto reale, o i suoi familiari, dimorano abitualmente";

- art. 15 comma I lett. b) T.U. 917/86: per abitazione principale intende "quella nella quale il contribuente o i suoi familiari dimorano abitualmente";

- pronuncia della Suprema Corte, secondo cui, in tema di IRPEF (ai fini della detrazione di cui al suddetto art. 15) "non è necessario acquistare il diritto di proprietà dell'unità immobiliare da destinare ad abitazione principale, essendo sufficiente anche l'acquisto di un diritto reale, come l'uso, l'abitazione o l'usufrutto idoneo a soddisfare l'esigenza abitativa" (Cass. 3/11/16 n. 22191) (21);

- art. 13 d.l. 6/12/11 n. 201: "per abitazione principale si intende l'immobile iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente";

- art. 8 comma II D. Lgs. 30/12/92 n. 504: in tema di ICI rileva la casa in cui "il contribuente e i suoi familiari dimorano abitualmente", abbinando a tale requisito quello della residenza anagrafica, "salvo prova contraria";

- pronunce della Corte di Cassazione, secondo cui "in tema di IMU, l'esenzione prevista per la casa principale...richiede non soltanto che il possessore e il suo nucleo familiare dimorino stabilmente nell'immobile, ma altresì che vi risiedano anagraficamente" (Cass. 19/2/20 n. 4166) (22) e "in tema di ICI, ai fini del riconoscimento dell'agevolazione...per l'immobile adibito ad abitazione principale, le risultanze anagrafiche rivestono un valore presuntivo e possono essere superate da prova contraria, desumibile da qualsiasi fonte di convincimento e suscettibile di apprezzamento riservato alla valutazione del giudice di merito" (Cass. 17/4/18 n. 9429; Cass. 21/6/17 n. 15444) (23).

Da quanto sopra emerge che per abitazione principale debba intendersi la dimora abituale del debitore, facendosi riferimento all'immobile che abbia una destinazione stabile, effettiva e durevole, ad abitazione dello stesso. Tale destinazione abitativa va desunta dalle risultanze documentali acquisite o acquisibili dalla procedura (perizia di stima, relazioni del custode, certificati di residenza, stato di famiglia), eventualmente confermate da verifiche fattuali.

Il principio generale secondo cui il dato della residenza anagrafica non rappresenta un elemento costitutivo della dimora abituale vale anche per la norma emergenziale; la residenza deve cioè essere accertata come situazione di fatto e, al fine di tale accertamento, le risultanze anagrafiche hanno solo valore presuntivo (Cass. 11/11/03 n. 16941; Cass. 10/3/00 n. 2814) (24).

Nell'ipotesi in cui siano pignorati anche beni diversi dall'abitazione principale del debitore, la sospensione opera solamente per l'immobile costituente l'abitazione principale, mentre l'esecuzione prosegue per gli altri beni, a meno che tutti i beni siano accorpatisi in un unico lotto o vi sia un nesso di pertinenzialità con l'abitazione principale (ad es. box auto e locale cantina).

Al riguardo si segnalano, come particolari, le direttive del Tribunale di Aosta (vedi nota n° 6) e del Tribunale di Latina (vedi nota n° 10).

Il Tribunale di Aosta, a differenza degli altri, propende ad estendere la sospensione tout court anche ai beni diversi dall'abitazione principale; per la portata di carattere generale

della previsione normativa di cui all'art. 54 ter, lo stesso Tribunale ritiene infatti di estendere la sospensione "anche laddove l'abitazione principale non costituisca oggetto esclusivo del pignoramento per essere pignorati anche altri beni, e ciò per evidenti esigenze di trattazione unitaria delle procedure in questione".

Il Tribunale di Latina stabilisce che laddove nella procedura siano presenti, accorpate in un unico lotto, insieme al bene abitazione principale, anche beni non soggetti a sospensione, il delegato debba in via primaria valutare se per gli stessi sia possibile una "pronta separazione" al fine di procedere alla vendita separata. Il Tribunale ha specificando che per "pronta separazione" deve intendersi unicamente quella possibile alla luce dell'elaborato peritale già depositato, giacché l'emergenza epidemiologica e il contenuto lasso di tempo della sospensione non rendono opportuno, né consentono lo svolgimento di una attività integrativa da parte dell'esperto stimatore. Fatta detta valutazione, spetta poi al delegato competere invitare i creditori titolari a valutare l'eventuale opportunità di procedere alla vendita limitata ai beni così separati.

5. Sospensione e procedure endoesecutive.

La sospensione ex art. 54 ter non si cumula con eventuali sospensioni dell'esecuzione per diversa causa, ma l'effetto sospensivo di tale norma si propaga sui giudizi di divisione endoesecutiva.

Nelle direttive esaminate, solo quelle del Tribunale di Bologna (vedi nota n° 8) sembrano escludere la necessità di sospendere (anche) il giudizio di divisione endoesecutiva, specificando che l'art. 54 ter "non si applica a tutte le procedure di divisione endoesecutive", "avendo il giudizio di divisione vita autonoma ed essendo la procedura esecutiva già sospesa".

Diversamente gli altri Tribunali ritengono che le attività dei giudizi di divisione endoesecutive vadano ricomprese nell'ambito della sospensione, "visto che il giudizio divisorio endoesecutivo risulta funzionalmente collegato all'esecuzione forzata e, dunque, finalizzato a realizzare l'effetto espropriativo" ("Note a prima lettura sull'art. 54 ter: sospensione delle procedure esecutive sulla abitazione principale" 10/5/20 C.O.A. Roma - Commissione Diritto Bancario) (25).

Le direttive dei Tribunali solitamente prevedono che, nel caso in cui siano soddisfatti i requisiti soggettivi ed oggettivi dell'art. 54 ter, l'applicazione della sospensione "debba farsi constare nel giudizio di divisione endoesecutivo" (Trib. Bari: vedi nota n° 9 e Trib. Napoli Nord: vedi nota n° 4), ossia "debba essere rilevata dagli ausiliari del Giudice per l'adozione dei provvedimenti conseguenti" (Trib. Massa: vedi nota n° 17).

Alcuni Tribunali si sono limitati a precisare che le disposizioni dettate per la sospensione ex art. 54 ter vanno estese alle divisioni c.d. endoesecutive (Trib. Modena: vedi nota n° 18), richiamando "le corrispondenti attività nelle cause di scioglimento delle comunioni immobiliari" (Trib. Milano: vedi nota n° 7). Altri hanno provveduto con circolari specificatamente rivolte alle divisioni endoesecutive, disponendo espressamente che "i delegati non devono procedere alla rifissazione di nessuna vendita, con qualsivoglia modalità, prima che il Giudice depositi nel fascicolo telematico il provvedimento di autorizzazione o sospensione del giudizio" (26).

6. Attività consentite e attività escluse ex art 54 ter.

In via preliminare si rileva che, a fronte del dato testuale della norma, che fa riferimento al "pignoramento ex art. 555 c.p.c", la sospensione è diretta alle procedure esecutive già avviate. Il legislatore emergenziale non ha evidentemente ritenuto di porre né uno sbarramento generale alle azioni esecutive (come, per esempio, quello dell'art. 57 l.fall.), né alcun vincolo di pignorabilità (come, per esempio, quello di cui all'art. 76

D.p.R. n. 602/73 per l'abitazione principale del debitore).

In generale, devono considerarsi escluse dalla sospensione e quindi lecite:

1) le attività volte alla custodia, vigilanza e conservazione dell'immobile, compresa la riscossione dei frutti, del resto valide anche in altre ipotesi di "quiescenza" del procedimento esecutivo (con l'eccezione del Tribunale di Aosta, secondo cui rimangono invece sospese tutte le attività del custode giudiziario, salvo però l'obbligo dello stesso di segnalare al G.E. circostanze potenzialmente rilevanti per il pericolo di danni a persone o a cose derivanti dal bene pignorato e attività di danneggiamento dello stesso ad opera degli occupanti: vedi nota n° 6);

2) nell'ottica di tutela dell'aggiudicatario (vedi successiva pg. 12 punto b) e del sistema economico, le attività successive all'aggiudicazione (predisposizione della bozza del decreto di trasferimento e emanazione dello stesso, cancellazione delle formalità pregiudizievoli, formazione, approvazione e attuazione del progetto di distribuzione);

3) le attività che non siano volte ad un effetto direttamente espropriativo del bene (ad es. presentazione di istanze, anche liquidatorie, da parte degli ausiliari e conseguenti provvedimenti del G.E.), provvedimenti diretti a liberare l'immobile dal pignoramento o ad incidere sullo stesso, ad es. quelli ex art. 496 e 483 c.p.c.);

4) le attività garantite ai creditori (vedi sub pg. 11 punto a). In particolare, sull'istanza di conversione del pignoramento esistono opinioni differenti: la stessa non ricade nella sospensione ex art. 54 ter, ed è consentita anche dal 30/4/20 al 30/10/20, secondo le circolari dei Tribunali di Milano e Massa (vedi note. nn° 7 e 17). Il Tribunale di santa Maria Capua Vetere (vedi nota n° 5) ha anch'esso escluso per il beneficio della conversione la sospensione precisando che la stessa, in virtù della ratio di tutela del debitore della norma, non inibisce l'emissione di tutti quei provvedimenti che sono espressione di un favor per il debitore, come la riduzione del pignoramento ex art. 496 c.p.c., la chiusura del procedimento espropriativo o per rinuncia agli atti del creditore ex art. 629 c.p.c. o per antieconomicità ex art. 164 bis disp. att. c.p.c.

Questi Tribunali favorevoli all'ammissione della conversione contestualmente escludono però, sia l'obbligo per il debitore di versare le rate scadenti in detto periodo, sia, conseguentemente, la possibilità di dichiarare la decadenza dal beneficio a causa del mancato pagamento di tali rate.

Secondo le direttive dei Tribunali di Bari e Napoli (vedi note nn° 9 e 4), l'istanza di conversione del pignoramento andrebbe invece sottoposta alla sospensione ex art 54 ter e non può quindi essere presentata dal 30/4/20 al 30/10/20.

Viceversa, in generale, devono considerarsi sottoposti alla sospensione ex art. 54 ter tutti gli atti successivi al pignoramento fino all'aggiudicazione, aventi natura liquidatoria dell'immobile, cioè gli atti funzionali a realizzare l'effetto espropriativo dello stesso.

In conformità alla ratio della norma di tutela di soggetti "fragili", la cui posizione risulta potenzialmente aggravata dall'emergenza pandemica, restano cioè sospese tutte le attività dirette a privare definitivamente il debitore esecutato (e i soggetti allo stesso equiparati) del bene primario destinato a sua abitazione principale, aggravando la sua posizione potenzialmente già incisa dalle conseguenze dell'emergenza sanitaria. In tale ottica devono considerarsi sottoposte a sospensione la nomina del perito stimatore, l'esecuzione della perizia di stima, gli accessi e le visite, i nuovi esperimenti di vendita con i relativi avvisi, la pubblicità, l'attuazione degli ordini di liberazione dell'immobile.

Per il periodo della sospensione non decorrono quindi i termini posti, per legge o per provvedimento del G.E., a carico

degli ausiliari della procedura, delle parti e dell'aggiudicatario che abbiano le caratteristiche di cui sopra.

La suddetta ratio della norma di tutela del debitore deve essere temperata con le tutele che l'ordinamento accorda ai creditori e all'aggiudicatario. In quest'ottica di coordinazione devono valutarsi le attività di seguito elencate.

a) Attività consentite ai creditori: è lecita la notifica del pignoramento da parte dei creditori, rappresentando questa il mezzo per guadagnare gli effetti di garanzia di cui agli artt. 2912 e ss. c.c. Oltre alla notifica del pignoramento, durante il periodo di sospensione, al creditore procedente, anche ove considerati sospesi (vedi per es. Trib. Santa Maria Capua Vetere: nota n° 5), restano comunque consentiti gli adempimenti di cui è onerato nel procedimento esecutivo (quali il deposito dell'istanza di vendita e della documentazione ipocatastale), oltreché, a tutti i creditori, gli atti di intervento ex art. 499 c.p.c.

b) Attività conseguenti all'aggiudicazione: l'aggiudicatario risulta garantito (unitamente all'assegnatario) dall'art. 187 bis disp. att. c.p.c. nei casi di estinzione o di chiusura anticipata del processo esecutivo. Tale norma risulta rafforzata dall'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità che attribuisce all'aggiudicatario stesso un vero e proprio ius ad rem, capace di "resistere" agli eventi giudiziari definitivamente caducatori del titolo esecutivo o dell'esecuzione; detta tutela costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento (Cass. n. 3709/19 e Cass. S.U. n. 21110/12) (27). L'aggiudicazione è d'altro canto insensibile ad eventi sospensivi alla stessa successivi, "quali ad esempio la sospensione della efficacia esecutiva del titolo disposta dalla Corte di Appello ex art. 283 c.p.c., sospensione riconducibile, come quella di specie, alle c.d. sospensioni esterne del processo esecutivo" (Trib. Santa Maria Capua Vetere: vedi nota n° 5).

In considerazione di questa tutela dell'aggiudicatario, non è sottoposta a sospensione il deposito della bozza del decreto di trasferimento e la successiva emissione dello stesso. Tra le circolari esaminate, solamente quelle emesse dai Tribunali di Bari e Bologna (vedi note nn. 9 e 8) sembrano, rispettivamente, escludere e limitare l'emissione del decreto di trasferimento (a prescindere dal versamento del prezzo). Quest'ultimo Tribunale subordina infatti l'emissione del decreto di trasferimento alla condizione che l'aggiudicatario, avvertito dal custode dell'impossibilità di liberazione dell'immobile,

"richieda espressamente l'emissione dello stesso, con esonero della procedura dall'attività di liberazione o, in alternativa, con richiesta di procedere alla liberazione scaduti i termini di sospensione".

Sempre a tutela dell'aggiudicatario, tutte le circolari esaminate (con l'unica eccezione del Tribunale di Modena - vedi nota n° 18- che invita il delegato a sospendere sino a ulteriori istruzioni) ritengono consentite durante il periodo di sospensione le attività di distribuzione del ricavato dalla vendita.

Successivamente al decreto di trasferimento, il procedimento, in effetti, non ha più ad oggetto l'abitazione principale di cui all'art. 54 ter, ma piuttosto il prezzo versato dall'aggiudicatario e la distribuzione del ricavato non comporta alcun danno per il debitore. Anzi, in astratto, la distribuzione potrebbe giovare al debitore nelle ipotesi in cui lo stesso abbia diritto alla restituzione di un residuo. E comunque non procedere alla stessa comporterebbe, a danno del debitore, l'ulteriore decorso degli interessi sulle somme dovute ai creditori (vedi "Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-COVID": nota n°20).

Per il versamento del prezzo (sospeso per tutte le procedure dal 9/3/20 al 11/5/20, ex art. 83 d.l. 18/20 e ss.) la maggioranza delle direttive (vedi ad esempio le citate linee guida dei Tribunali di Torino, Napoli, Bologna e Milano: vedi note nn° 26 -4-8-7) sono conformi nello stabilire che, per le procedure che hanno ad oggetto l'abitazione principale del debitore, il termine del versamento vada prorogato sino al 30/10/20, salva la possibilità per l'aggiudicatario di provvedere comunque al pagamento. Diversamente dispone il Tribunale di Massa (vedi nota n° 17), che elenca invece il versamento del saldo prezzo nelle attività escluse dalla sospensione ex art. 54 ter.

Per quanto riguarda infine l'esecuzione dell'ordine di liberazione dell'immobile (prorogata per tutte le procedure sino al 1/9/20 dall'art. 103 comma VI d.l. 18/20), nei casi in cui l'immobile costituisca abitazione principale del debitore, la stessa ricade nella sospensione dell'art. 54 ter e deve essere rinviata a data successiva al 31/10/20, salvo solo il rilascio spontaneo. Il Tribunale di Bologna (vedi nota n° 8) al riguardo specifica che per dare corso al procedimento di liberazione "non ci sarà bisogno dell'emissione di un nuovo ordine di liberazione, essendo quelli già emessi validi ed efficaci e sottoposti solo alla condizione dell'istanza dell'aggiudicatario ai sensi del nuovo art. 560 c.p.c.".

7. Tabella riepilogativa.

ATTIVITÀ SOSPESE EX ART. 54 TER

- nomina del perito estimatore
- esecuzione della perizia di stima
- accessi e visite dell'immobile
- nuovi esperimenti di vendita e relativi avvisi
- pubblicità legale
- attuazione ordini di liberazione
- versamento del saldo prezzo (ad esclusione del Trib. Massa)

ATTIVITÀ ESCLUSE DALLA SOSPENSIONE (ex art. 54 ter)

- notifica del pignoramento
- deposito istanza di vendita e documentazione ipocatastale
- interventi ex art. 499 c.p.c
- attività di custodia e conservazione del bene, compresa la riscossione dei frutti (vedi però Trib. Aosta)
- deposito bozza decreto di trasferimento e emissione dello stesso (ad eccezione di Trib. Bari e Trib. Bologna)
- cancellazione gravami
- formulazione, approvazione e attuazione progetto di distribuzione (ad esclusione del Trib. Modena)
- presentazione istanze, anche liquidatorie, da parte degli ausiliari e emanazione conseguenti provvedimenti da parte del G.E.
- emissione provvedimenti di estinzione o incidenti sul pignoramento
- istanza di conversione del pignoramento (ad esclusione Trib. Napoli e Trib. Bari)

Note.

- (1) Cass. 2/11/10 n. 22279 in Guida al Diritto 2010, 49-50, 51; Cass. 17/7/09 n. 16731 in Giustizia Civile Massimario 2009, 7-8, 1113; Cass. 26/1/05 n. 1618 in Giustizia Civile Massimario 2005, 1
- (2) C. Cost. n. 444/02 in Guida al Diritto 2003, 1, 101
- (3) in "www.csm.it"
- (4) "Sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa, ai sensi dell'art. 54 ter - Criteri interpretativi e indicazioni operative" del 19/5/20 in "www.tribunale.napolinord.giustizia.it"
- (5) "Linee guida in materia di sospensione della esecuzione ex art. 54 ter legge 27 del 2020" del 20/5/20 in "www.tribunale-santamariacapuaavetere.it"
- (6) "Direttive" del 30/4/20 in "iusletter.com"
- (7) "Istruzioni e linee guida per custodi e professionisti delegati - Indicazioni per debitori e aggiudicatari" del 11/5/20 in "avvocati.it"
- (8) "Circolare informativa relativa all'applicazione dell'art. 54 ter del d.l. 18/20 convertito in l. 18/20" del 2/5/20 in "www.expartecreditoris.it"
- (9) "Sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa, ai sensi dell'art. 54 ter del d.l. 18/20 come convertito nella l. 27/20 - Criteri interpretativi" del 4/5/20 in "www.tribunale.bari.giustizia.it"
- (10) "Procedure esecutive immobiliari sospese ai sensi dell'art. 54 ter l. 24/4/20 n. 27" del 30/4/20 in "www.tribunale.latina.giustizia.it"
- (11) "Disposizioni urgenti relative alla conversione del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 convertito in l. 24/4/20 n. 27" del 15/5/20 in "www.tribunale.bolzano.it"
- (12) "Comunicazione agli ausiliari del G.E. " del 8/5/20 in "www.tribunale.nola.giustizia.it"
- (13) "Provvedimenti di revoca dei decreti 6-12/3 u.s. e disciplina della ripresa delle attività ...e del prosieguo delle procedure po-

tenzialmente interessate dalla sospensione ex art. 54 ter d.l. 18/20, convertito nella l. 27/20" del 24/6/20 in "www.tribunale.roma.giustizia.it"

(14) In "www.inexecutivus.it"

(14) Cass. 31/3/08 n. 8304 in Giustizia Civile Massimario 2008, 491; Cass. 20/2/15 n. 2474 in Giustizia Civile Massimario 2015

(16) "Comunicazione Presidente Sezione IV dott.ssa Ferramosca - Prot. 45/20" del 18/6/20 in "www.tribunale.roma.giustizia.it"

(17) "Sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa, ai sensi dell'art. 54 ter d.l. 18/20, cov. l.27/20 - criteri interpretativi e indicazioni operative e aggiornamento delle linee guida del 10/3/20...e successive integrazioni" del 14/5/20 in "architetti-massacarrara.it"

(18) Provvedimento per delegati, esperti stimatori e custode IVG Terza Sezione Civile - Ufficio Esecuzioni Immobiliari del 6/5/20 in "www.ordinearchitetti.mo.it"

(19) Ordinanza Trib. Napoli Nord - III Sez. Civ.- dott. Auletta del 25/5/20 in "www.inexecutivus.it"

(20) in "IL CASO.it" - 30/4/20

(21) Cass. 3/11/16 n. 22191 in Giustizia Civile Massimario 2016

(22) Cass. 19/2/20 n. 4166 in Giustizia Civile Massimario 2020

(23) Cass. - Sez. VI - 17/4/18 n. 9429 in "www.italgiure.it"; Cass. 21/6/17 n. 15444 in "www.italgiure.it"

(24) Cass. 11/11/03 n. 16941 in Giustizia Civile Massimario 2003, 11; Cass. 10/3/00 n. 2810 in Giurisprudenza Italiana 2000, 2246

(25) In "www.ordineavvocatiroma.it"

(26) "Disposizioni per professionisti delegati nelle divisioni endoesecutive..." del 5/5/20 in "www.ordineavvocatitorino.it"

(27) Cass. 8/2/19 n. 3709 in Giustizia Civile Massimario 2019; Cass. 28/11/12 n. 21110 in Archivio delle locazioni 2013, 2, 155

Recensioni

Arbitrato e negoziato in Europa. Le opportunità dell'avvocato.

CARLO ALBERTO CALCAGNO

Key Editore, giugno 2020, pp. 844

Una delle novità del mercato librario dello scorso giugno è costituita da un volume del collega Carlo Alberto Calcagno, mediatore del nostro organismo di mediazione. Si intitola "Arbitrato e negoziato in Europa, Le opportunità dell'avvocato" ed è edito da Key Editore (1).

Il volume è corposo: si tratta quasi di 900 pagine destinate all'approfondimento della disciplina dell'arbitrato e della mediazione nei paesi facenti parte dell'Unione Europea.

La parte introduttiva è destinata a spiegare le ragioni per le quali l'istituto arbitrale è il più conosciuto e praticato nel mondo commerciale: gli arbitri in fondo hanno un terreno comune in tutto il mondo costituito dall'adozione delle norme UNCITRAL; il lodo poi è uno strumento eseguibile in tutti i paesi che hanno aderito alla Convenzione di New York.

L'autore ci spiega che la mediazione non ha avuto lo stesso favorevole trattamento giuridico: non esiste almeno in Europa una disciplina unica; ogni stato ha le sue regole ed inoltre la circolazione del titolo è possibile soltanto con riferimento alle mediazioni transfrontaliere. Si è cercato di porre rimedio perlomeno con riferimento alla formazione di un titolo eseguibile, con la Convenzione di Singapore, ma allo stato nessuno stato dell'Unione e nemmeno l'Italia ha deciso di aderirvi.

Segue poi una concisa esposizione inerente alla disciplina sostanziale dell'arbitrato in 14 stati: Austria, Belgio Bulgaria, Cipro, Croazia, Francia, Germania, Polonia, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Spagna ed Ungheria. L'intenzione è quella di evidenziare quanto le discipline interne si avvicinino tra di loro e costituiscano dunque uno strumento anche facilmente conoscibile non solo per gli operatori del diritto, ma anche per i fruitori finali.

Si passa poi all'istituto della mediazione ed in primo luogo ai documenti europei che l'hanno originata: quelli del Consiglio d'Europa e della Commissione Europea. Calcagno si sofferma a lungo ed in particolare sulla Direttiva 52/08 (2) che ha richiesto agli stati dell'Unione di introdurre la mediazione almeno per le questioni transfrontaliere.

Emergono chiaramente le ragioni per cui l'Europa abbia abbracciato un sistema di giustizia complementare: *in primis* la difesa degli scambi economici all'interno dell'Unione e secondariamente la deflazione del contenzioso.

Tuttavia il sistema non si è rivelato efficace dal momento che solo l'1% delle controversie è stato trattato con la mediazione, mentre la Direttiva 52/08 si augurava "un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario", proposito decisamente fallito almeno allo stato.

Il problema più rilevante che si è dovuto affrontare riguarda la mancata conoscenza dell'istituto in capo alla maggior parte dei cittadini europei.

Per avviare l'Unione ha messo in atto diversi strumenti che il collega illustra minutamente: l'elenco dei mediatori e delle organizzazioni di mediazione, la valutazione del *balance relationship index* ossia delle mediazioni in rapporto al contenzioso di primo grado pendente, strumento che doveva anche misurare la "funzionalità" della legge sulla mediazione nei singoli stati, gli strumenti relativi alle adr del consumo.

Ma sono gli avvocati che pongono le più forti resistenze alla

conoscenza dell'istituto da parte dei propri clienti poiché l'analisi del numero delle mediazioni in combinazione con il numero di avvocati in un dato paese reca un dato sconcertante; più avvocati ha a disposizione un mediatore in un certo paese e meno mediazioni si celebrano: "Il dato generale dice che nel 2019 nei 28 paesi UE ci sono 1.331.481 avvocati a fronte di 83.213 mediatori: in pratica una media di 1 mediatore ogni 16 avvocati. Nel 2020 conosciamo il solo numero dei mediatori (79.598), ma la proporzione dovrebbe essere analoga. Se guardiamo ai dati disponibili sulle mediazioni del 2018, riscontriamo che in diversi paesi ove gli avvocati sono in minor numero rispetto ai mediatori, le mediazioni sono in più alto numero (così in Italia, Slovacchia, Polonia, Ungheria e Finlandia)".

Eppure – annota Calcagno – sarebbe così semplice eliminare il contenzioso pendente con gli strumenti alternativi se giudici ed avvocati facessero un'alleanza in questo senso: "in alcuni paesi un'alleanza potrebbe portare addirittura all'azzeramento del contenzioso pendente in primo grado secondo la semplice realizzazione della ovvia formula: Pendente giudiziario/ Giudici + Avvocati = procedure ADR pro capite per l'operatore giudiziario. L'obiettivo sembrerebbe realizzabile in Finlandia (2,78 pratiche), Lussemburgo (3,15), Ungheria (3,33), Danimarca (4,17), Cipro (4,24), Spagna (4,4), Grecia (6,48) e forse Italia (9,59)."

Altra problematica scottante è quella della formazione dei mediatori che non è uniforme in Europa; ogni stato ha la sua: "Non tutti i paesi hanno stabilito regole in materia di formazione, anche se nella pratica essa viene richiesta ai mediatori (ad es. in Francia, Svezia); in Slovenia e Danimarca è richiesta solo ai mediatori giudiziari. In alcuni paesi la formazione è differenziata in relazione al fatto che i mediatori siano o meno avvocati (ad es. in Italia e a Cipro). In Lituania i requisiti sono diversi a seconda che il mediatore aspirante sia un giudice, un non giudice, un avvocato. Richiedono al mediatore una formazione decisamente impegnativa i seguenti paesi membri UE (15): Lussemburgo, Malta, Austria, Slovacchia, Francia, Portogallo, Finlandia, Belgio, Germania, Lettonia, Spagna, Paesi Bassi, Romania, Grecia e Polonia. Altri Paesi (12) mantengono un approccio che potremmo definire intermedio: Irlanda, Ungheria, Bulgaria, Danimarca, Irlanda del Nord, Italia, Inghilterra e Galles, Cipro, Croazia, Lituania, Scozia e Slovenia. Vi sono ancora Paesi che allo stato hanno regolamentato la formazione esclusivamente per i mediatori familiari: Francia, Estonia."

Dopo l'analisi della formazione in ogni Stato il volume indugia sulle varie tipologie di mediazione che si possono trovare negli stati dell'Unione. Particolare è la mediazione del giudice che riguarda "in particolare diverse nazioni: Belgio, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Scozia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria".

La mediazione del giudice riguarda per lo più soggetti che non svolgono ruoli giudicanti. Il ruolo per la Commissione Europea è molto importante perché gli studi da mediatore possono essere di ausilio sotto due profili: 1) per giustificare nel modo più appropriato l'invio in mediazione dei litiganti 2) per mediare nel modo più idoneo la controversia.

Viene poi affrontata in tutti i paesi UE la disciplina della mediazione delegata sia nel settore civile che in quello familiare: "...ci sono paesi che possiedono una mediazione di corte vo-

lontaria ed una mediazione obbligatoria, paesi che possiedono la sola mediazione obbligatoria ed altri solo la volontaria. La mediazione giudiziaria può essere obbligatoria per volontà di legge o perché lo decide il giudice. La volontaria può essere di due tipi: 1) richiesta dalle parti, ma autorizzata od ordinata dal giudice, 2) disposta dal giudice con il consenso delle parti. In alcuni paesi la richiesta di mediazione può essere un diritto delle parti, in altri è il giudice a decidere comunque se sia opportuna o meno. Il ruolo del giudice può essere vario: può proporre, incoraggiare, raccomandare od ordinare. Il mediatore nella mediazione giudiziaria può essere solo un giudice, solo un mediatore non giudice, oppure sia un giudice che un non giudice (mediatore, cancelliere, giudice in pensione, ufficiale giudiziario ecc.).”

Si passa dunque alla illustrazione della mediazione preventiva che può essere obbligatoria e/o volontaria: “Almeno 18 stati UE hanno forme riconducibili alla mediazione obbligatoria preventiva: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Francia, Grecia, Inghilterra e Galles, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Portogallo, Romania, Scozia, Spagna e Svezia. 13 nazioni hanno una mediazione obbligatoria sia preventiva che di corte: Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Francia, Inghilterra e Galles, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Scozia, Spagna e Svezia. Tre paesi una mediazione preventiva obbligatoria ed una mediazione di corte facoltativa: Grecia, Romania e Portogallo. 14 paesi hanno una mediazione preventiva facoltativa e obbligatoria, una mediazione di corte obbligatoria ed una mediazione di corte facoltativa: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Estonia, Francia, Inghilterra e Galles, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Scozia, Spagna e Svezia. Tutti i paesi ad eccezione della Danimarca hanno una mediazione facoltativa preventiva prevista dalla legge.

Segue una lunga disamina delle cifre dell'arbitrato e della mediazione che riguardano ogni singolo paese con tutta norma-

tiva di riferimento: sono citati 358 provvedimenti con la relativa fonte di reperimento.

La seconda parte del volume è incentrata sulla figura dell'avvocato negoziatore. In una iniziale trattazione storica si illustra il rapporto tra avvocato e negoziazione dal mondo romano alla sentenza della Cassazione del marzo 2019 che ha sdoganato in Italia la figura dell'avvocato negoziatore; in questo ambito si descrivono i provvedimenti che negli Stati Uniti hanno dato l'avvio alla carriera dei “neutri” (provvedimenti UNCITRAL, ADRA ed UMA) e si passa poi a quelli più rilevanti in Europa (il ruolo del Consiglio d'Europa e della Commissione UE). Seguono le norme italiane sull'avvocato negoziatore ed il loro commento sino alla sentenza della Cassazione del 27 marzo 2019 (e a quella del 5 luglio 2019). Ampio spazio è dedicato alle competenze trasversali dell'avvocato negoziatore e al modo di condurre una intervista di negoziazione con il proprio cliente. Si raffrontano, infine, le procedure negoziali nel nostro paese: mediazione e negoziazione assistita. L'opera in questione può definirsi un condensato enciclopedico di nozioni (aggiornato ai provvedimenti sul covid-19) che ha richiesto lunghi anni di studio e riflessione: può essere di qualche utilità al giudice, all'avvocato ed al mediatore anche perché contiene in traduzione gli ultimi provvedimenti del 2019 del Cepej, l'organo che si occupa di giustizia per il Consiglio d'Europa, sulla formazione di tutti gli operatori della giustizia.

Alessandro Barca

Note.

(1) <https://www.lafeltrinelli.it/libri/carlo-alberto-calcagno/arbitrato-e-negoziato-europa-opportunita/9788827906477>

(2) Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EL>

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Documenti

*Tutela della concorrenza
e tutela della professione forense
nell'ordinamento italiano: divergenza
o coincidenza con il diritto europeo?*

(a margine della sentenza del Consiglio di Stato,
sez. VI, 30 aprile 2020, n. 2764)

Prof. Avv. Daniele Granara

Sommario: 1. *Concorrenza e professioni: il diritto europeo e i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: la professione forense.* - 1.1. *La giurisprudenza della Corte UE.* - 1.2. *La precedente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164.* - 1.3. *Comunicazione della Commissione UE 10 gennaio 2017 e Direttiva 2018/958 del 28 giugno 2018* - 2. *Il caso all'esame del Consiglio di Stato e le questioni decise.* - 2.1. *Il principio del ne bis in idem e la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.* - 2.2. *La natura "intrinsecamente penale" dell'illecito contestato dal Garante e le garanzie CEDU.* - 3. *Considerazioni conclusive.*

1. Concorrenza e professioni: il diritto europeo e i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: la professione forense.

La fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato costituisce un ennesimo ed importante tassello nelle alterne vicende di una questione, che trova le sue origini negli anni Novanta, a seguito dell'introduzione, ad opera del Trattato di Maastricht del 1992 (1), della libertà di stabilimento professionale nell'ambito eurounitario, con la conseguente ritenuta necessità di aprire alla concorrenza anche il settore delle libere professioni, revisoriando la disciplina delle stesse.

Nell'aprile 1994, l'Italia ha sottoscritto, inoltre, il nuovo accordo sul libero mercato internazionale (c.d. nuovo accordo GATT), il quale prevede la liberalizzazione di molti servizi professionali, introducendo esplicitamente il principio di libera concorrenza nelle professioni intellettuali, nell'ottica della progressiva abolizione delle norme che ostacolano la concorrenza in questo settore.

Come si legge nella Delibera 1° dicembre 1994, con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) si è determinata per la prima volta a "procedere, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge n. 287/90, ad un'indagine conoscitiva di natura generale nel settore degli Ordini e Collegi professionali e delle relative professioni dagli stessi regolamentate", "l'assoggettabilità delle libere professioni alle regole di concorrenza deriva dalla nozione d'impresa adottata dall'Autorità, secondo cui "ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza deve qualificarsi impresa qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento" [prov. 18 novembre 1992 n. 788, nel caso A.I.C.I./FIV, sulla sottoposizione alla disciplina antitrust delle federazioni sportive]. L'Autorità ha infatti riconosciuto una nozione funzionale d'impresa, recependo, come richiede l'articolo 1, comma 4, della legge n. 287/90, i principi emergenti dalla giurisprudenza comunitaria in base ai quali "nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue moda-

lità di finanziamento" (Corte di Giustizia, sent. del 23 aprile 1991, caso *Hoefner, Elser/Macrotron*). Siffatta interpretazione peraltro non contrasta con le diverse qualificazioni che le attività professionali ricevono in altri ambiti dell'ordinamento, le quali risultano funzionali al perseguimento di fini diversi.

L'Autorità ritiene pertanto che l'attività svolta da chi esercita una professione intellettuale può essere qualificata come attività economica, proprio in quanto consiste nell'offerta di prestazioni riconducibili alla figura dei servizi forniti dietro corrispettivo.

Sulla base dei citati riferimenti giurisprudenziali e dell'effettivo esplicarsi della loro attività economica, i soggetti esercenti le professioni intellettuali possono essere qualificati come imprese e, di conseguenza, assoggettati alla normativa posta a tutela della concorrenza. Da ciò discende inoltre che gli Ordini professionali possono essere qualificati come associazioni d'impres e quindi sottoposti alla normativa a tutela della concorrenza" (2).

In forza della predetta qualifica, sono stati giustificati i poteri dell'AGCM nei confronti degli ordini professionali, l'esercizio dei quali ha determinato nel tempo lo svolgimento di due indagini conoscitive (nel 1994, conclusa nel 1997, e nel 2007, conclusa nel 2009) nonché, con specifico riguardo alla professione forense, alla notifica di atti di diffida ed irrogazione di sanzioni, come quella oggetto del giudizio deciso dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza 30 aprile 2020 n. 2764.

All'esito della prima indagine, l'Autorità ha rilevato "che la regolamentazione adottata nel nostro Paese, nel suo complesso, è particolarmente restrittiva rispetto a quella dei principali paesi europei. Solo recentemente, ad esempio, è stato rimosso, con la Legge 7 agosto 1997 n. 266, l'impedimento all'esercizio in forma societaria dell'attività professionale. Questa abrogazione e l'imminente emanazione del regolamento attuativo costituiscono, a giudizio dell'Autorità, la leva di cambiamento della forma di esercizio delle attività professionali, in quanto, se opportunamente interpretate, potranno consentire ai professionisti di scegliere tra le forme societarie attualmente disponibili quelle che ritengono più adatte per dare, all'erogazione delle attività intellettuali, le dimensioni di una vera e propria impresa di servizi.

L'indagine ha inoltre evidenziato che altri strumenti di regolamentazione dell'accesso e dell'esercizio delle attività professionali, adottati in Italia, risultano talvolta superflui e talvolta sproporzionati rispetto agli obiettivi prefissati; altri sono utilizzati in modo da determinare ingiustificate restrizioni concorrenziali. In generale, le restrizioni tuttora esistenti nel nostro paese rischiano di tradursi in un concreto svantaggio per i nostri professionisti rispetto ai colleghi stranieri" (3).

Sotto la lente di ingrandimento dell'Autorità sono stati esaminati, per quanto riguarda gli avvocati, le modalità di accesso e svolgimento del tirocinio e dell'esame di Stato in relazione con l'obbligo di iscrizione all'Albo, la fissazione di tariffe minime, la regolamentazione (e i corrispondenti divieti) di pubblicità. L'Autorità ha poi concluso con un invito di riforma al Legislatore, soprattutto per quanto riguarda l'istituzione "ordine", che fatica ad adeguarsi al meccanismo concorrenziale.

Tuttavia, il *punctum dolens* dell'applicazione delle regole concorrenziali alle professioni è individuato dalla stessa Autorità, (pur aderendo alla nozione funzionale di impresa e ricomprendendovi così i professionisti e le associazioni di essi) nella funzione pubblicistica della professione, con la quale il meccanismo imprenditoriale stride inevitabilmente, costituendo la più tipica espressione dell'autonomia privata, che è libera, mentre lo svolgimento di una funzione di interesse pubblico condiziona la li-

bertà, prevalendo su di essa il perseguimento dell'interesse della collettività, il quale è un interesse pubblico governato dalle regole della discrezionalità amministrativa (4).

Secondo l'Autorità, "la regolamentazione in esame, tuttavia, anche per il lungo tempo trascorso dalla sua origine ed i profondi mutamenti intervenuti nella realtà economica, non appare totalmente giustificata dall'esigenza di garantire la qualità del professionista e della prestazione e, tenendo anche conto della progressiva diffusione di modalità più avanzate dello svolgimento delle attività professionali, potrebbe talora rivelarsi superata, dal punto di vista di un efficiente svolgimento delle attività economiche ed anzi risultare idonea a restringere o addirittura ad impedire il libero svolgersi della concorrenza".

Nel senso dell'adeguamento della disciplina delle professioni alle regole concorrenziali, si sono mossi i successivi pareri e segnalazioni che l'Autorità ha formulato al Parlamento e al Governo. È seguita poi una seconda indagine, che ha avuto ad oggetto "il settore dei servizi professionali, con particolare riferimento all'adeguamento dei codici deontologici delle professioni indicate ai principi di concorrenza" ed è stata determinata da "richieste di intervento pervenute nelle date 18 settembre 2006, 16 novembre 2006 e 28 dicembre 2006, in cui sono segnalati comportamenti di organismi rappresentanti di professionisti intesi a limitarne la concorrenza, sotto il profilo della promozione dei servizi professionali e della determinazione dei corrispettivi richiesti per i servizi medesimi" (5).

Medio tempore, peraltro, con Legge 4 agosto 2006, n. 248, di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), sono state introdotte misure di promozione della concorrenza nel settore delle professioni, tra cui, per quanto interessa con riferimento al caso in esame, l'abrogazione dell'obbligo di tariffe fisse minime, l'abrogazione del "divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti" (cd. patto di quota lite) e del "divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni", statuendo che la pubblicità di attività professionali deve essere informata a "criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine" (art. 2).

Conseguentemente, i codici deontologici avrebbero dovuto abrogare le seguenti restrizioni:

- obbligatorietà di tariffe fisse o tariffe minime;
- divieto dei c.d. patti di quota lite;
- divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa;
- divieto di costituire società interdisciplinari tra professionisti.

Il mancato adeguamento di alcuni ordini professionali ha determinato le segnalazioni che hanno condotto alla seconda indagine, che si è conclusa, nel marzo 2009 (6), con il rilievo della "resistenza" degli ordini professionali ad adeguarsi al meccanismo concorrenziale e l'auspicio di un intervento del Legislatore volto ad emendare la Legge Bersani, prevedendo: l'abolizione delle tariffe minime o fisse, l'abrogazione del potere di verifica della trasparenza e veridicità della pubblicità esercitabile dagli ordini, l'istituzione di lauree abilitanti, lo svolgimento del tirocinio durante il corso di studio, la presenza di soggetti 'terzi' negli organi di governo degli ordini.

Con specifico riguardo agli Avvocati, si è evidenziato, quanto alle tariffe minime, come il codice deontologico operi "un rinvio formale all'art. 2233 del codice civile che sancisce il rispetto del decoro, ossia della tariffa, nella determinazione della misura del compenso [...], senza rinviare tuttavia anche all'art. 2, comma 1, lettera a), della legge Bersani, con ciò omettendo di evidenziare l'abrogazione dell'obbligatorietà delle tariffe fisse e minime. Per l'Autorità, la nozione di decoro dovrebbe essere inserita, invece, nei codici di autoregolamentazione esclusivamente come elemento che incentivi la concorrenza tra professionisti e rafforzi i doveri di correttezza professionale nei confronti della clientela

e non per guidare i comportamenti economici dei professionisti. Un compenso alto può essere decoroso per una prestazione di alto contenuto professionale ed economico, ma indecoroso per una prestazione poco complessa, resa in modo superficiale o di basso profilo economico".

Quello degli Avvocati è stato annoverato anche tra gli ordini "restii a introdurre i principi concorrenziali" in materia di pubblicità, avendo vietato la pubblicità dei compensi e assoggettato l'attività pubblicitaria a controllo autorizzatorio e preventivo.

Negli anni successivi, il contrasto tra Garante della concorrenza e Ordini professionali è proseguito (7) e, per quanto riguarda gli avvocati, si è concentrato sulle questioni relative alle tariffe e alla pubblicità, non potendo considerarsi completamente risolto neanche a seguito dell'approvazione della nuova Legge professionale forense, 31 dicembre 2012, n. 247.

1.1. La giurisprudenza della Corte UE.

La qualificazione come impresa in senso lato (*rectius*, funzionale) delle professioni è fondata dall'AGM sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, ma è opportuno precisare, innanzitutto, come non manchino decisioni, anche piuttosto recenti, che negano l'estensione indiscriminata della nozione.

Il riferimento va, ad esempio, alla sentenza 12 settembre 2013, *IVD*, resa in causa C-526/11, che ha escluso l'applicabilità delle norme in materia di appalti pubblici all'ordine dei medici di un Land tedesco (*Ärztammer Westfalen-Lippe*), perché pur essendo organismo di diritto pubblico, bisogna avere riguardo non alla natura o definizione dell'ente, ma alle sue forme prevalenti di funzionamento e di finanziamento, e quindi alla sua autonomia organizzativa e finanziaria. Del resto, è il Regolamento n. 2223/1996 sul sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità che esclude le organizzazioni professionali o di categoria dal settore delle pubbliche amministrazioni, qualificandole come organismi senza scopo di lucro dotati di personalità giuridica.

Per quanto riguarda, invece, la riconduzione dell'attività professionale all'impresa ed alla corrispondente disciplina, la stessa è fondata dalla giurisprudenza della Corte, massimamente in occasione della decisione di questioni in via pregiudiziale formulate dai giudici nazionali, da un lato, sul diritto di libera circolazione nel territorio dell'Unione (declinato nell'esercizio dello stabilimento e della prestazione di servizi, nel riconoscimento delle qualifiche professionali, nella disciplina sulla liberalizzazione dei servizi in genere) e, dall'altro, sulla libertà di concorrenza, (declinata nell'assenza di fissazione e obbligatorietà di tariffe e nella costituzione e partecipazione a società professionali): ciò in quanto il professionista che goda di tali diritti deve rispettare gli obblighi di diritto euorunitario, nell'ottica dell'integrazione europea in funzione della effettiva creazione del mercato unico (8).

Tale giurisprudenza è particolarmente rilevante nel nostro caso, poiché la maggior parte delle questioni pregiudiziali proposte riguardano la professione di avvocato.

Con specifico riguardo alle tariffe professionali, si ricordano i casi *Arduino*, *Cipolla* e *Macrino* (9), dove la fissazione delle stesse è stata ritenuta anticoncorrenziale dalla Corte, solo quando istituisca un divieto assoluto di deroga a detti limiti, non ostando diversamente un provvedimento normativo in tal senso dello Stato, non riconducibile ad un accordo tra imprese (ossia tra ordini professionali), a cui si applicano in senso stretto le disposizioni del trattato a tutela della concorrenza, ovvero imposto autoritativamente dallo Stato e per esso dal Ministero della Giustizia, che può non approvare il progetto del CNF o modificarlo (10), nonché le pronunce note come degli *Spedizionieri doganali* (11), dove anche il Consiglio Nazionale degli stessi (CNSD) è considerato associazione di imprese, che assume decisioni rilevanti per la tutela della concorrenza ex art. 101 TFUE, ma senza la limitazione (intervento autoritativo di una amministrazione statale) prevista per gli ordini professionali.

In tema di pubblicità, la Corte ha evidenziato la necessità che la stessa sia soggetta ai limiti di interesse generale e, dunque, ha vietato quella fuorviante e ingannevole, in ossequio ai principi e regole che tutelano il consumatore.

In proposito, la limitazione ad opera del Legislatore nazionale della pubblicità professionale è stata ritenuta legittima, allorché la stessa non agevoli, rafforzi o codifichi un'intesa o una decisione di imprese, tutelando piuttosto motivi imperativi di interesse generale, quali la dignità della professione, mentre volativo della concorrenza è il divieto assoluto di pubblicità, che *“eccede quanto è necessario per realizzare gli obiettivi perseguiti dalle norme nazionali”* (12). I limiti alla pubblicità sono dunque ammessi, ma solo se giustificati, al fine di evitare restrizioni all'esercizio di una professione (13).

L'ordine professionale è dunque un'associazione di imprese (i professionisti) e le caratteristiche tipiche che connotano le professioni (natura intellettuale del servizio, autorizzazione, rispetto di determinate condizioni, combinazione di elementi personali, materiali e immateriali) non sono sufficienti ad escluderne la natura di imprese soggette alle regole della concorrenza.

Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte UE emerge come la tutela della concorrenza non debba ritenersi assolutamente preminente, a fronte di un interesse pubblico perseguito e allora il problema è individuare l'interesse pubblico idoneo a derogare al meccanismo concorrenziale.

In proposito, la Corte ha ritenuto giustificazione idonea della limitazione della concorrenza il perseguimento dell'interesse pubblico, nel senso di interesse della collettività (utenti, consumatori) (14), ma non la tutela della professione (15), senza considerare che l'interesse della professione coincide o è semplicemente l'altra faccia della medaglia dell'interesse della collettività, poiché quest'ultima è tutelata solo se può usufruire di servizi (in questo caso legali) affidati a professionisti, la cui serietà e professionalità sia verificata ed ancorata al rispetto, quantomeno minimale, di precise regole comuni, che è compito degli ordini professionali stabilire. Peraltro, la Corte non si è rivolta solo ai professionisti/imprese e alle loro associazioni (ordini professionali), ma anche agli Stati, come del resto emerge dalle citate delibere dell'AGCM, la quale si è mossa nel solco di tale orientamento della giurisprudenza europea.

Gli Stati membri sono dunque *“responsabili della violazione del combinato disposto degli artt. 101 TFUE e 4, par. 3 TUE (sulla leale cooperazione) se adottano o mantengono in vigore norme, disposizioni, prassi che possono rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese, ma anche quando impongono o agevolano la conclusione di un accordo oppure demandano la responsabilità di adottare provvedimenti ad enti o associazioni, che assumono decisioni definitive in materia economica (e quindi anche nelle ipotesi in cui venga, sì, eseguito un controllo, ma meramente formale). Rileva, pertanto, sia un comportamento dello Stato che impone o favorisce la conclusione di un accordo, sia la delega ad altri della responsabilità di decisione in materia economica”* (16).

1.2. La precedente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164.

Nel filone della sopra illustrata giurisprudenza della Corte di Giustizia si colloca la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164, intervenuta nella medesima vicenda decisa dalla sentenza in esame e facente stato tra le parti in causa.

La vicenda origina il 19 novembre 2012, quando l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), inviava al Consiglio Nazionale Forense (CNF) una richiesta di informazioni concernenti *“il nuovo tariffario forense”* e la circolare n. 22 – C/2006, pubblicati sul sito *web* del CNF e nella banca dati Ipsoa, raggiungibile dalla *homepage* del sito web del CNF attraverso un *link* denominato *“Tariffe”*.

Il 27 dicembre il CNF riscontrava la richiesta dichiarando di aver provveduto alla rimozione del *link* e la collocazione di tali atti nella sezione relativa alla *“Storia dell'avvocatura”*, precisando che la circolare era stata già rimossa dal sito in occasione della pubblicazione della circolare n. 23/2007 di rettifica della precedente, già oggetto dell'indagine conoscitiva IC-34 riguardante il settore degli ordini professionali, in cui l'AGCM aveva dato atto della revoca della circolare e della sua rimozione dal sito web. Il CNF declinava poi ogni responsabilità in ordine alla banca dati dell'Ipsa, gestita da Società privata.

A seguito di altra segnalazione, da parte della società titolare del circuito *“Amica Card”* (carta sconti per acquisti di beni e servizi vari da operatori convenzionati), avverso l'adozione da parte del CNF in data 11 luglio 2012, del parere n. 48/2012, con il quale, su richiesta del Consiglio dell'Ordine di Verbania, aveva reso l'interpretazione restrittiva dell'art. 19 del Codice deontologico forense, relativo al denunciato accaparramento della clientela di cui all'art. 19 del codice deontologico forense (CDF) all'epoca vigente (in relazione all'offerta, da parte di un avvocato, di prestazioni professionali mediante la piattaforma *“Amica Card”*), l'AGCM apriva un procedimento istruttorio che si concludeva con il provvedimento n. 25124 del 22 ottobre 2014, a mezzo del quale *“il CNF veniva sanzionato dall'AGCM per violazione dell'art. 101 TFUE”*, per avere assunto *“due decisioni [la circolare del 4 settembre 2006 in tema di tariffe professionali e il parere rilasciato all'Ordine degli Avvocati di Verbania del 28 gennaio 2013] volte a limitare l'autonomia dei professionisti rispetto alla determinazione del proprio comportamento economico sul mercato, stigmatizzando quale illecito disciplinare la richiesta di compensi inferiori ai minimi tariffari e limitando l'utilizzo di un canale promozionale e informativo attraverso il quale si veicola anche la convenienza economica della prestazione professionale”* (17).

Il predetto provvedimento, oltre all'accertamento dell'illecito, comminava una sanzione pecuniaria di € 912.536,40.

Avverso il predetto provvedimento, il CNF adiva il Giudice Amministrativo e il contenzioso si concludeva con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164 nel senso – parzialmente difforme dalla sentenza di primo grado che aveva escluso l'illegittimità della pubblicazione della Circolare relativa alle tariffe – della illegittimità di entrambi gli atti compiuti dal CNF, con conseguente formazione del giudicato sul provvedimento sanzionatorio del 2014 e sugli atti presupposti.

La predetta pronuncia muove dai presupposti dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte di AGCM, individuati nell'esistenza di un' *“associazione di imprese”* (soggettivo) che abbia adottato una *“decisione”* lesiva della concorrenza (oggettivo). Secondo il Consiglio di Stato, in base alla disciplina legislativa ed alla giurisprudenza europea, entrambi i presupposti sussistono in capo al CNF.

Sotto il profilo soggettivo, in quanto *“l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico”, con la conseguenza che “si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica”*. Ciò secondo una *“nozione “funzionale” di ente pubblico, secondo cui il “criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa”. La conseguenza che ne deriva è “che è del tutto normale, per così dire “fisiologico”, che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali”* (18).

L'analisi della disciplina del CNF (19), ha condotto il Consiglio di Stato a ritenere che lo stesso, *“a seconda degli ambiti in cui interviene, può svolgere “attività amministrativa”, “giurisdizionale” e “di impresa”. A tale ultimo proposito, la giurisprudenza europea e*

nazionale ha affermato che la nozione europea di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale, con la conseguenza che il relativo Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE" (20).

Sul versante oggettivo, secondo il Consiglio di Stato, "nella fattispecie concreta il CNF ha adottato atti che, per il loro contenuto, devono essere qualificati come "decisioni" di imprese in quanto idonee ad incidere sul comportamento economico dell'attività professionale svolta dagli avvocati. La negazione di un diritto alla diffusione di una peculiare forma di pubblicità rappresenta, infatti, una condotta in grado di limitare l'ambito di mercato da parte di chi esercita la professione di avvocato".

Pertanto, secondo la sentenza n. 1164/2016, in ragione dell'attività svolta, il CNF non è un ente pubblico nell'esercizio di funzioni amministrative o sostanzialmente giurisdizionali ma "associazione di imprese" e, quindi, l'AGCM avrebbe "correttamente applicato il procedimento contemplato dagli artt. 101 e ss. TFUE e 2 della legge n. 287 del 1990 e non quello previsto dall'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990".

Con riferimento al parere 11 luglio 2012, n. 48, che ha interpretato restrittivamente l'art. 19 del Codice deontologico, in relazione alla pubblicità degli avvocati, lo stesso è stato ritenuto illegittimo, poiché "l'attività oggetto di contestazione da parte del CNF si risolve in una modalità di pubblicità protetta dalla norma riportata [l'art. 3, comma 5, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo", secondo cui «gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, alla presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi offerti», aggiungendosi che occorre, tra l'altro, assicurare che «la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni sia libera e che le informazioni siano trasparenti, veritiere, corrette, non equivocate, né ingannevoli o denigratorie] e non in contrasto con i limiti da essa posta".

Ciò in quanto il sistema "Amica Card" è finalizzato a mettere a disposizione dell'avvocato, in cambio di un corrispettivo, un spazio *on line* nel quale questi può presentare l'attività professionale svolta e proporre uno sconto al cliente, che decide di avvalersi dei suoi servizi, non rilevando le modalità di accesso, delle quali non si è dimostrata l'illiceità rispetto alle norme deontologiche, né la mancata indicazione dello sconto e dell'attività svolta.

Si è inoltre precisato come "l'intesa contestata è "per oggetto", poiché il CNF ha, infatti, ritenuto non consentita una modalità di pubblicità che è finalizzata a tutelare la concorrenza tra professionisti. L'"oggetto" dell'intesa è stato, pertanto, quello di rendere più difficoltoso l'accesso al mercato delle professioni di avvocato.

In tali casi, non occorrono ulteriori accertamenti concreti dell'Autorità, non potendo comunque questa incidere su una qualificazione (quella dell'intesa) che compete all'Autorità giudiziaria, la quale, in ragione della certa qualificazione dell'intesa nei termini di cui sopra non ha ritenuto di rinviare la questione pregiudiziale formulata dall'appellante alla Corte di Giustizia UE (21).

Un ulteriore profilo dedotto, che rileva in quanto esaminato anche dalla sentenza n. 2764/2020, riguardava la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), dell'art. 47 della Carta europea dei diritti dell'uomo da parte del d.p.r. 30 aprile 1998 (Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), che non garantirebbe il principio del giusto procedimento e quello di imparzialità dell'organo che infligge le sanzioni, secondo il quale deve essere assicurata la separazione tra funzione istruttoria/requirente e funzione decisoria.

Premessa l'applicabilità dell'art. 6 CEDU anche in presenza di

sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale, secondo i criteri stabiliti dalla Corte di Strasburgo (22), il Consiglio di Stato ha ritenuto insussistente la violazione sia perché si è ritenuto che il procedimento pare aver rispetto le garanzie previste dalla norma CEDU, sia perché i vizi dedotti non hanno precisato in che termini la stessa sarebbe stata perpetrata.

Del pari illegittima, in riforma della sentenza di primo grado, è stata ritenuta la ripubblicazione della circolare n. 22-C/2006 (23), nel 2008, sul sito del CNF e successivamente nella banca dati gestita dall'Ipsos, poiché qualificata, anche in questo caso, di intesa "per oggetto" di contenuto anticoncorrenziale, unita ad un comportamento illegittimo del CNF, integrante gli estremi dell'illecito contestato, ossia:

"- a seguito di accertamenti dell'AGCM che hanno messo in rilievo la contrarietà della circolare alle nuove disposizioni, il CNF ha adottato una nuova circolare n. 23 del 2007 che ha "superato" la precedente;

- da accertamenti svolti nel giugno del 2012 dall'Autorità è risultata la presenza sul sito istituzionale del CNF di un documento denominato «Nuovo tariffario forense» (d.m. n. 127 del 2004) unitamente alla circolare n. 22 del 2006;

- a seguito di questa ultima segnalazione il CNF ha comunicato all'Autorità di avere provveduto allo spostamento della circolare 2006 nella sezione dedicata alla «Storia dell'Avvocatura»;

- a seguito di accertamenti disposti in data 20 maggio e 15 luglio 2013, la circolare e il d.m. n. 127 del 2004 (unitamente al successivo decreto n. 140 del 2012) risultavano ancora presenti nella banca dati del CNF, essendo inserita nella sezione denominata «Tariffa/Tariffe professionali»;

- a seguito delle ultime rilevazioni effettuate in data 4 novembre 2013 e 7 luglio 2014 la circolare non risultava più presente".

Non sono state ritenute rilevanti le circostanze della abrogazione della circolare, essendo dirimente il comportamento posto in essere a prescindere dalla vigenza dell'atto, la mancanza di elemento soggettivo e la gestione della banca dati in questione da parte di IPSOA, gravando sul CNF un onere di controllo, ritenuto invece inadempito.

1.3. Comunicazione della Commissione UE 10 gennaio 2017 e Direttiva 2018/958 del 28 giugno 2018.

Nelle more della decisione del secondo ricorso relativo all'ulteriore sanzione di pari importo irrogata da AGCM al CNF per inadempimento del primo presupposto provvedimento, è intervenuta la comunicazione della Commissione europea del 10 gennaio 2017 "relativa alle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali", la quale, pur riconoscendosi agli Stati membri il diritto di organizzare e disciplinare le professioni in funzione della tutela di interessi generali, ha significativamente evidenziato la necessità che la regolamentazione dei servizi professionali deve rispettare il principio di proporzionalità, che diviene pertanto il criterio per misurare l'interesse pubblico idoneo a derogare al meccanismo concorrenziale, di cui si diceva *supra*.

Ed infatti, la Commissione ha rilevato la necessità di misure nazionali "più proporzionate" ed ha richiamato le "conclusioni del Consiglio Competitività" del 29 febbraio 2016, che ha accolto con favore gli orientamenti periodici specifici per paese sulle professioni regolamentate, anche alla luce della loro capacità di garantire che la regolamentazione da parte di ciascuno Stato membro sia proporzionata, e che ha sottolineato la necessità di garantire un *follow-up* coerente ed efficace".

La Commissione ha precisato ulteriormente che "spetta a ciascuno Stato membro decidere se sia necessario intervenire e imporre norme e restrizioni all'accesso o all'esercizio di una professione, purché siano rispettati i principi di non discriminazione e di proporzionalità. Gli Stati membri stabiliscono l'obiettivo di interesse pubblico che intendono tutelare e scelgono il metodo più adeguato per raggiungere tale obiettivo.

I requisiti imposti ai servizi professionali sono stati oggetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia. La Corte ha ripetutamente dichiarato che, anche se applicate senza alcuna discriminazione, le regolamentazioni nazionali delle professioni, compresi i requisiti concernenti le qualifiche, possono ostacolare o rendere meno attraente per i cittadini e le imprese dell'UE l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato. La Corte ha inoltre affermato che il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime siano sproporzionate e incompatibili con il diritto dell'UE. Spetta agli Stati membri valutare caso per caso se sia necessario imporre restrizioni alle attività professionali, tenendo conto dell'intero contesto normativo". Ed ancora: "Gli orientamenti sulle raccomandazioni di riforma e il test di proporzionalità possono essere considerati complementari: mentre la presente comunicazione mira a sollecitare gli Stati membri affinché apportino adeguamenti concreti al quadro regolamentare esistente di specifiche professioni, il test di proporzionalità punta ad agire preventivamente fornendo un insieme di criteri generali che aiutano gli Stati membri a svolgere una valutazione approfondita delle motivazioni e delle esigenze di una futura regolamentazione delle professioni in tutti i settori prima di adottare nuove disposizioni legislative o apportare modifiche alla normativa in vigore. Sia le raccomandazioni di riforma che il test di proporzionalità si prefiggono lo scopo di perfezionare gli approcci degli Stati membri alla regolamentazione, non dettandoglieli, bensì assicurando migliori pratiche di regolamentazione per garantire che la regolamentazione sia proporzionata e che si evitino conseguenze economiche negative". Con specifico riguardo alla professione di Avvocato, la Commissione rileva una certa uniformità nelle discipline degli Stati membri, "nel senso che la professione è regolamentata da riserve di attività e che il titolo è protetto in tutti gli Stati membri" e formula alcune raccomandazioni, nel senso del chiarimenti e/o attenuazione delle restrizioni imposte, ma non le vieta, proprio perché sono ammissibili, se proporzionate. In proposito, è stata approvata la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2018/958 del 28 giugno 2018, "relativa a un test della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni", il cui recepimento deve avvenire entro il 30 luglio 2020, la quale ha rilevato la natura fondamentale della libertà professionale, la cui disciplina deve essere appunto improntata ai principi di non discriminazione e proporzionalità. Rilevanti in proposito, sono i "considerando" da 12 a 15, dove si afferma che, "prima di introdurre nuove disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che limitano l'accesso alle professioni regolamentate, o il loro esercizio, o di modificare quelle esistenti, gli Stati membri dovrebbero valutare la proporzionalità di tali disposizioni. La portata della valutazione dovrebbe essere proporzionata alla natura, al contenuto e all'impatto della disposizione introdotta. L'onere della prova della motivazione e della proporzionalità incombe agli Stati membri. Le motivazioni a supporto di una regolamentazione che possono essere adottate da uno Stato membro dovrebbero essere corredate di un'analisi dell'idoneità e della proporzionalità del provvedimento adottato da tale Stato membro, nonché di precisi elementi suffraganti le argomentazioni. Sebbene uno Stato membro non debba necessariamente produrre uno studio specifico o precisi elementi o materiali suffraganti la proporzionalità di tale provvedimento prima della sua adozione, esso dovrebbe condurre un'analisi oggettiva, tenendo conto delle circostanze specifiche di tale Stato membro, che dimostri che sussistono rischi reali per il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico. Gli Stati membri dovrebbero procedere a valutazioni della proporzionalità in modo obiettivo e indipendente, anche nel caso in cui una professione sia regolamentata in via indiretta, mediante l'attribuzione del potere regolamentare a un determinato ordine professionale. Tali valutazioni potrebbero includere il parere di un organismo indipendente, tra cui

gli organismi esistenti che partecipano al processo legislativo nazionale, incaricato dagli Stati membri interessati del compito di formulare tale parere. Ciò è particolarmente importante nei casi in cui la valutazione sia effettuata da parte delle autorità locali, degli organismi di regolamentazione o delle organizzazioni professionali la cui maggiore vicinanza alle condizioni locali e le cui conoscenze specialistiche potrebbero in certi casi metterli in condizione di individuare il modo migliore per conseguire gli obiettivi di interesse pubblico, ma le cui scelte politiche potrebbero arrecare benefici agli operatori esistenti a scapito dei nuovi interessati a entrare nel mercato. È opportuno verificare la proporzionalità delle disposizioni nuove o modificate che limitano l'accesso alle professioni regolamentate o il loro esercizio dopo l'adozione. Un riesame della proporzionalità di un provvedimento nazionale restrittivo nell'ambito delle professioni regolamentate dovrebbe essere basato non solo sull'obiettivo di tale provvedimento nazionale al momento della sua adozione, ma anche sui suoi effetti valutati dopo la sua adozione. La valutazione della proporzionalità del provvedimento nazionale dovrebbe essere basata sugli sviluppi sopravvenuti nel settore della professione regolamentata successivamente all'adozione del provvedimento".

La direttiva indica poi, seppur non esaustivamente, i casi in cui si può ritenere sussistente un interesse pubblico rilevante per l'imposizione di restrizioni e i casi in cui questo è escluso (art. 6), mentre nella disposizione successiva (art. 7, rubricato appunto alla "proporzionalità") enuncia i criteri per l'applicazione del principio, annoverando, peraltro, i requisiti tariffari e quelli in materia di pubblicità, tra quelli oggetto della valutazione di proporzionalità della scelta finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico (24). Emerge ancora come le restrizioni e specificamente quelle oggetto della vicenda decisa dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 aprile 2020 n. 2764 (relative a tariffe e pubblicità) non siano escluse perché aprioristicamente ritenute anticoncorrenziali, ma che debbano essere oggetto di un proporzionato bilanciamento.

Al principio di proporzionalità era già improntata del resto la nota Direttiva c.d. "Bolkestein", 2006/123 del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, la quale si prefiggeva di assicurare: la qualità del servizio; la tutela del consumatore; una pubblicità solo informativa e non promozionale; l'esercizio in forma societaria; la previsione di limiti proporzionati a tali esigenze.

Nonché a salvaguardare: la deontologia; il segreto professionale; l'indipendenza; la dignità; l'integrità del professionista.

Le caratteristiche pubblicistiche della funzione svolta dal prestatore di servizi sono prese in considerazione dal diritto europeo e devono essere temperate con la connotazione imprenditoriale dello stesso. La liberalizzazione dei servizi professionali che ne emerge non è una malintesa assenza di regole, dunque, ma la presenza di una regolamentazione proporzionata, che rispetti le indicazioni eurolitarie ma anche l'interesse pubblico che le professioni sono deputate a soddisfare.

2. Il caso all'esame del Consiglio di Stato e le questioni decise.

Il giudizio deciso con la sentenza in esame è stato instaurato nuovamente dal CNF avverso l'irrogazione da parte dell'Autorità, con delibera n. 25868 del 10 febbraio 2016, nelle more del giudizio definito con la sentenza n. 1164/2016, di una ulteriore sanzione di pari importo di quella precedentemente irrogata (Euro 912.536,40), per la ritenuta inottemperanza a quanto stabilito alle lettere b) ed e) della precedente delibera AGCM n. 25154 del 22 ottobre 2014.

Ciò in quanto il parere 48/2012 non sarebbe stato ritirato dalla banca dati né dalla sezione del sito web dedicato alla deontologia forense, e neppure revocato. Vi sarebbe inoltre stata la violazione dell'ordine di cui al punto c) del dispositivo del medesimo provvedimento, con riguardo alle prescrizioni dell'art. 35 (rubricato "Dovere di corretta informazione") del nuovo codice deontolo-

gico forense (25), le quali, confermando e inasprendo le limitazioni introdotte dal CNF con il parere n. 48/2012, sarebbero in contrasto con il divieto di porre in essere in futuro comportamenti analoghi a quelli, oggetto di accertamento, di cui alla lettera c) del dispositivo (26).

Il provvedimento era impugnato innanzi al TAR del Lazio e, sopravvenuta la sentenza del Consiglio di Stato n. 1164/2016, il CNF, con nota dell'8 maggio 2016, mentre era in trattazione in primo grado il secondo ricorso proposto, faceva presente di aver revocato il parere n. 48/2012.

Il TAR accoglieva poi il ricorso, per vizi procedurali e confermando per il resto le statuizioni della sua prima sentenza (in particolare la legittimità della circolare n. 22 del 4 settembre 2006), oltre ad escludere "ogni ipotesi di inottemperanza".

Prima di affrontare le questioni decise dalla sentenza n. 2764/2020, occorre precisare come la Sezione VI del Consiglio di Stato, in questa seconda pronuncia, non potesse mettere in discussione la dichiarata anticoncorrenzialità del comportamento tenuto e dei provvedimenti assunti dal CNF, poichè, come puntualizzato in sentenza, "a seguito del giudicato formatosi sulla vicenda sin qui sviluppata, i provvedimenti assunti dall'AGCM sino a quello del 22 ottobre 2014 n. 25154 compreso, sono dunque divenuti inoppugnabili" e tale giudicato "fa stato in questo giudizio, essendo intervenuto tra le medesime parti, su fatti, come si vedrà, in parte comuni alle fattispecie rispettivamente dedotte nei due giudizi".

Il *thema decidendum* del giudizio deciso dalla sentenza n. 2764/2020, dunque, "non può prescindere dalla precisa individuazione del comportamento ritenuto illecito nel secondo provvedimento AGCM [...] e cioè non avere posto termine all'infrazione dell'art. 101 del TFUE accertata con riferimento al parere n. 48/2012. Al riguardo va ricordato che questa Sezione, nel punto 7 della sentenza n. 1164/16 cit. [...] aveva ritenuto rilevante la condotta illecita protratta nel tempo del CNF, ai fini della configurazione della sanzione ivi ritenuta legittima", che aveva riguardato anche il parere *de quo*, con specifico riguardo alla durata dell'infrazione, declinata, secondo la richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 2083/2009, come "il protrarsi dell'illecito in ragione della volontaria omissione di un *contrarius actus*".

Nessuna ulteriore protrazione dell'illecito rispetto al primo provvedimento dell'Autorità è stata posta in essere dal CNF, che ha prontamente eseguito (con la revoca del parere n. 42/2012 e l'avvio del procedimento di modifica dell'art. 35 del Codice deontologico forense) la sentenza del Consiglio di Stato n. 1164/2016, la quale aveva stigmatizzato essa stessa la protrazione dell'illecito per legittimare il provvedimento in quella sede impugnato e che non era ancora intervenuta al momento dell'emanazione del provvedimento dell'Autorità impugnato nel secondo giudizio.

2.1. Il principio del *ne bis in idem* e la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

La prima argomentazione a sostegno dell'illegittimità della sanzione irrogata da AGCM riguarda il principio del *ne bis in idem*, in materia di tutela della concorrenza, in relazione al quale il Consiglio di Stato richiama la recente sentenza della Corte UE 3 aprile 2019, nella causa C 617/17, per la quale "il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'articolo 82 CE (27). In una situazione del genere l'autorità nazionale garante della concorrenza deve tuttavia assicurarsi che le ammende considerate congiuntamente siano proporzionate alla natura dell'infrazione".

Secondo la giurisprudenza della Corte, è dunque possibile sanzionare in sequenza un illecito in materia di concorrenza.

Per il Consiglio di Stato non sussistono però i presupposti per l'irrogazione di detta sanzione mancando nel provvedimento impugnato la "valutazione specifica di proporzionalità delle due sanzioni considerate congiuntamente".

Ritorna, quindi, il principio di proporzionalità già affermato dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione in relazione alle limitazioni alla concorrenza, anche con riferimento all'irrogazione delle relative sanzioni, materia nella quale del resto il principio di proporzionalità è consolidato.

Al contrario, secondo il Consiglio di Stato, "l'AGCM [non ha] compiuto alcuna valutazione specifica di proporzionalità delle due sanzioni considerate congiuntamente".

Anzi, una simile proporzione nella specie è esclusa dal fatto che il secondo provvedimento intende punire una sola infrazione (oltretutto insussistente) con la sanzione pecuniaria di € 912.536,4, in misura esattamente corrispondente alla somma con cui aveva condannato il CNF, col provvedimento precedente, per la medesima infrazione abbinata ad altra, e dunque configura una irragionevole duplicazione della sanzione, per un fatto già oggetto di analogo procedimento".

2.2. La natura "intrinsecamente penale" dell'illecito contestato dal Garante e le garanzie CEDU.

La sentenza in commento, pronunciandosi sui dedotti vizi di difetto di istruttoria del provvedimento impugnato, per non avere assicurato le garanzie del contraddittorio procedimentale, affronta nuovamente, sotto diverso profilo, la dedotta violazione dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU, poichè "nei procedimenti sanzionatori in materia antitrust, come quello per cui è causa, debbono essere assicurate garanzie pari a quelle del processo penale. Ed è noto che secondo la CEDU (a partire dalle sentenze 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi; 27 settembre 2011, A. Menarini Diagnostici s.r.l. c. Italia; 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia) la natura formalmente amministrativa di un illecito non esclude che esso possa essere riconosciuto come intrinsecamente "penale", al fine di evitare che la qualificazione interna sottragga la disciplina della relativa sanzione all'applicazione delle garanzie CEDU che attengono alla materia penale.

E nella specie, dei c.d. Engel criteria, qui ricorre quello inerente alla natura degli interessi tutelati, dovendosi riconoscere alla sanzione applicata al CNF una funzione non meramente risarcitoria o compensativa, ma vistosamente repressiva e punitiva".

Pertanto, se il primo provvedimento è sfuggito alla violazione dell'art. 6 CEDU, così non è stato per il secondo, che ha irrogato al CNF la medesima gravosa sanzione pecuniaria a fronte di un preteso inadempimento che era già stato considerato nella prima occasione e che, per il periodo successivo, tale non era, atteso che i provvedimenti dell'Autorità erano ancora *sub iudice*. In proposito, si riscontra un interessante parallelismo con l'istituto dell'*astreinte* o penalità di mora, mutuata dall'ordinamento francese e prevista sia dal Codice di Procedura Civile (28) sia dal Codice del Processo Amministrativo (29), con funzione compulsoria in relazione all'adempimento dell'ordine del giudice, *ex ante*, quale "minaccia" per incentivare lo spontaneo e tempestivo adempimento dell'obbligato, ed *ex post* per sanzionare in modo progressivo l'inadempimento ed indurre l'obbligato ad ottemperare al *dictum* giudiziale (30), a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Tale misura, che si differenzia dal caso in esame, poichè l'*astreinte* nasce come sanzionatoria nel senso sopra indicato (formalmente e sostanzialmente, non assumendo mai connotazione risarcitoria o compensativa), mentre il provvedimento dell'AGCM è formalmente amministrativo e il giudice deve accertarne la sostanza sanzionatoria (come nella specie è avvenuto), ha in comune con la vicenda esaminata la necessaria conformazione al principio di proporzionalità ed equità, affinché la sanzione non divenga un'arbitraria punizione, in contrasto con le garanzie CEDU.

Proprio su tale specifico profilo si è concentrata la recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 maggio

2019 n. 7, la quale, ricorrendo anch'essa agli "Engel criteria" (31), ha ritenuto che, in sede di giudizio di "ottemperanza a chiarimenti", è possibile per il giudice adito, non essendo coperta da giudicato, "modificare la statuizione relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d'ottemperanza, ove siano comprovate sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino, in concreto, la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione". Quand'anche tali sopravvenienze non vi siano, "ove il giudice dell'ottemperanza non abbia esplicitamente fissato, a causa dell'indeterminata progressività del criterio dettato, il tetto massimo della penalità, e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa proprio della mancanza del tetto, la manifesta iniquità, quest'ultimo può essere individuato in sede di chiarimenti, con principale riferimento, fra i parametri indicati nell'art. 614 bis c.p.c., al danno da ritardo nell'esecuzione del giudicato".

Il riferimento al Codice di Procedura Civile è dovuto all'assenza di corrispondenti criteri nel Codice del Processo Amministrativo, che comunque consente l'eterointegrazione con le norme del processo civile, in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.

Quanto sopra, al fine di non snaturare la funzione compulsoria della penalità di mora, trasformandola in una sproporzionata, indeterminata e indeterminabile misura punitiva, ragion per cui l'intervento giudiziale deve concentrarsi sul massimo della sanzione, indicativo della sua iniquità.

Analogo iter logico-giuridico è stato seguito dalla sentenza n. 2764/2020, la quale ha considerato l'entità della sanzione e le sue ragioni, rilevando un ingiustificato e sproporzionato *bis in idem*, come tale non tollerabile dall'ordinamento, poiché in contrasto con il principio di proporzionalità della sanzione in relazione all'interesse tutelato.

3. Considerazioni conclusive.

Dalla vicenda in commento e dalle considerazioni di più ampio respiro *supra* svolte è emerso un quadro certamente complesso e dovuto essenzialmente alla richiamata funzione pubblicistica che le professioni svolgono i tutti gli ordinamenti degli Stati membri, essendo naturalmente correlata alla funzione svolta e al servizio prestato, e che ha comportato infatti rilievi e raccomandazioni rivolti a tutti i Paesi dell'Unione (in tal senso la Comunicazione della Commissione UE 10 gennaio 2017).

Tale funzione, riconosciuta anche dal diritto e dalla giurisprudenza eurounitari, necessita di bilanciamento con la tutela della concorrenza e con il diritto di libera circolazione e stabilimento, che proiettano anche le professioni nel mercato unico europeo. Come è stato ripetutamente evidenziato, il criterio di valutazione è il principio di proporzionalità, che consente restrizioni per l'accesso alla (e l'esercizio della) professione, purché non impeditive (in modo sproporzionato!) del libero e concorrenziale svolgersi dell'attività professionale nel contesto europeo.

Alla luce di quanto sopra, l'orientamento dell'AGCM e del Consiglio di Stato (con la prima sentenza del 2016, passata in giudicato, a cui quella del 2020 ha dovuto conformarsi) nel senso di una connotazione imprenditoriale in senso stretto della professione di avvocato e della definizione del CNF come associazione di imprese, pur trovando conforto in decisioni della Corte di Giustizia UE, appare eccessivamente restrittivo e riduttivo del ruolo degli ordini professionali e meriterebbe un ripensamento, anche con una nuova sollecitazione, in via pregiudiziale, dell'intervento della Corte di Giustizia, che tenga conto dell'evolversi del diritto europeo e delle discipline degli Stati membri.

La sentenza n. 2764/2020, per i profili in cui non era vincolata al precedente giudicato, perché nuovi (essenzialmente inerenti al profilo sanzionatorio) ha mostrato maggiore apertura e attenzione alla proporzionalità della scelta, in applicazione del principio del *ne bis in idem* "condizionato" (ossia che consente il "bis" solo se frutto di proporzionata ponderazione) in materia di concorrenza, e della giurisprudenza EDU.

Note.

(1) Invero già preceduto da altre iniziative in materia, in particolare la Direttiva n. 89/48 del Consiglio del 21 dicembre 1988, sull'unificazione dei diversi sistemi professionali nazionali.

(2) Critica in proposito è M. CHIARELLI, *Concorrenza e professioni (Stato e mercato nella regolazione dei servizi professionali)*, Istituto della Enciclopedia Italiana (2018), secondo la quale l'impostazione per cui "l'esercizio della professione intellettuale sia assimilabile all'attività di "impresa" [...] non trova, tuttavia, riscontro nel codice civile italiano, e conferisce al professionista intellettuale iscritto in un albo uno status diverso da quello dell'imprenditore, disciplina le professioni intellettuali in un capo distinto e mediante norme peculiari (artt. 2229-2238 c.c.), escludendo che l'attività professionale costituisca impresa e, conseguentemente, siano applicabili le norme previste per quest'ultima; a meno che l'esercizio della professione rappresenti un elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa".

(3) Cfr. la Relazione conclusiva e il comunicato stampa 24 ottobre 1997, pubblicati sul sito istituzionale dell'AGCM, <https://www.agcm.it>.

(4) Ed infatti, proprio nel primo considerando della Delibera del 1994, AGCM afferma che "le professioni liberali c.d. protette assumono motivatamente una posizione di significativa rilevanza e prestigio nella società tanto da beneficiare di una disciplina specifica rispetto ad altri settori dell'economia nazionale. Il legislatore ha infatti riconosciuto a dette professioni un particolare interesse pubblico, prevedendo, per la tutela dello stesso, l'istituzione di Ordini e Collegi professionali. Agli Ordini e Collegi sono attribuiti, da specifiche leggi differenziate per tipo di professione, poteri di autoregolamentazione e disciplinari - di cui sono espressione le norme di organizzazione e funzionamento degli organi dell'ente, quelle relative alle forme di esercizio della professione, alla libertà del professionista di accettare o rifiutare l'incarico e quelle riguardanti i doveri verso i colleghi - nonché altre funzioni di tipo consultivo conciliativo, rappresentativo e designativo. Tale particolare disciplina di valorizzazione e tutela dell'attività riguarda esclusivamente le professioni intellettuali c.d. protette, quelle cioè per il cui esercizio è necessaria l'iscrizione ad un albo o elenco tenuto dall'Ordine o Collegio". Si evidenzia, inoltre, "quale caratteristica propria del sistema italiano rispetto agli altri Paesi europei, quella di attribuire all'Ordine o Collegio il potere esclusivo di riconoscere e tutelare non solo il possesso di un certo titolo di studio, ma anche lo svolgimento delle relative attività professionali. In tale ambito si individua di conseguenza una particolare regolamentazione finalizzata alla disciplina delle modalità di esercizio dell'attività, il rispetto della quale viene ritenuto necessario per garantire la qualità e la competenza del professionista, nonché per mantenere un adeguato livello qualitativo delle prestazioni professionali".

Ancora: "La mancata informazione ai principi concorrenziali della regolamentazione delle professioni intellettuali trova probabilmente la sua origine nella convinzione per cui la concorrenza non garantirebbe i migliori risultati dal punto di vista sociale, e che solo la regolamentazione del settore avrebbe permesso di preservare l'integrità dei professionisti e la qualità dei loro servizi per la salvaguardia dell'interesse pubblico".

(5) Così la Delibera dell'AGCM 18 gennaio 2007.

(6) Cfr. la Relazione conclusiva e il comunicato stampa 21 marzo 2009, pubblicati sul sito istituzionale dell'AGCM, <https://www.agcm.it>.

(7) Si veda, in proposito, la Segnalazione dell'Autorità, nella riunione del 20 aprile 2005, pubblicata sul bollettino, n. 16/2005, sui possibili effetti distortivi della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato di alcune disposizioni contenute nell'art. 2 del disegno di legge di conversione del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, recante "Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale" (A.S. 3344), nella parte che riguarda le libere professioni ovvero i commi da 6 a 8.

Cfr. altresì la Delibera 23 aprile 2013, con la quale l'Autorità ha sanzionato i Consigli degli Ordini degli Avvocati di Civitavecchia, Latina, Tempio, Tivoli e Velletri per aver posto in essere intese restrittive della concorrenza finalizzate a ostacolare l'accesso degli avvocati comunitari al mercato italiano dei servizi di assistenza legale. Cfr. la delibera medesima e il relativo comunicato stampa del 16 maggio 2013, pubblicati sul sito istituzionale dell'AGCM, <https://www.agcm.it>.

(8) Cfr., in proposito, B. NASCIBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, in *Eurojus*, n. 3/2019, p. 223.

(9) Cfr. Corte di Giustizia UE, 19 febbraio 2002, in causa C-35/99, 5 dicembre 2006 in cause C-94/04 e C-202-04.

(10) In proposito, nella sentenza *Arduino*, la Corte ha precisato che "il fatto che uno Stato membro prescriva ad un'organizzazione di categoria l'elaborazione di un progetto di tariffa per le prestazioni non priva automaticamente la tariffa infine redatta del suo carattere di normativa statale" e pertanto "si è in presenza di una violazione degli artt. 5 e 85 del Trattato quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. precitate sentenze *Van Eyck*, punto 16, *Reiff*, punto 14, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, punto 14, *Centro Servizi Spediporto*, punto 21, e *Commissione/Italia*, punto 54)".

(11) Cfr. la sentenza della Corte 18 giugno 1998, in causa C-35/96, *Commissione c. Italia*, e del Tribunale 30 marzo 2000, in causa T-513/1993, *CNSD c. Commissione*.

(12) Cfr., ancora, B. NASCIMBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 227, che cita la sentenza della Corte 4 maggio 2017 in causa C-339/15, *Vänderborgh*.

(13) Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia, Sentenza 18 luglio 2013, *Consiglio nazionale dei geologi*, in causa C-136/12, e 19.2.2002, *Wouters e a.*, in causa C-309/99, richiamate dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016 n. 1164, che ha definito la prima fase della vicenda che ci occupa.

(14) Cfr., in proposito, la già citata sentenza della Corte sugli *Spedizionieri doganali*.

(15) Cfr., ancora, le sentenze *Arduino, Cipolla e Macrino*, cit. In relazione a detta tutela della professione (ad esempio mediante la fissazione di tariffe professionali vincolanti o emanazione di disposizioni relative all'elezione dei membri della professione nei rispettivi organi rappresentativi, senza tener conto dell'interesse degli utenti o di imprese in altri settori) la Corte ha ritenuto irrilevante la qualifica di ente pubblico, per cui cfr. le sentenze 30 gennaio 1985, C-123/83, *BNIC c. Clair*, 17 ottobre 1995, C-140/94 e C-142/94, *DIP e altri*, dove si ricorda che "gli artt. 85 e 86 del Trattato, di per sé stessi, riguardano esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri. Da una costante giurisprudenza emerge tuttavia che il combinato disposto degli artt. 85 e 86 con l'art. 5 del Trattato fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le norme sulla concorrenza applicabili alle imprese (v., sull'art. 85 del Trattato, le sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eysche*, Racc. pag. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, *Reiff*, Racc. pag. I-5801, punto 14, e 9 giugno 1994, causa C-153/93, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, Racc. pag. I-2517, punto 14; sull'art. 86 del Trattato, v. la sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, *GB-Inmo-BM*, Racc. pag. 2115, punto 31)".

Nella citata sentenza sugli *Spedizionieri doganali*, la Corte ha precisato che "lo status di diritto pubblico di un organismo nazionale quale il CNSD non osta all'applicazione dell'art. 85 del Trattato. Questo articolo, stando alla sua lettera, si applica agli accordi fra imprese e alle decisioni di associazioni di imprese. Pertanto, l'ambito giuridico entro il quale ha luogo la conclusione di detti accordi e sono adottate dette decisioni nonché la definizione giuridica di tale ambito data dai vari ordinamenti giuridici nazionali sono irrilevanti ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza e in particolare dell'art. 85 del Trattato (sentenza 30 gennaio 1985, causa 123/83, *Clair*, Racc. pag. 391, punto 17)".

(16) Così, B. NASCIMBENE, *Professionisti e ordini professionali nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 230, che cita le sentenze 21 novembre 1988, C-267/86, *Van Eicke*; 17 novembre 1993, C-185/91, *Reiff*; 9 giugno 1994, C-153/93, *Delta*.

(17) Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato in commento, n. 2764/2020.

(18) Si richiama Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

(19) Artt. 52 e segg. R.D.I. 27 novembre 1933, n. 1578 (recante "Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore"), convertito, con modificazioni, nella Legge 22 gennaio 1934, n. 36, ed oggetto di una nuova disciplina ad opera della Nuova legge professionale forense, 31 dicembre 2012, n. 247.

(20) In particolare, si è rilevato che un'organizzazione professionale, quando adotta un atto come il codice deontologico, «non esercita né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà né prerogative tipiche dei pubblici poteri». Essa «appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica». Il Consiglio di Stato richiama Corte di giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12; Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238, che ha esaminato una questione analoga a quella in esame.

(21) La sentenza ricorda come, ai sensi dell'art. 101, primo paragrafo, TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia, "le intese "per oggetto" si caratterizzano per il fatto che «talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza». Si è, inoltre, chiarito che per accertare se si è in presenza di una intesa "per oggetto" occorre avere riguardo «al tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, agli obiettivi che si intende raggiungere, al contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa si colloca». Nella valutazione di tale contesto, «occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione» (sentenza 11 settembre 2014, in causa C-67/13 P). Le intese "per effetto" ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per "oggetto", con la conseguenza che occorre esaminare gli effetti e «dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto, o falsato in modo significativo».

(22) Si tratta di "tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; ii) dalla na-

tura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, r. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata".

(23) Secondo il Consiglio di Stato, "contiene «osservazioni sulla interpretazione e applicazione» del predetto decreto n. 223 del 2006 e, in una sua parte, dispone che «il fatto che le tariffe minime non sia più "obbligatorie" non esclude che (...) le parti contraenti possano concludere un accordo con riferimento alle tariffe». Subito dopo si aggiunge che «tuttavia nel caso in cui l'avvocato concluda patti che prevedano un compenso inferiore al minimo tariffario, pur essendo il patto legittimo civilisticamente, esso può risultare in contrasto con gli articoli 5 e 43, comma 2, del codice deontologico, in quanto il compenso irrisorio, non adeguato, al di sotto della soglia ritenuta minima, lede la dignità dell'avvocato e si discosta dall'art. 36 Cost.».

(24) Il paragrafo 3 dell'art. 7 dispone infatti che "ai fini del paragrafo 2, primo comma, lettera f) [ossia considerazione dell'«effetto di disposizioni nuove o modificate quando sono combinate con altre disposizioni che limitano l'accesso alla professione o il suo esercizio, e in particolare il modo in cui le disposizioni nuove o modificate, combinate con altri requisiti, contribuiscono al conseguimento, e se siano necessarie al conseguimento, dello stesso obiettivo di interesse pubblico»], gli Stati membri valutano l'effetto della nuova disposizione o della disposizione modificata in combinazione con uno o più requisiti, prendendo in considerazione il fatto che tali effetti possono essere sia positivi sia negativi, e in particolare i seguenti: ... k) requisiti tariffari minimi e/o massimi prestabiliti; l) requisiti in materia di pubblicità».

(25) Pubblicato in G.U. il 16.10.2014 ed entrato in vigore il 15 dicembre 2014.

(26) L'art. 35 del nuovo Codice Deontologico del 2014, al comma 9, prevede che "L'avvocato può utilizzare, a fini informativi, esclusivamente i siti web con domini propri senza reindirizzamento, direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito stesso", aggiungendo al comma 11 che "le forme e le modalità delle informazioni devono comunque rispettare i principi di dignità e decoro della professione" e stabilendo, infine, al comma 12, che "la violazione dei doveri di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura", richiedendosi l'utilizzo di soli siti web con domini propri, senza reindirizzamento, con richiamo quanto alla pubblicità, di dignità e decoro professionale.

(27) Oggi art. 102 TFUE, ai sensi del quale "è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

(28) All'art. 614-bis, introdotto dall'art. 49, comma 1, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, poi novellato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella Legge 6 agosto 2015, n. 132, ai sensi del quale "il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile".

(29) All'art. 114, comma 4, lett. e), per il caso di accoglimento del ricorso in ottemperanza e "salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penality di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penality non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali".

(30) Sulla natura dell'astensione nel nostro ordinamento e sulla comparazione con l'ordinamento francese, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014 n. 15.

(31) Si richiamano ulteriormente, quali primi casi, le sentenze della Corte EDU, a partire da CEDU 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c/Italia*, n. 24638/94; *Bekvedere Alberghiera S.r.l. c/Italia*, n. 31524/96.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 19 febbraio 2019, n. 128 - Pres. Bocchiardo - Rel. Prevosto.

ACCERTAMENTO - studi di settore - dichiarato - divergenza - 15% - ammissibilità - "grave incongruenza" - inconfigurabilità.

Uno scostamento del 15% del dichiarato rispetto a quanto risultante dallo studio di settore non costituisce una "grave incongruenza" tale da fondare un avviso di accertamento; ciò conformemente all'orientamento della Cassazione che ritiene ammissibile una divergenza inferiore al 21%.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 31 luglio 2019, n. 955 - Pres. e Rel. Fanucci.

ACCERTAMENTO - operazioni oggettivamente inesistenti - onere della prova - ripartizione.

Laddove l'Amministrazione Finanziaria contesti ad un'impresa l'indebita detrazione di fatture, sia ai fini di imposte dirette che ai fini IVA, poiché ritenute relative ad operazioni inesistenti, spetta all'Ufficio fornire la prova che l'operazione, oggetto della fattura, non sia mai stata posta in essere, con onere di indicare gli specifici elementi, anche presuntivi od indiziari, sui quali si fonda la contestazione, mentre è onere del contribuente dimostrare la legittimità della detrazione o del costo altrimenti indeducibili e la sua mancanza di consapevolezza di partecipare ad un'operazione fraudolenta. Tuttavia, l'onere di dimostrare l'effettiva esistenza delle operazioni contestate, non può essere soddisfatto nella semplice esibizione della fattura o nella sola dimostrazione della regolarità formale delle scritture contabili o dei mezzi di pagamento adoperati: elementi che vengono normalmente utilizzati proprio allo scopo di far apparire reale un'operazione fittizia (nella specie, nulla opponeva il contribuente a fronte degli elementi adottati dall'Ufficio a sostegno dell'inesistenza delle operazioni contestate quali la descrizione generica delle fatture, la loro numerazione non progressiva, la mancata indicazione, in alcuni casi, del codice fiscale e della partita IVA del soggetto ricevente, l'assenza di un contratto disciplinante i rapporti tra le parti).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 31 luglio 2019, n. 957 - Pres. e Rel. Fanucci.

ACCERTAMENTO - metodologia sintetica - disciplina - ante 2010 - scostamento del 25% tra reddito presunto e reddito dichiarato per almeno due periodi di imposta.

L'accertamento sintetico è lo strumento con il quale l'Amministrazione finanziaria determina il reddito complessivo del contribuente ai fini Irpef prescindendo dalla individuazione della categoria reddituale, avvalendosi di una presunzione legale relativa, per cui sono legittimati a risalire, da un fatto noto, individuabile in una manifestazione di capacità contributiva del soggetto controllato, a un fatto ignoto, cioè l'esistenza di un reddito non dichiarato o di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato. Secondo la disciplina previgente alla novella normativa intervenuta nel 2010, l'Ufficio poteva procedere all'accertamento sintetico del maggior reddito calcolato soltanto nel caso in cui la differenza tra il reddito determinato sinteticamente con il redditometro e quello effettivamente dichiarato risultasse superiore al 25% per un periodo di almeno due anni. Rispetto a questo

presupposto, in base alla giurisprudenza della Cassazione, l'Ufficio non è tenuto a procedere all'accertamento contestualmente per due o più periodi d'imposta per i quali ritenga che la dichiarazione non sia congrua; tuttavia il relativo atto deve contenere, per un determinato anno d'imposta, la pur sommaria indicazione delle ragioni in base alle quali la dichiarazione si ritiene incongrua anche per altri periodi d'imposta, così da legittimare l'accertamento sintetico (nella specie, l'atto impositivo è stato annullato avendo il contribuente dimostrato che la maggior capacità reddituale riscontrata dall'Ufficio derivava dal provento ottenuto dalla vendita di un immobile pervenuto per successione dal padre).

Commissione Tributaria Regionale di Liguria, 17 dicembre 2019, n. 1486 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

ACCERTAMENTO - metodologia sintetica - IRPEF - mutuo immobiliare - addebito parziale al coniuge divorziato - previsioni sentenza di divorzio - rilevanza.

E' legittimo l'accertamento sintetico con il quale sia attribuito un maggior reddito ad una contribuente a fronte del mutuo dalla stessa acceso per la casa di proprietà. Ed infatti, nella sentenza di divorzio è prevista la partecipazione di entrambi i coniugi solo al sostenimento delle spese straordinarie, ossia quelle spese che sono ulteriori rispetto agli alimenti. Depone, in tal senso, la stessa tipologia delle spese straordinarie, tutte riferibili, intuitivamente, solo ai figli come, del resto, confermato anche dal passaggio contenuto a pag. 3 della stessa sentenza di divorzio in cui il giudice, indicando le ragioni per cui le condizioni proposte dalle parti sono rispondenti all'interesse dei figli, precisa che tra le stesse vi è la previsione di "un regime dei rapporti di carattere patrimoniale tale da garantire ai minori un adeguato mantenimento". Per quanto espresso trova conferma che le condizioni della sentenza di divorzio, volte a dirimere ogni possibile controversia fra i coniugi, escludono una compartecipazione del marito alle spese per il mutuo dell'abitazione di proprietà della ricorrente che, in quanto eccezione al predetto regime generale, avrebbe dovuto essere espressamente contemplato.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 13 gennaio 2020 - Pres. Di Napoli - Rel. Galletto.

ACCERTAMENTO - perfezionamento notifica - comunicazione avvenuto deposito.

La notifica è stata effettuata a mezzo posta tramite l'invio della raccomandata ... alla Società ricorrente, presso la sua sede. In assenza temporanea della destinataria è stata spedita una seconda raccomandata, ai fini della "comunicazione di avvenuto deposito (il CAD)". Nella specie, anche se l'atto non è stato ritirato dalla destinataria, ed è tornato indietro al mittente per "compiuta giacenza", la notifica si è perfezionata dalla data di spedizione del CAD.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 14 gennaio 2020, n. 8 - Pres. Di Napoli - Rel. Galletto.

ACCERTAMENTO - studi di settore - congruità - causa di giustificazione - eventi eccezionali - alluvione - onere probatorio.

Un evento alluvionale rappresenta, di per sé, una giustificazione valida alla mancata congruità del dichiarato rispetto agli studi di settore

(nella specie, nell'anno oggetto di accertamento, la Società aveva subito l'allagamento dell'intero magazzino a causa dell'evento alluvionale del 29/10/2008, con conseguente danneggiamento di tutta la merce ivi depositata. A conferma di ciò è stata altresì prodotta una lettera firmata dal parroco di una parrocchia che ha ricevuto in beneficenza tale merce). Al riguardo, le risultanze che derivano dall'applicazione degli studi di settore non legittimano, da sole, l'accertamento "automatizzato", essendo necessari altri elementi che possano giustificare la rettifica del dichiarato. Ciò risulta maggiormente valido in presenza degli effetti di una calamità naturale che possa aver pesantemente inciso sull'attività d'impresa.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 14 gennaio 2020, n. 9 - Pres. Di Napoli - Rel. Galletto.

ACCERTAMENTO - analitico-induttivo - società cooperativa - congruità rispetto agli studi di settore - scarsa redditività dell'impresa - mancata emissione scontrini - condizioni fondate l'accertamento.

L'Ufficio fonda l'accertamento analitico-induttivo nei confronti della società (congrua rispetto agli Studi di Settore) sulla scarsa redditività dell'impresa e sulla mancata emissione di scontrini fiscali. Per quanto attiene al primo profilo, deve invero rilevarsi come, nella specie, trattasi di società cooperativa ove i soci sono prestatori d'opera e, come tali, percepiscono gli utili dalla Società attraverso la remunerazione mensile del lavoro svolto. Per quanto attiene al secondo rilievo, l'occasionale e limitata mancata emissione degli scontrini fiscali e le lievi precedenti irregolarità riscontrate con p. v. risultano condizioni sufficienti a legittimare l'accertamento in questione.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 agosto 2019, n. 965 - Pres. e Rel. Fanucci.

ATTI CATASTALI - avviso - riclassamento - motivazione - indicazione della categoria e classe - insufficienza.

ATTI CATASTALI - avviso - riclassamento - da A/2 ad A/1 - sola valutazione caratteristiche estrinseche dell'immobile e del contesto - insufficienza.

Con riguardo alla motivazione di un atto di classamento, la semplice indicazione della consistenza della categoria e della classe attribuiti non sono elementi idonei a superare le motivazioni più ampie e approfondite espresse nel DOCFA del contribuente. A tal fine l'Ufficio non può addossare alla parte privata altrettanta carenza di motivazione nella formulazione della DOCFA, "perché non avrebbe offerto sufficienti elementi per la valutazione": in realtà la procedura DOCFA comporta una proposta di classamento, ed è da ritenere che sia libera potestà dell'istante motivare più o meno la richiesta, nella prospettiva di attenerne l'accoglimento.

La riclassificazione di un immobile da A/2 ad A/1 non può esser fondata esclusivamente sulla valorizzazione del contesto in cui esso è ubicato e sulle sue caratteristiche estrinseche, limitando l'analisi delle caratteristiche intrinseche alla sua sola superficie (204 mq). Se infatti il contribuente dimostra, anche con documentazione fotografica, che l'appartamento possiede caratteristiche di pregio che non assurgono a "signorilità" (quali gli infissi apparentemente normali, i pavimenti e servizi non particolarmente eleganti, la struttura dell'edificio in cemento armato e risalente agli anni 60, la sua suddivisione in 42 interni, alcuni dei quali adibiti ad uso ufficio) la categoria attribuibile appare effettivamente la A/2 come proposto in DOCFA, piuttosto che la A/1 accertata.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 agosto 2019, n. 975 - Pres. Fanucci - Rel. Goso.

ATTI CATASTALI - aree portuali - coperte e scoperte - riclassificazione da categoria E/1 a D/8 - legittimità.

In tema di classamento, ai sensi dell'art. 2, comma 40 del D.L. n. 262/2006, nelle unità immobiliari censite nelle categorie catastali E/1, E/2, E/3, E/4, E/5, E/6 ed E/9, non possono essere ricompresi immobili o porzioni di immobili destinati ad uso commerciale, industriale, ad ufficio privato ovvero ad usi diversi, qualora gli stessi presentino autonomia funzionale e reddituale, e cioè immobili per se stessi utili o atti a produrre un reddito proprio, anche se utilizzati per le finalità istituzionali dell'ente titolare. Inoltre, il Regolamento attuativo della legge finanziaria 2007 ha, altresì, chiarito che possono essere censiti nella categoria E/1 solo gli immobili utilizzati per l'erogazione di un servizio pubblico. Conseguentemente, deve ritenersi legittima la riclassificazione di un complesso di aree coperte e scoperte all'interno del porto, dalla proposta categoria E/1 alla accertata categoria D/8, nel caso in cui la società concessionaria svolga attività commerciale erogando servizi in regime di libera concorrenza, con prezzi non calmierati o assoggettati ad accordi, essendo inoltre le aree c.d scoperte sia indispensabili per svolgere la propria attività imprenditoriale sia produttive di reddito.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 dicembre 2019, n. 1476 - Pres. Cardino - Rel. Giordano.

ATTI CATASTALI - procedura DOCFA - motivazione - contenuto - fattispecie.

L'indirizzo della Corte di Cassazione sulla motivazione degli atti di classamento ed attribuzione di rendita catastale conseguenti a procedura Docfa è andato consolidandosi nel senso che, qualora l'attribuzione della rendita catastale avvenga a seguito della procedura disciplinata dall'art. 2 del D.L. n. 16 del 1993, convertito in L. n. 75 del 1993, e dal D.M. n. 701 del 1994 (cd. "procedura DOCFA"), l'obbligo di motivazione dell'avviso di classamento è soddisfatto con la mera indicazione dei dati oggettivi e della classe attribuita, solo se gli elementi di fatto indicati dal contribuente non siano stati disattesi dall'Ufficio e l'eventuale discrasia tra rendita proposta e rendita attribuita derivi da una valutazione tecnica sul valore economico dei beni classati. Dove, in caso contrario, e cioè nell'ipotesi in cui la discrasia non derivi dalla stima del bene ma dalla divergente valutazione degli elementi di fatto indicati dal contribuente, la motivazione dovrà essere più approfondita e specificare le differenze riscontrate sia per consentire il pieno esercizio del diritto di difesa del contribuente sia per delimitare l'oggetto dell'eventuale contenzioso.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 dicembre 2019, n. 1483 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

ATTI CATASTALI - classamento (A/2 anziché A/1) - motivazione - suo contenuto.

La Commissione non ravvisa motivi per discostarsi dal più recente indirizzo di legittimità circa la motivazione degli atti di classamento ed attribuzione della rendita catastale conseguenti a procedura DOCFA, richiamando il principio di diritto secondo cui, qualora l'attribuzione della rendita catastale avvenga a seguito della procedura DOCFA, l'obbligo di motivazione dell'avviso di accertamento è soddisfatto con la mera indicazione dei dati oggettivi e della classe attribuita, solo se gli elementi di fatto indicati dal contribuente non siano stati disattesi dall'Ufficio e l'eventuale discrasia tra rendita proposta e rendita attribuita derivi da una valutazione tecnica sul valore economico dei beni classati. In caso contrario, cioè ove la discrasia non derivi dalla stima del bene ma dalla divergente valutazione degli elementi di fatto indicati dal contribuente, la motivazione dovrà essere più approfondita e specificare le differenze riscontrate sia per consentire l'esercizio del diritto di difesa sia per delimitare l'oggetto dell'eventuale contenzioso.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 19 dicembre 2019, n. 1498 - Pres. Canepa - Rel. Zanoni.

IMPOSTA DI REGISTRO - art. 1, c. 1084, l. n. 145/2018 - art. 1, c. 87, lett. a), l. n. 2015/2017 - interpretazione autentica - applicabilità - conseguenza - cessione di quote - riqualificazione - cessione di ramo di azienda - illegittimità.

La Legge di bilancio 2019 (art. 1, c. 1084, l. n. 145/2018) ha qualificato espressamente come "interpretazione autentica", quindi con efficacia retroattiva, la norma della Legge di bilancio 2018 che aveva limitato l'attività riqualificatoria dell'Ufficio, in materia di atti sottoposti a registrazione, a quelli accertabili sulla base di elementi desumibili dalla scrittura sottoposta a registro, escludendo i dati extra-testuali o ad esso collegati. Conseguentemente, deve essere annullato l'atto con cui l'Amministrazione ha provveduto alla riqualificazione di un atto (nella specie, da cessione di quote in cessione di ramo di azienda) sulla base di elementi non contenuti nella medesima scrittura oggetto di registrazione.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 gennaio 2020, n. 3 - Pres. e Rel. Venturini.

IMPOSTA DI REGISTRO - atto unico - pluralità di negozi - autonomia negoziale - imposta fissa - una per ciascun negozio.

Devono applicarsi tante imposte in misura fissa quanti sono i negozi tra loro autonomi contenuti nell'atto notarile oggetto di registrazione (fattispecie relativa ad un rogito nel quale è stata contestualmente stipulata la vendita di due diversi box a diversi acquirenti).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 2 agosto 2019, n. 958 - Pres. e Rel. Fanucci.

IMPOSTE SUL REDDITO - spese di rappresentanza - spese di pubblicità - sponsorizzazioni - distinzione.

IMPOSTE SUL REDDITO - costo per sponsorizzazioni - deducibilità - sindacato dell'Amministrazione "a posteriori" - diretta influenza della sponsorizzazione sui risultati positivi della società sponsorizzata - rilevanza - esclusione.

Le spese di rappresentanza costituiscono somme corrisposte a titolo gratuito oppure con mere finalità promozionali, che consistono nella divulgazione sul mercato dell'attività svolta, dei beni e servizi prodotti, a beneficio sia di attuali clienti che di clienti potenziali, o di pubbliche relazioni, cioè volte a diffondere od a consolidare l'immagine dell'impresa e accrescerne l'apprezzamento presso il pubblico. L'elemento discreto rispetto alla spesa di pubblicità, è la gratuità, ovvero la mancanza di un corrispettivo in capo alla controparte e di un correlato obbligo di dare o fare. In assenza di gratuità non può pertanto esserci spesa di rappresentanza. Sotto altro profilo, una spesa di rappresentanza deve inoltre risultare ragionevole, cioè idonea a generare ricavi adeguati rispetto all'obiettivo atteso in termini di ritorno economico, oppure, in alternativa, deve essere coerente con le pratiche commerciali di settore. Per quanto riguarda i contratti di sponsorizzazione, questi prevedono l'utilizzazione, ai fini promozionali, dell'attività, del nome o dell'immagine del soggetto sponsorizzato, dietro un corrispettivo in denaro. Il criterio determinante a distinguere spese di sponsorizzazione e spese di rappresentanza è l'aspettativa di ritorno commerciale, per cui le prime sono tese ad ottenere un incremento più o meno immediato delle vendite di prodotti o servizi, mentre le seconde mirano ad un potenziamento del prestigio e dell'immagine dell'impresa, senza l'aspettativa di un ritorno commerciale diretto.

Le spese di sponsorizzazione sono sempre deducibili dal reddito d'im-

presa, anche in assenza di risultati tangibili in tema di incremento del fatturato; di conseguenza, conformemente alla giurisprudenza della Cassazione, è illegittimo giudicare, ex post, da parte dell'Amministrazione finanziaria, l'effetto della sponsorizzazione e concludere che, ove l'aumento delle vendite non sia sensibile, allora il costo sia antieconomico e come tale non deducibile. La valutazione circa la congruità o la sproporzione del costo per la produzione del reddito dell'impresa è rimessa, infatti, all'autonomo giudizio dell'imprenditore (nella specie, la CTR ha ritenuto legittima l'avvenuta deduzione delle spese di sponsorizzazione, oggetto di contestazione da parte dell'Ufficio, essendo stata documentata la conclusione di contratti a titolo oneroso ed a prestazioni corrispettive con cui la società K si impegnava a collaborare con la società ricorrente per la realizzazione di iniziative premo-pubblicitarie riguardanti l'attività e/o la denominazione societaria e/o commerciale di quest'ultima, dunque a propagandare il marchio ed il prodotto della società ricorrente, al fine di stimolarne la domanda, fronte della percezione di un corrispettivo).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 2 agosto 2019, n. 959 - Pres. e Rel. Fanucci.

IMPOSTE SUL REDDITO - Sponsorizzazione - costo - deducibilità - inerenza - necessaria - contestazione fondata sulla sua esclusiva antieconomicità - illegittima.

In tema di sponsorizzazioni, per ritenere un costo non congruo o non inerente non ci si può limitare ad affermare che esso appaia difforme rispetto alla tendenza sul mercato, poiché siffatta considerazione non costituisce criterio legale di valutazione dell'inerenza dei costi di pubblicità; bensì deve accertarsi che esso sia estraneo all'attività di impresa, richiedendo, quindi, una valutazione di tipo qualitativo, non rilevando, a tal fine, una valutazione di tipo quantitativo-utilitaristico. Pertanto, in assenza di una fondata contestazione in punto di inerenza del costo, deve escludersi il potere dell'Ufficio di ridurre i costi portati in deduzione dal contribuente basando l'accertamento sulla sola eccezione di antieconomicità: siffatta valutazione comporterebbe, infatti, una inopportuna ingerenza dell'accertatore nelle scelte di politica aziendale.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 5 settembre 2019, n. 328 - Pres. Bocchiardo e Rel. Tropini.

IMPOSTE SUL REDDITO - "alimenti" - integrazione patrimoniale - causale - ristrutturazione immobile - "contributo di mantenimento" - assimilazione - ammissibilità - conseguenza - deducibilità.

La temporanea integrazione mensile agli "alimenti", corrisposti da un coniuge ad un altro in base ad un verbale di separazione omologato dal Tribunale, è da considerarsi elargita a titolo di "mantenimento", essendo, come tale, deducibile ai sensi dell'art. 10, c. 1, lett. c, TUIR, se dal relativo verbale di separazione risulta che le parti avevano voluto attribuire carattere "alimentare" a tale integrazione (nella specie, trattavasi di integrazione dovuta a titolo di maggiori oneri conseguenti all'accensione di un mutuo per la ristrutturazione dell'immobile di proprietà del coniuge destinatario degli alimenti).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 9 gennaio 2020, n. 5 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

IMPOSTE SUL REDDITO - Consorzio - ricavi e costi - ribaltamento sui consorziati - automaticità - esclusione.

Al fine di determinare l'obbligo per il consorzio di ribaltare i costi ed i ricavi nei confronti dei consorziati, occorre distinguere fra operazioni compiute in esecuzione di patto mutualistico, rilevanti ai fini art. 2615 c.c., da quelle costituenti autonoma attività commerciale del consorzio.

Se il Consorzio acquisisce autonomamente una commessa e la svolge, servendosi eventualmente dei consociati, non vi può essere ribaltamento di costi sui consorziati, ribaltamento che vi deve essere nel caso svolga operazioni complementari commesse al criterio mutualistico di utilizzo del servizio consortile. In ogni caso, la semplice adesione al consorzio, in assenza di attività lavorativa da parte del consorziato, non giustifica il ribaltamento di costi e ricavi.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 13 gennaio 2020, n. 18 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

IMPOSTE SUL REDDITO - redditi lavoro dipendente - rimborso spese - trasferte - carattere risarcitorio - imponibilità - esclusione.

Per costante giurisprudenza di legittimità, il compenso da corrispondere per la trasferta ha carattere risarcitorio se riguarda le spese sostenute dal lavoratore per recarsi temporaneamente in un luogo diverso da quello in cui l'impresa svolge la sua attività, individuato da parte del datore di lavoro come destinazione stabile e continuativa del lavoratore stesso per lo svolgimento della sua ordinaria prestazione lavorativa. La finalità di tenere indenne il lavoratore, da spese che quest'ultimo non avrebbe incontrato se non fosse stato trasferito e che ha sostenuto nell'interesse dell'imprenditore, non attinenti all'adempimento degli obblighi impliciti nella prestazione lavorativa è indice della natura non retributiva dell'emolumento in quanto fondata su esigenze straordinarie e su una causa autonoma rispetto a quella retributiva. In questa ipotesi, al rimborso di tali spese - specificamente volto a riportare la retribuzione alla normalità - deve attribuirsi natura non più retributiva, bensì risarcitoria con la conseguenza inapplicabilità e quindi non assoggettabile ex se a ritenuta d'acconto ai sensi dell'art. 51 TUIR.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 dicembre 2019, n. 1467 - Pres. Celle - Rel. D'Avanzo.

IVA - impianti per la produzione di energia fotovoltaica - cessione - aliquota - natura dell'acquirente - rilevanza - esclusione.

In caso di cessione di prodotti destinati alla produzione di energia fotovoltaica, ai fini dell'applicazione dell'aliquota IVA (10%) non assume rilievo la natura dell'acquirente del prodotto (ad es., se installatore o consumatore finale) in quanto ciò che rileva è il tipo di macchina oggetto della cessione e non l'uso che di essa possa essere effettuato.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 13 giugno 2019, n. 262 - Pres. e Rel. Stolfi.

PROCESSO TRIBUTARIO - ricorso introduttivo - copia notificata all'Ufficio - mancanza di sottoscrizione - copia depositata in Commissione - sottoscritta - inammissibilità del ricorso - esclusione.

ACCERTAMENTO - metodologia "analitica - induttiva" - applicazione - condizioni.

IVA - contratto estimatorio - regime di cui all'art. 6, c. 2, lett. d), d.p.r. n. 633/72 - contratto "in frode alla legge" - applicazione - esclusione.

Ai fini dell'applicazione della sanzione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio dinanzi alle commissioni tributarie, l'omessa sottoscrizione dell'atto deve essere intesa in senso restrittivo, ossia come mancanza radicale del requisito imposto dalla legge, la quale non ricorre allorché sia priva della firma solo la copia dell'atto, notificata all'ufficio finanziario, purché l'originale del ricorso sia stato sottoscritto e depositato nella segreteria della commissione tributaria, mentre una

copia priva di sottoscrizione sia stata dal contribuente, come nella specie, consegnata all'ufficio, quanto a quest'ultima rilevando solo la conformità all'originale.

L'accertamento con metodo analitico-induttivo, con il quale il Fisco procede alla rettifica di singoli componenti reddituali, ancorché di rilevante importo, è consentito, ai sensi dell'art. 39, primo comma, lett. d), D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, pure in presenza di contabilità formalmente tenuta, giacché la disposizione presuppone, appunto, scritture regolarmente tenute e, tuttavia, contestabili in forza di valutazioni condotte sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti che facciano seriamente dubitare della completezza e fedeltà della contabilità esaminata (nella specie, l'utilizzo del metodo "analitico - induttivo" è stato ritenuto legittimo alla luce dei seguenti elementi presuntivi: l'applicazione di percentuali di ricarico modeste rispetto a quelle applicate da commercianti dello stesso settore aventi caratteristiche analoghe; l'andamento reddituale attestato su livelli estremamente bassi; l'accertato uso di un magazzino - deposito sconosciuto al Fisco; l'individuazione di partite di prodotti rinvenute senza fatturazione).

Con riferimento ad un contratto estimatorio, non trova applicazione il disposto di cui all'art. 6, c. 2, lett. d), d.p.r. n. 633/72 (secondo cui ai fini IVA la fatturazione dell'operazione deve intervenire comunque decorso un anno dalla consegna o spedizione del bene) nel caso in cui tale contratto debba essere considerato effettuato in frode alla legge (fattispecie in relazione alla quale, l'Ufficio ha ipotizzato un uso strumentale del contratto estimatorio, avendo rilevato una discordanza tra i quantitativi di pneumatici che il fornitore inviava "in conto vendita" al proprio cliente e quelli effettivamente fatturati, presumendo, quindi, l'avvenuta effettuazione di una serie di cessioni senza fatturazione).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 31 luglio 2019, n. 954 - Pres. Fanucci e Rel. Serra Caracciolo.

PROCESSO TRIBUTARIO - appello - Agenzia del Territorio - sottoscrizione - da parte del suo Direttore - incorporazione nell'Agenzia delle Entrate - sottoscrizione - da parte del Direttore dell'Agenzia delle Entrate - necessità - mancanza - conseguenze - inammissibilità dell'atto.

Come gli avvisi di accertamento, gli atti d'appello interposti dall'Agenzia delle Entrate devono essere sottoscritti o dal capo dell'ufficio che emette l'atto o da un altro impiegato che sia stato delegato dal capo dell'ufficio, ma tale impiegato delegato deve appartenere alla carriera direttiva, non potendo essere un semplice "funzionario". Conseguentemente, se manca questo requisito della firma apposta da chi è titolato a farlo, la pena è la nullità del provvedimento o dell'appello, poiché viziato da c.d. difetto assoluto di attribuzione cioè della mancanza di potere di firma in capo alla persona fisica che materialmente sottoscrive un accertamento e/o un appello. (Nella specie, la CTR ha ritenuto inammissibile l'appello sottoscritto dal Direttore dell'Agenzia del Territorio, Ufficio di Imperia, sul presupposto che, essendo l'Agenzia del Territorio stata incorporata dall'Agenzia delle Entrate, l'appello avrebbe dovuto essere sottoscritto dal Direttore di quest'ultima).

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 5 dicembre 2019, n. 506 - Pres. e Rel. Stolfi.

PROCESSO TRIBUTARIO - estinzione del giudizio - per cessazione della materia del contendere - per passaggio in giudicato della sentenza - effetto - irretrattabilità dei rapporti - equiparazione - sussistenza.

La declaratoria di estinzione del giudizio per "cessata materia del contendere" determina una situazione di irretrattabilità assimilabile al "giudicato", conformemente alla giurisprudenza della Cassazione espressasi in relazione agli effetti della mancata proposizione del re-

clamo avverso il decreto presidenziale di estinzione del processo ai sensi dell'art. 28, d.lgs. n. 546/92. Conseguentemente, tale statuizione presidenziale preclude l'estendersi degli effetti di una pronuncia della Corte Costituzionale che, in epoca successiva, abbia diversamente disciplinato il rapporto tributario oggetto della controversia estinta (nella specie, l'Ufficio aveva rettificato il valore di un immobile acquisito nell'ambito di una procedura esecutiva, escludendo la possibilità di ricorrere alla sua "valutazione automatica", ai sensi dell'art. 1, c. 497, l. n. 266/05. Sorta la controversia su tale accertamento di maggior valore, il contribuente l'aveva "chiusa", aderendo alla definizione di cui al d.l. n. 98/2011; il giudizio era quindi estinto per intervenuta cessazione della materia del contendere. Successivamente, avendo la Corte costituzionale dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, c. 497, l. n. 266/05, nella parte in cui la norma non prevedeva la facoltà di calcolare l'imposta di registro sul "prezzo valore" anche per gli immobili acquisiti in sede di espropriazione forzata, il contribuente ha presentato all'Ufficio un'istanza volta ad ottenere il rimborso di quanto pagato per effetto della definizione. Sorto il contenzioso sul diniego di rimborso, la CTB, considerata l'impossibilità di estendere le pronunce di incostituzionalità anche ai "rapporti esauriti", ha dovuto verificare se tali potevano esser considerati anche i rapporti chiusi per effetto di una pronuncia di cessazione della materia del contendere, oltre a quelli estinti in conseguenza del passaggio in giudicato della relativa sentenza).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 7 gennaio 2020, n. 2 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

PROCESSO TRIBUTARIO - ottemperanza - sentenza di condanna - necessità - sentenza che afferma solo il diritto ad una esenzione - ottemperanza - esclusione.

Conformemente alla giurisprudenza della Cassazione, il ricorso alla procedura di ottemperanza alla sentenza emessa dal giudice tributario è consentito, unicamente, in presenza di una sentenza esecutiva che, decidendo nel merito una controversia tra contribuente ed erario, abbia impartito specifiche prescrizioni da eseguire. Conseguentemente, è inammissibile il ricorso all'ottemperanza in relazione ad una pronuncia con cui il Giudice si sia limitato a stabilire il diritto del contribuente all'esenzione decennale dall'ILOR, senza nulla disporre in relazione al rimborso dell'imposta versata.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 2 agosto 2019, n. 962 - Pres. e Rel. Fanucci.

TRIBUTI LOCALI - ICI - esenzione - edifici di culto - nozione.

Al fine del riconoscimento dell'esenzione da ICI di cui all'art. 7, lett. i), d.lgs. n. 504/92, si considerano attività di "religione e culto", ai sensi dell'articolo 16, lettera a), legge n. 222/1985, "quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana». In virtù di tale puntuale specificazione, si considerano esenti, gli oratori, i centri parrocchiali, i seminari, le case religiose, i monasteri e i conventi, gli episcopi e gli uffici delle Curie diocesane. Una particolare importanza riveste l'ipotesi relativa agli "edifici di culto e loro pertinenze" in quanto garantisce l'esenzione per tutti gli immobili adibiti a luogo di culto (le chiese) e, soprattutto, per le loro pertinenze, che - intese in senso civilistico (art. 817 cod. civ.) - includono l'oratorio e le altre strutture nelle quali vengono svolte le attività di catechesi, gli incontri e le iniziative parrocchiali che non si configurano come attività commerciali, ma anche le abitazioni per il clero addetto alla parrocchia, quelle dei sacrestani assunti e le abitazioni delle religiose che per Convenzione operano anche all'interno della pastorale parrocchiale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 febbraio 2020 n. 102 - Pres. Picozzi - Rel. Gibelli.

RISCOSSIONE - cartella esattoriale - ruolo - autenticazione cartella.

Si deve osservare che la cartella in sé stessa è una riproduzione meccanica del ruolo e che l'unico documento da considerarsi originale è quindi il ruolo stesso. Non esiste quindi una cartella originale ed una notificata che sia una copia della prima. La cartella è la mera comunicazione del contenuto essenziale del ruolo che rimane il vero titolo. La cartella non richiede quindi autenticazione. (Nel caso di specie il contribuente sosteneva la nullità delle modifiche della cartella posta che la copia digitale inviata non risultava una copia conforme all'originale).

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 17 dicembre 2019, n. 526 - Pres. e Rel. Bracco.

SANZIONI - studio di settore - assenza di "un normale svolgimento dell'attività" - presentazione dello studio - obbligo - contrasto normativo - mancata presentazione - art. 10, L. n. 212/2000 - mera violazione formale - sanzionabilità - esclusione.

A fronte del contrasto tra l'art. 1, c. 19, L. n. 296/2006 (secondo cui nel caso di "un non normale svolgimento dell'attività" "può" comunque essere richiesta la compilazione dello studio di settore) e le "istruzioni" alla compilazione dello studio di settore (le quali impongono comunque la presentazione del modello anche nell'ipotesi di "un non normale svolgimento dell'attività"), non può essere irrogata alcuna sanzione per la mancata presentazione dello studio di settore, trattandosi di "mera violazione formale" senza alcun debito di imposta non punibile ai sensi dell'art. 10, L. n. 212/2000.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 19 dicembre 2019, n. 1489 - Pres. e Rel. Bolognesi.

SANZIONI - adempimenti fiscali - professionista incaricato - irregolarità - contribuente - onere di controllo - sussistenza - conseguenze.

E' legittimo l'atto di irrogazione delle sanzioni notificato al contribuente nel caso in cui il professionista incaricato di redigere la dichiarazione abbia ripetutamente utilizzato in compensazione un credito inesistente. Ed infatti, il contribuente deve sempre svolgere un'attività di controllo sull'operato del proprio commercialista: in mancanza di tale controllo, non è possibile escludere la sua colpevolezza con conseguente legittimità delle sanzioni che sia state a lui irrogate per le irregolarità commesse dal professionista.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 agosto 2019, n. 964 - Pres. e Rel. Fanucci.

TRIBUTI LOCALI - Imposta sulla pubblicità cabina per fototessere - insegna di esercizio - esclusione - imposta - debenza.

L'imposta sulla pubblicità non è dovuta per l'"insegna di esercizio" dovendosi intendere tale quella che ha la funzione di indicare al pubblico il luogo di svolgimento dell'attività economica (art. 2bis, comma 6, D.L. n. 13/2002). Nel caso di una cabina per fototessera, deve ritenersi che essa non costituisca la sede economica della società, anche nell'accezione di sede secondaria alla quale viene estesa l'esenzione dalla circolare n. 3 DPF del 03.05.2002, in quanto riporta semplicemente i messaggi pubblicitari volti a sollecitare la domanda di beni e servizi. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito e legittimità affermando che i distributori automatici di qualunque ca-

tegoria, ivi incluse le cabine per fototessera, non possono in alcun modo essere qualificati sedi secondarie, filiali o similari.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 agosto 2019, n. 968 - Pres. e Rel. Fanucci.

TRIBUTI LOCALI - imposta sulle pubbliche affissioni - manifesti mortuari - affissione - direttamente da parte del contribuente - assoggettabilità - esclusione.

I manifesti mortuari non sono soggetti ad imposta sulla pubblicità, perché non costituiscono messaggio diffuso dell'esercizio di una attività economica pubblicitaria, e, se affissi in proprio non sono soggetti al diritto nei confronti del comune, cui invece essa spetta se esso provvede, in proprio o a mezzo di concessionario, alla esecuzione dell'affissione. Al più potrebbe in astratto, individuarsi nei confronti del contribuente che ha affisso direttamente il manifesto, il comportamento di affissione abusiva cui consegue la soggezione a specifiche sanzioni amministrative e non la debenza del tributo.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 20 febbraio 2019, n. 141 - Pres. e Rel. Bracco.

TRIBUTI LOCALI - IMU - esenzione - art. 7, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 504/92 - immobile - Srl - proprietaria - Associazione culturale - locataria - requisiti soggettivo ed oggettivo - insussistenti - agevolazione - inapplicabilità.

L'esenzione da ICI prevista dall'art. 7, c. 1, lett. i), d.lgs. n. 504/92 (applicabile anche all'IMU in base al richiamo operato dall'art. 9, c. 8, d.lgs. n. 23/2011), non spetta, per carenza dei presupposti "soggettivo" ed "oggettivo", ad una società a responsabilità limitata la quale non utilizzi direttamente l'immobile avendolo concesso in locazione ad un'associazione culturale.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 13 dicembre 2019, n. 1462 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

TRIBUTI LOCALI - ICI - fabbricato - ultimazione dei lavori - area fabbricabile - assoggettamento ad imposta - esclusione.

In base alla giurisprudenza della Cassazione, una volta che siano ultimate alcune unità immobiliari, deve escludersi che l'area possa essere assoggettata ad ICI come "area fabbricabile", atteso che l'area in relazione alla quale gli interventi non sono stati ultimati assume la qualità di pertinenza non tassabile delle unità immobiliari già realizzate.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 13 gennaio 2020, n. 20 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

TRIBUTI LOCALI - IMU - esenzione per l'abitazione principale - coniugi - residenza anagrafica in comuni diversi - spettanza - condizioni.

Nel caso di coniugi residenti in comuni diversi, l'esenzione IMU prevista dall'art. 13, d.l. n. 201/2011, per l'abitazione principale, è subordinata alla dimostrazione che alla residenza anagrafica presso quell'immobile indicato come 'abitazione principale' corrisponda anche il dato sostanziale della 'abitudine' della dimora presso quella abitazione non essendo sufficiente la mera affermazione della sussistenza di una insanabile frattura del rapporto coniugale che abbia determinato la residenza anagrafica degli stessi in immobili situati in comuni diversi.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 15 gennaio 2020, n. 37 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

TRIBUTI LOCALI - IMU - esenzione per l'abitazione principale - coniugi - residenza anagrafica in comuni diversi - spettanza - condizioni.

Il rischio di elusione della norma che prevede l'esenzione da IMU per l'abitazione principale è bilanciato da effettive necessità del trasferimento della residenza anagrafica e della dimora in altro Comune per esigenze lavorative o altre del pari apprezzabili. Conseguentemente, in mancanza di siffatta dimostrazione, è legittimo l'atto impositivo che, ai fini del riconoscimento della agevolazione IMU al ricorrente per la abitazione di sua proprietà, in cui lo stesso dimora e risiede anagraficamente, abbia valutato come ostativa a tanto la circostanza della residenza in altro diverso comune del di lui coniuge - che ha usufruito di analoga agevolazione per l'immobile di sua proprietà, pertanto in aperto contrasto col dettato normativo vigente in materia.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 10 ottobre 2019, n. 412 - Pres. Stolfi - Rel. Bonfiglio.

TRIBUTI LOCALI - TARI - immobile affittato - inquilino moroso - proprietario - debenza del tributo - sussistenza - solidarietà nella riscossione - applicazione.

Il proprietario di un immobile dato in locazione deve pagare la TARI anche nel caso in cui il suo inquilino si renda moroso nel pagamento dell'affitto e delle utenze domestiche. Il tributo è infatti dovuto da chiunque possieda o detenga un immobile idoneo a produrre RSU, essendo il proprietario e l'inquilino solidalmente obbligati al suo versamento.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 15 gennaio 2020, n. 36 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

TRIBUTI CONSORTILI - Consorzio di bonifica - obbligo di contribuzione - proprietà di immobile situato nel comprensorio di bonifica - condizione.

TRIBUTI CONSORTILI - Consorzio di bonifica - atto di riscossione - riferimento a piano di classifica - onere di contestazione - necessità.

TRIBUTI CONSORTILI - Consorzio di bonifica - atto di riscossione - interventi effettuati - dimostrazione - esclusione.

Alla luce dell'art. 860 c.c., è possibile affermare che requisito necessario e sufficiente affinché sorga l'obbligo contributivo sono la proprietà di un immobile sito nel Comprensorio di bonifica. E' evidente, che la delimitazione del perimetro di contribuzione, è attività ulteriore rispetto a quella di classificazione dei comprensori di bonifica, strumentale a determinare la presunzione di beneficio e la conseguente inversione dell'onere della prova a carico del Consorzio.

In tema di contributi consortili, allorché l'atto per la riscossione dei contributi medesimi sia motivato con riferimento ad un "piano di classifica" approvato dalla competente autorità regionale, è onere del contribuente che voglia disconoscere il debito contestare specificamente la legittimità del provvedimento ovvero il suo contenuto.

L'esatta indicazione dell'ubicazione degli immobili nella cartografia allegata al perimetro di contribuzione e l'esistenza del piano di classifica, valgono ad esonerare il Consorzio da ogni ulteriore prova in merito al carattere diretto e specifico del beneficio cui è connesso il contributo, ben potendo tale carattere essere connesso alla prevenzione di eventi dovuti alla inadeguata manutenzione delle opere di bonifica realizzate oltre che all'omessa realizzazione delle stesse. Va quindi condiviso, al proposito, l'assunto del consorzio circa la generalità del beneficio, rappresentato dalla sicurezza abitativa e dai collegamenti stradali, inevitabilmente connessi alla stabilizzazione idrogeologica del territorio.

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

I

Corte d'Appello di Genova, 7 gennaio 2020 - Pres. e Rel. Diomeda.

MANDATO di arresto europeo - rifiuto di esecuzione - residenza effettiva - cittadino extraeuropeo - disparità di trattamento - finalità rieducativa - interpretazione costituzionalmente orientata - traffico di stupefacenti.

Il motivo di rifiuto obbligatorio alla esecuzione del MAE di cui all'art. 18 lett. r) della l. n. 69/2005 (ora motivo facoltativo ex art. 18 bis co 1 lett. c) come introdotto dalla L. 117/19) non si applica soltanto al caso del cittadino straniero di altro stato membro della UE purchè residente stabilmente ('radicato') in Italia, come già stabilito dalla sentenza additiva della Corte Costituzionale n. 227 del 2010, ma anche allo straniero avente cittadinanza extra UE: a ciò non ostando il limitato dictum della Corte Costituzionale, essendo anzi imposto da una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della L. 69/2005 stante la evidente disparità di trattamento che residuerebbe tra l'ipotesi di rifiuto disciplinata dall'art. 19 co 1 lett. c) relativa al MAE c.d. processuale, che contempla l'ipotesi di qualunque cittadino straniero senza distinzione purchè residente stabilmente in Italia e quella dell'art. 18, relativa al MAE c.d. esecutivo, che rimarrebbe altrimenti limitata irragionevolmente, violando il parametro dell'art. 3 Cost., al solo cittadino straniero residente purchè appartenente ad uno Stato dell'Unione Europea. (fattispecie relativa a cittadino albanese destinatario di MAE esecutivo emesso dalla Grecia. La Corte rifiutava la consegna stante il radicamento nello Stato italiano, disponendo l'esecuzione della sentenza, previo riconoscimento e adattamento secondo la cornice editale interna). (1)

II

Corte d'Appello di Genova, 2 marzo 2020 - Pres. Vidali - Est. De Matteis.

MANDATO di arresto europeo - rifiuto di esecuzione - violazione dei diritti - equo processo - indipendenza del giudice - imparzialità del giudice - precostituzione - prove acquisite illegalmente.

Costituisce motivo obbligatorio di rifiuto dell'esecuzione del mandato di arresto europeo, ai sensi dell'art. 18 co. 1 lett. g) della l. n. 69/2005, la circostanza per cui la sentenza irrevocabile di condanna, oggetto della richiesta di consegna, sia conseguenza di un processo celebrato in grave violazione dei diritti di cui all'art. 6 § 1 CEDU ed all'art. 47 co. 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. (fattispecie relativa a cittadino ceco destinatario di un MAE esecutivo emesso dalla Romania, la cui esecuzione veniva dapprima rifiutata sulla base della cittadinanza dalla Repubblica Ceca ed in seguito, non essendo stato il MAE ritirato, dall'Italia, Stato in cui si recava il soggetto; la Corte italiana rifiutava ancora la consegna sulla base dell'art. 18 lett. g), L. 69/2005, riconoscendo la grave violazione dei diritti dell'imputato nel processo celebrato in Romania, in riferimento alla mancanza di imparzialità del giudice essendo state violate le norme relative alla composizione dei collegi giudicanti ed essendo la condanna fondata sulla base di prove illegalmente acquisite tramite protocolli d'intesa tra accusa e servizi segreti senza alcun controllo giurisdizionale, accordi in seguito giudicati incostituzionali dalla

Corte Costituzionale della stessa Romania, senza che al condannato fosse stata riconosciuta la possibilità di una revisione del processo). (2)

I

(...Omissis...) **Motivi della decisione.**

Premesso che: in Genova alle ore 11.00 del 8/08/2019 Funzionari della Questura di Genova hanno proceduto all'arresto di (...omissis...), in esecuzione del mandato di arresto europeo emesso in data 24/01/2018 dalla Procura Generale presso la Corte di Appello di Salonicco (Grecia); sussiste la competenza di questa Corte d'Appello essendo stata la persona richiesta in consegna arrestata in Genova (art. 11 c 1 L. 69/2005); in data 9/08/2019 il Consigliere Delegato dal Presidente della Corte ha convalidato l'arresto e disposto l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere; questa Corte, III Sezione, con sentenza del 05/11/2019, dopo avere prorogato di 30 giorni i termini per la definizione della procedura avendo richiesto informazioni aggiuntive, aveva disposto la consegna dell'arrestato; la Corte di Cassazione con sentenza 05/12/2019 ha annullato tale decisione per vizio procedurale, disponendo nuovo giudizio; l'arrestato non ha espresso il proprio consenso alla consegna e alla rinuncia al principio di specialità; il mandato d'arresto europeo è stato emesso in data 24/01/2018 dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Salonicco nei confronti di (...omissis...) per la prosecuzione dell'esecuzione della sentenza n. 1071-1072/2007 emessa dalla Corte di Appello di Salonicco, in giudicato, recante condanna all'ergastolo e alla pena pecuniaria di €. 50.000,00 di multa per traffico di sostanze stupefacenti, esecuzione interrotta dall'evasione del condannato; non sussistono dubbi sull'identità dell'arrestato quale destinatario del predetto MAE; per il fatto per cui si procede, sussiste il presupposto della doppia incriminabilità (art. 7, c. 1 L. 69/2005), essendo le condotte in contestazione punite in Italia ai sensi dell'art 73 del DPR 309/90, oltre che il requisito della consegna obbligatoria ex art. 8, lett. e) L. 69/2005; l'interessato ha dichiarato, da un lato, di essere stabilmente residente in Italia, in Genova, città nella quale vivono i genitori e (...omissis...) fratelli; di avere il permesso di soggiorno; di avere svolto regolare attività di lavoro, prima dell'arresto; dall'altro, di avere negato il consenso alla consegna a fronte delle condizioni degradanti della sua detenzione in Grecia; Sentiti all'odierna udienza camerale il PG, il difensore (...omissis...) e l'interessato stesso;

Osserva quanto segue.

A fronte della sussistenza di tutti i requisiti per accogliere la richiesta di consegna, la Corte ritiene che ricorra la causa ostativa di cui all'art. 18, comma 1, lett. r) della legge 69/2005, con il conseguente riconoscimento della sentenza straniera per la sua esecuzione in Italia, ai sensi del D. Lvo 161/2010; deve premettersi in fatto che l'esito delle verifiche disposte nella precedente fase dalla 3ª Sezione di questa Corte (relazione 19/09/2019 della Guardia di Finanza di Genova - Aliquota di Polizia Giudiziaria presso la Procura della Repubblica; nonché documenti prodotti dalla difesa) consente di ritenere accertato che il (...omissis...) non solo è titolare di regolare permesso di soggiorno ed è residente anagraficamente in Italia (...omissis...), ma ivi è anche domiciliato per avere radicato il proprio centro di interessi familiari e lavorativi (...omissis...); la circostanza che il (...omissis...) abbia

chiesto la traduzione degli atti e la assistenza in udienza di interprete di lingua albanese non è d'ostacolo a ravvisare lo stabile radicamento sul territorio in quanto, come riferito dagli operanti all'atto dell'arresto, e come si evince dallo scritto redatto di pugno dall'arrestato ed inviato a questa Corte, egli comprende e si esprime più che a sufficienza nella lingua italiana, mentre la richiesta dell'ausilio dell'interprete è comprensibilmente giustificata dall'intento di esplicare senza limitazioni il diritto di difesa a fronte del tecnicismo del linguaggio giuridico; si può, pertanto, ritenere che nei 3 anni successivi all'immigrazione il (...*omissis*...), giunto in Italia per ricongiungersi con i familiari, si sia stabilmente radicato dal punto di vista lavorativo e familiare, e che pertanto ricorrono i requisiti richiesti dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte di Giustizia Europea (Grande Sezione del 17/07/2008 c -66/08 Koslowski) per ritenere il richiesto in consegna effettivamente e legittimamente residente e dimorante nello Stato; la predetta considerazione in fatto deve essere confrontata con il tenore del citato art. 18, comma 1, lett. r) della legge 69/2005, quale risultante dalla declaratoria di incostituzionalità pronunciata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 227 del 24/06/2010, nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno; poiché l'odierno arrestato richiesto in consegna è di nazionalità albanese, parrebbe che nella situazione in esame non possa trovare applicazione la citata norma perché nel testo risultante dalla pronuncia della Corte Costituzionale accanto ai cittadini italiani risultano equiparati soltanto i residenti di nazionalità europea; a riguardo, peraltro, deve osservarsi che la citata pronuncia della Corte Costituzionale non pare possa essere interpretata nel senso che tale intervento additivo sia anche esaustivo, cioè impedisca ulteriori interpretazioni costituzionalmente orientate della medesima disposizione legislativa: in tal senso militano le circostanze per le quali nel caso affrontato dalla Corte Costituzionale il cittadino richiesto in consegna era di nazionalità europea, e, soprattutto, che la declaratoria di incostituzionalità è stata pronunciata per contrasto tra la normativa interna e quella europea sotto il profilo della disparità di trattamento fra cittadini di nazionalità europea in riferimento al diritto di libero stabilimento all'interno dei territori dei paesi membri; ciò posto, a parere di questa Corte viene in rilievo un diverso profilo di incostituzionalità, per irragionevole disparità di trattamento, quindi di violazione dell'articolo 3 della Costituzione, all'interno del quadro normativo nazionale, che come tale non involge possibili profili di contrasto con la normativa europea, non richiede necessariamente per la sua risoluzione l'intervento della Corte costituzionale, ma consente di pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma in questione che eviti il lamentato conflitto; il profilo di irragionevole disparità di trattamento e di ingiustificato contrasto interno 3 della normativa italiana si profila con riferimento alla parallela previsione di cui all'art 19 comma 1, lett. C della legge 69/2005 che in tema di mandato d'arresto "processuale" dispone che se la persona oggetto del mandato d'arresto è cittadino o residente dello Stato italiano la consegna è subordinata alla condizione che dopo il giudizio, in caso di condanna, la persona sia riconsegnata allo Stato membro per scontare la pena; come costantemente interpretata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, tale disposizione impone alla Corte d'appello, escludendo ogni valutazione discrezionale al riguardo, di apporre la clausola del rinvio quale condizione di legittimità della consegna in esecuzione del mandato di arresto processuale relativo al cittadino italiano o in Italia residente; il tenore letterale di tale disposizione - con riferimento alla residenza - non pone alcuna distinzione in relazione alla cittadinanza non italiana (e quindi se di altro Stato europeo o non

europeo), ed infatti trova applicazione anche in riferimento a cittadini di nazionalità extraeuropea (Sez. 6, Sentenza n. 38640 del 30/09/2009 in relazione a cittadino albanese; Sez. 6, Sentenza n. 28236 del 15/07/2010 in relazione a cittadino della Bosnia-Erzegovina); ciò posto, considerato che le due norme in esame sono l'una speculari all'altra, disciplinando ipotesi di rifiuto alla consegna rispettivamente l'una (art. 18) per il mandato d'arresto esecutivo, l'altra (art 19) per il mandato d'arresto processuale, e considerato che entrambe ancorano il presupposto per il rifiuto e la riconsegna allo status di cittadino italiano o (a seguito della ricordata sentenza della Corte Costituzionale n. 227 del 24/06/2010 quanto all'art. 18) di residente in Italia, il residuale profilo di possibile diverso trattamento con riferimento alla nazionalità non europea del residente confligge con il principio del divieto di discriminazione di cui all'art. 3 della Costituzione; infatti, se si considera che la "ratio" dell'equiparazione tra cittadino e residente, come individuata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, consiste nella finalità di garantire il reinserimento sociale del condannato, scopo più agevolmente perseguibile allorché la pena venga scontata nel paese ove il condannato abbia radicamento familiare e sociale, si presenta del tutto irragionevole il quadro normativo interno che tale finalità garantisce, con riferimento al mandato di arresto processuale, a tutti i residenti (anche di nazionalità extraeuropea), mentre la nega, con riferimento al mandato di arresto esecutivo, ai residenti di nazionalità extraeuropea; non pare sussistere alcuna ragionevole differenza di situazione fra il residente (anche non europeo) che, in caso di condanna da parte dello Stato richiedente, deve essere riconsegnato all'Italia per l'esecuzione, rispetto al residente non europeo che sia già stato condannato all'estero e, come avvenuto nel caso di specie, chiedi di eseguire in Italia la pena. È appena il caso di ricordare che il principio della rieducazione del condannato sancito dall'art 27 della Costituzione trova applicazione indipendentemente dalla nazionalità del condannato, e che nella normativa europea di riferimento non 4 sembra individuabile una disposizione che vieti agli Stati membri di introdurre motivi di rifiuto alla consegna legati alla nazionalità non europea della persona richiesta in consegna. Alla luce di quanto sopra osservato, ritiene la Corte che sia possibile operare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 18, comma 1, lett. r) nel senso che la stessa deve trovare applicazione non solo con riferimento ai residenti di nazionalità europea, ma anche di quelli di nazionalità non europea; non ignora questa Corte che recente pronuncia della Corte di Cassazione (Sez. 6, Sentenza n. 7214 del 14/02/2019) ha ritenuto inapplicabile la norma in esame a cittadino non europeo, dichiarando manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma in quel procedimento sollevata, ma osserva che la predetta decisione ha preso in considerazione esclusivamente il possibile contrasto fra la norma interna e quella europea sotto il profilo della violazione del principio di libero stabilimento dei cittadini europei; al contrario, questa Corte ritiene, come sopra esposto, di ravvisare profilo di incostituzionalità per contrasto interno alla normativa nazionale sotto il profilo, come visto, della irragionevole disparità di trattamento tra le norme di cui agli articoli 18 e 19 della legge 69/2005. In conclusione, ritiene questa Corte che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 18 comma 1 lett. r) della legge 69/2005 debba comportare che il motivo di rifiuto della consegna ivi previsto in caso di mandato d'arresto europeo esecutivo si applichi con riferimento non solo ai cittadini italiani, non solo ai residenti di nazionalità europea (come stabilito dalla Corte Costituzionale), ma anche ai residenti di nazionalità non europea, in perfetta simmetria con quanto stabilito dall'art. 19, comma 1, lett. c) per il mandato d'arresto europeo processuale; considerato, come già in precedenza esposto, che l'arrestato all'udienza del 17/09/2019 ha esplicitamente richiesto di scontare

in Italia la pena, con ciò implicitamente ma necessariamente richiedendo il riconoscimento della sentenza di condanna straniera in Italia (in tal senso, da ultimo, Sez. 6, Sentenza n. 8439 del 16/02/2018), e avendo anche la Grecia dato attuazione alla Decisione quadro 2008/909/GAI, occorre procedere al riconoscimento ai sensi del D. L.vo 7 settembre 2010, n. 161 (attuativo della predetta Decisione), che ai sensi dell'art. 24 trova applicazione "anche all'esecuzione della pena o della misura di sicurezza nei casi di cui agli articoli 18, comma 1, lettera r), e 19, comma 1, lettera c), della legge 22 aprile 2005, n. 69"; premesso che la presenza in atti della integrale sentenza di condanna straniera, anche nella versione tradotta in italiano, soddisfa il requisito del "certificato" necessario alla trasmissione (costituendo la fonte integrale dei dati che sono riassuntivamente contenuti nel certificato medesimo), ricorrono le condizioni di cui all'art. 10 del citato D. L.vo 5 161/2010, con le precisazioni che il consenso del condannato è integrato dalla richiesta di esecuzione in Italia della sentenza straniera, e che tale consenso rende non necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia (prevista per i soggetti non italiani); e non sussistono motivi di rifiuto al riconoscimento ex art. 13, osservandosi, in particolare, che la sentenza di condanna è stata pronunciata alla presenza dell'imputato, il quale, del resto, ha ammesso l'addebito (ed a suo tempo ha proposto appello solo invocando l'applicazione di circostanze attenuanti); l'unico tema che deve essere affrontato è, ai sensi del 5° comma dell'art. 10 citato, quello della compatibilità della pena inflitta (ergastolo ed € 50.000,00 di multa) con le previsioni della normativa italiana: poiché il reato per il quale il (...omissis...) è stato condannato (detenzione di g. 4.176 di eroina in concorso con 3 coimputati) è punito in Italia ai sensi dell'art. 73, comma 6 del D.P.R. 309/90 con la pena massima della reclusione per 26 anni e 8 mesi e della multa di € 346.666,00, sotto il profilo della specie e della durata della pena detentiva inflitta vi è incompatibilità con l'ordinamento interno quanto alla comminata pena dell'ergastolo: conseguentemente, procedendo all'adeguamento previsto dal citato art. 10, la pena è rideterminata in anni 26 e mesi 8 di reclusione ed € 50.000,00 di multa (che verrà eseguita previo scomputo della pena espiata nello Stato di emissione, ex art. 16, comma 1 del D. L.vo 7 settembre 2010, n. 161); a tale pena consegue, ex art. 12 c.p., l'applicazione delle pene accessorie dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e dell'interdizione legale durante la pena. In applicazione dell'indulto di cui alla legge 241/2006, non sussistendo condizioni ostative, la predetta pena deve essere condonata nella misura di anni 3 di reclusione ed € 10.000,00 di multa.

P.Q.M.

Visti l'art. 18, comma 1, lett. r) legge n. 69/2005, 9 e segg. D. L.vo 161/2010.

Rifiuta

la consegna di (...omissis...) richiesta dall'autorità giudiziaria ellenica con il mandato di arresto europeo del 24/01/2018, e

Riconosce

nell'ordinamento italiano la sentenza di condanna n. 1071-1072/2007 pronunciata dalla Corte di Appello di Salonico il 26/06/2007 nei confronti del predetto (...omissis...) per il seguente reato: art. 73, comma 6 D.P.R. 309/90 per avere illegalmente detenuto e trasportato, in concorso con (...omissis...), g. 4.176 di sostanza stupefacente del tipo eroina, In Katerini (Grecia), il 24/07/2003

Determina

la pena da eseguirsi in Italia, applicato l'indulto per anni 3 di reclusione ed € 10.000,00 di multa, in anni 23 e mesi 8 di

reclusione ed € 40.000,00 di multa; applica le pene accessorie dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e dell'interdizione legale durante la pena

Dispone

la trasmissione della presente sentenza al Procuratore Generale presso questa Corte d'Appello per l'esecuzione ed al Ministro della Giustizia per quanto di competenza in ordine alle informazioni di cui all'art. 20 del D. L.vo 161/2010.
(...omissis...)

II

(...Omissis...) All'esito di una vasta e complessa indagine promossa dai Servizi Segreti Romeni sulle attività di privatizzazione delle società ritenute strategiche, diversi pubblici funzionari romeni e cittadini privati, romeni e stranieri, impegnati in dette attività, tra i quali il cittadino ceco (...omissis...), sono stati rinviati a giudizio con l'accusa di costituzione di un gruppo criminale, spionaggio e tradimento. All'esito del giudizio, (...omissis...) è stato condannato alla pena di anni nove e mesi sei di reclusione dall'Alta Corte di Cassazione e Giustizia, in composizione di tre giudici, con sentenza numero (...omissis...) del 3/12/2013, perché ritenuto colpevole di "iniziazione e costituzione di un gruppo criminale straniero, spionaggio e concorso in spionaggio". In parziale riforma di detta sentenza, con sentenza (...omissis...) del 27/01/2015, l'Alta Corte di Cassazione e Giustizia in composizione di cinque giudici, decidendo in appello, ha ridotto la pena inflitta a (...omissis...) ad anni quattro e mesi otto di reclusione, derubricando i fatti già definiti come "spionaggio" in "rivelazioni di informazioni riservate". Una volta passata in giudicato l'anzidetta decisione, non trovandosi (...omissis...) sul territorio romeno, il Tribunale di Bucarest ha emesso il mandato di arresto (...omissis...) del 28/01/2015.

Eseguito dapprima nella Repubblica Ceca, ove risiedeva (...omissis...), il mandato di arresto in questione è stato ivi disatteso. Infatti il Tribunale Municipale di Praga, con sentenza esecutiva del 9/11/2017, ha rifiutato la consegna di (...omissis...), per essere il consegnando cittadino ceco e per essersi impegnato lo stato ceco a eseguire la pena comminata a (...omissis...) sul tuo territorio nazionale.

Successivamente, con sentenza del 18/4/2018, il Tribunale di Praga Capitale riconosceva la sentenza romena di condanna del (...omissis...) ai fini della sua esecuzione della Repubblica Ceca. Quest'ultima sentenza, confermata dal tribunale Superiore di Praga capitale con sentenza del 4/9/2018, è stata poi annullata dalla Corte Costituzionale ceca che, con sentenza del 22/5/2019, ha contestualmente disposto la rinnovazione del giudizio di riconoscimento.

Nel frattempo, la Corte Costituzionale romena, decidendo sulla "richiesta di risoluzione del conflitto giuridico di natura costituzionale tra il parlamento della Romania da una parte, e l'Alta Corte di Cassazione e Giustizia dall'altra parte", con sentenza in data 29/11/2018, confermava l'esistenza del conflitto denunciato, accertando l'illegale e incostituzionale composizione dei collegi dell'Alta Corte di Cassazione e Giustizia, per avere pregiudicato le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice, violando altresì il diritto ad un equo processo degli imputati giudicati da detti collegi, anche ai sensi dell'art. 6 § 1 della CEDU.

Disponere dunque dovessero ritenersi nulli i processi futuri e quelli non esauriti, oltre a quelli definiti ancora impugnabili in via straordinaria.

Sempre decidendo in sede di risoluzione di conflitti di potere, per essere più precisi, "sulla richiesta di risoluzione del conflitto

legale di natura costituzionale tra il Ministero Pubblico - la Procura presso l'Alta Corte di Cassazione e Giustizia, il parlamento della Romania, l'alta corte di cassazione e giustizia e gli altri tribunali", la corte costituzionale romena, con sentenza in data 16/1/2019, confermava l'esistenza del conflitto denunciato, accertando l'illegittima interferenza sull'attività giurisdizionale di due protocolli del 2009 e del 2016, mai pubblicati e rimasti segreti, stipulati dal servizio romeno di informazioni e il ministero pubblico presso l'alta corte. Ad avviso del giudice costituzionale romeno, i protocolli in questione, consentendo l'acquisizione di prove non disciplinate dalla legge, avrebbero determinato la violazione, da parte del tribunale, del diritto all'equo processo degli imputati, garantito sia dalla costituzione nazionale che dalla CEDU. Dalla violazione consegue la nullità della decisione, che dovrà essere accertata dal giudice precedente per i procedimenti in corso e dal giudice dell'impugnazione straordinaria per quelli definiti.

(...omissis...), condannato dalla corte è composta in modo irregolare, come statuito dalla corte costituzionale romena con la sentenza del 29/11/2018, sulla base anche di prove raccolte dai servizi segreti, e dunque illegalmente, come statuito dalla medesima corte costituzionale con sentenza del 16/1/2019, ha proposto l'impugnazione straordinaria prevista dall'ordinamento romeno al fine di ottenere l'annullamento della condanna.

La domanda è stata dichiarata inammissibile dall'alta corte di cassazione e giustizia, composta da cinque giudici, con ordinanza dell'11/6/2019, per il mancato rispetto dei termini stabiliti dalla legge per la presentazione del gravame, e dunque per vizi formali.

Queste premesse spiegano le ragioni delle diverse cause ostative alla consegna denunciate dalla difesa, che ha preliminarmente dedotto la sopravvenuta inefficacia del mandato di arresto europeo emesso dalla Romania, per essere stata già riconosciuta da altro paese europeo (la Repubblica Ceca) ai fini della sua esecuzione la sentenza di condanna che ne costituisce il presupposto. Malgrado il successivo annullamento da parte della corte costituzionale ceca, la disponibilità della Repubblica ceca a dare esecuzione alla sentenza, secondo la difesa, avrebbe spogliato lo Stato di emissione della condanna del suo potere di eseguirla. Questo perché il mandato di arresto non è stato reiterato dallo Stato emittente dopo l'annullamento del riconoscimento da parte dello Stato che ne aveva disposto l'esecuzione.

Sul punto la difesa sollecitava in via subordinata la corte a proporre questione pregiudiziale alla corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 19 co.3, lett. b) del trattato sull'Unione Europea e dell'art. 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Deduceva poi la difesa l'esistenza della causa ostativa alla consegna prevista dall'art. 18 co.1, lett.g) e v) legge 69/2005, sotto diversi profili: per la violazione del diritto ad essere giudicato dal giudice naturale preconstituito per legge e da un giudice indipendente e imparziale; per l'utilizzo di prove formate in modo illegale attraverso l'acquisizione in giudizio di intercettazioni telefoniche effettuate, tradotte e selezionate dei servizi segreti romeni, prima e al di fuori delle indagini.

Deduceva inoltre l'esistenza della ragione ostativa alla consegna prevista dall'art. 18 co. 1 lett. h) legge 69/2005 per le precarie condizioni carcerarie della Romania.

Infine deduceva l'assenza del requisito della doppia punibilità, chiedendo il rifiuto della consegna che sotto questo profilo. Tra tutte queste censure argomentate in modo esemplare, assume valore logicamente preminente la doglianza relativa alla non preconstituzione e non imparzialità del giudice che ha condannato (...omissis...), per il valore pregiudiziale del problema sia nell'ordinamento internazionale che nazionale.

Per meglio comprendere l'argomento, giova precisare quanto

avvenuto in Romania nei giudizi a carico di (...omissis...) e di tanti altri: il giudice competente sui reati politici in quel paese, anche commessi da privati in concorso con pubblici ufficiali, vale a dire l'alta corte di cassazione e giustizia, nella composizione di tre giudici in primo grado e di cinque giudici in appello, ha formato i relativi collegi in modo difforme da quanto previsto dalla legge, senza estrarre a sorte tutti i componenti dei collegi, ma mantenendone uno scelto; inoltre alcuni giudici che già avevano partecipato al primo grado hanno partecipato ad alcune udienze dell'appello. Le circostanze lamentate sono documentate e non controverse: i collegi, come in tutti gli analoghi giudizi definiti dall'alta corte, sono stati composti in modo difforme da quanto prescrive la legge; al giudizio di appello hanno partecipato anche giudici già impegnati nel medesimo processo di primo grado. Non solo, ma la stessa corte costituzionale romena, come si è detto, ha censurato i vizi in questione inferendone la nullità delle decisioni che ne sono derivate, perché emessi da giudici non preconstituiti e non imparziali. Questi vizi non costituiscono causa di nullità nel nostro ordinamento, almeno stando a consolidati indirizzi giurisprudenziali italiani. Questo perché l'art. 178 lett. a) del c.p.p. sanziona con la nullità assoluta l'inosservanza delle norme che disciplinano "la capacità del giudice" e l'art. 33 c.p.p. espressamente esclude dalla portata della disposizione in questione la violazione dei criteri "sulla formazione dei collegi", disattesi nel caso di specie. Inoltre, per consolidata giurisprudenza, la violazione dell'articolo 34 co. 1 c.p.p., che vieta la partecipazione dello stesso giudice a più gradi dello stesso giudizio, non costituisce causa di nullità, ma solo motivo di riconsuazione (cfr. da ultimo Cass. Pen. n. 35216/18). Tuttavia preconstituzione e imparzialità del giudice costituiscono principi generali del nostro ordinamento ai sensi dell'art. 111 Cost., anche se la violazione delle regole che li disciplinano non determina alcuna nullità. Infatti l'art. 111 della costituzione italiana, che ha costituzionalizzato nella maniera più estesa il "giusto processo", al comma II impone terzietà ed imparzialità del giudice, e la prima deve ritenersi violata dall'inottemperanza alle regole che preconstituiscono il giudice stesso, come la seconda deve ritenersi lesa dalla violazione dell'articolo 34 c.p.p.

Si deve dunque concludere che la sentenza straniera posta alla base del mandato di arresto in esecuzione viola i principi generali del nostro ordinamento per essere stata emessa da un giudice non imparziale né preconstituito secondo le norme del suo ordinamento, vale a dire per essere stata emessa a seguito di un processo non equo secondo il nostro ordinamento. Questo non integra la causa ostativa di cui all'art. 18 lett. v) della legge 69/2005, come argomenta la difesa. La disposizione in parola infatti inibisce la consegna dell'arrestato quando la sentenza straniera contiene "disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano", vale a dire statuizioni, capi della decisione, o comunque vizi originati dalla decisione. Esulano dunque dall'ambito di applicazione della norma tutti i vizi di natura processuale o sostanziale che non si traducano in statuizioni né siano originati da essa, come quelli preesistenti al giudice e al giudizio, come i vizi relativi alla costituzione del giudice, qui esaminati. Questi vizi invece, determinando un processo non equo, integrano la diversa causa ostativa alla consegna di cui all'articolo 18 lett. g) legge 69/2005. Gli stessi vizi attinenti alla mancata preconstituzione e imparzialità del giudice integrano la medesima causa ostativa sotto un altro profilo: la violazione dei diritti minimi dell'accusato garantiti dall'art. 6 § 1 della CEDU e 47 co. 2 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Quest'ultima disposizione, a corollario della prima, menziona espressamente la necessaria indipendenza e imparzialità del giudice "preconstituito per legge" tra le garanzie necessarie perché un processo possa definirsi equo.

E la giurisprudenza della CEDU ravvisa la violazione dell'art.

6 della CEDU tutte le volte in cui siano violate le disposizioni nazionali che preconstituiscono il giudice, proprio perché così viene meno una delle essenziali garanzie dell'accusato, quella di essere giudicato da un giudice predeterminato dalla legge e non costituito ad hoc. La sentenza oggetto del MAE consegue dunque da un processo non equo, sotto il duplice profilo esaminato: perché viola le regole italiane del giusto processo e quelle europee dell'equo processo. Sotto entrambi i profili ciò integra la causa ostativa alla consegna di cui all'art. 18 lett. g) legge 69/2005.

La corte deve arrestarsi a questa constatazione e pronunciare la conseguenziale decisione di rifiuto della consegna, senza sollecitare alla nazione emittente alcun chiarimento. Infatti la violazione delle regole dirimenti è stata accertata proprio dalla corte costituzionale romena ed è incontrovertibile. Su di essa nessuna autorità giudiziaria romena può ulteriormente statuire. Inoltre il ricorso da parte del (...omissis...) finalizzato a beneficiare della statuizione della corte costituzionale è stato dichiarato inammissibile per motivi di rito, senza mettere in discussione la violazione delle regole accertata. Ne consegue che nel suo paese (...omissis...) non ha alcuna tutela pure in presenza di una violazione di legge che lo ha ivi privato di un giusto processo. Dunque non possiamo chiedere alla Romania alcuna garanzia cui subordinare la consegna, il che impone un'unica decisione: il rifiuto della consegna di (...omissis...), perché condannato in un processo non equo e privo di ulteriore rimedio giurisdizionale finalizzato a rimediare al pregiudizio subito. La decisione sul punto è assorbente il che inibisce l'esame delle altre questioni poste dalla difesa.

P.Q.M.

(...omissis...) visto l'art. 18 lett. g) legge n. 69/2005, rifiuta la consegna di (...omissis...), nato in (...omissis...), all'autorità giudiziaria rumena richiedente. Dispone l'immediata comunicazione della presente sentenza al ministro della giustizia, anche a mezzo telefax; che siano informate le competenti autorità dello Stato membro di emissione e il servizio per la cooperazione internazionale di polizia. (...omissis...)

(1-2) La sindacabilità del mandato di arresto europeo e la questione del cittadino straniero.

Sommario: 1. *Premessa: la disciplina di riferimento del mandato di arresto europeo* - 2. *La sindacabilità del MAE e la questione del cittadino extraeuropeo residente in uno stato membro dell'Unione.* - 3. *Efficacia della decisione dello stato di esecuzione del MAE rispetto allo stato terzo e violazione dei diritti ex art. 6 CEDU ed art. 47 co.2 CDUE da parte dello stato di emissione.*

1. La disciplina di riferimento del mandato di arresto europeo.

La cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo è uno dei settori con lo sviluppo più recente tra le politiche dell'Unione Europea.

In conseguenza dell'implementazione del trattato Schengen, che ha permesso la libera circolazione dei cittadini europei negli stati dell'Unione, accordo basato sulla comune cessione di sovranità da parte degli stati membri, a fronte di una comune fiducia, si è creata la necessità di contrastare la criminalità transfrontaliera e di implementare la circolazione delle decisioni delle corti in materia penale.

Punto di riferimento della cooperazione giudiziaria è la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, che è stato il primo tentativo di superamento del meccanismo dell'extradizione.

Tale provvedimento è una delle diverse misure per l'attuazione

della circolazione delle decisioni penali, in ossequio al principio di mutuo riconoscimento. (1)

La decisione quadro del 2002 aveva l'obiettivo di sostituire, nei rapporti interni tra stati membri, l'extradizione (2), oggetto di discipline articolate e regolata da convenzioni tra stati, dal contenuto non armonico e sottoposte ad un'intermediazione politica che ne rallentava l'esecuzione.

La disciplina della decisione quadro 584 del 2002 ha spostato il controllo dell'esecuzione dal livello politico, riservato solitamente al ministero della giustizia, ad un organo giudiziario, permettendo un livello sufficiente di controllo ma evitando le lungaggini tipicamente associate all'intervento dell'intermediario politico. (3)

Tra le garanzie specificamente previste, vi è il riferimento al rispetto dei diritti riconosciuti ai sensi dell'art. 6 TUE e della carta dei diritti dell'Unione Europea; vi è inoltre un espresso divieto di interpretare il contenuto della decisione quadro nel senso di non consentire il rifiuto di consegna nel caso di fondato sospetto di persecuzione o pregiudizio a causa di diritti della persona, nonché quando vi sia il rischio di sottoposizione alla pena capitale, tortura, o trattamenti e pene inumane e degradanti. (4)

Inoltre, in un'ottica di maggior tutela, frequente nella legislazione europea, è prevista l'applicazione delle norme costituzionali dei singoli stati membri che riguardano il giusto processo, nonché i diritti di libertà associativa, di stampa e di espressione. L'art. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI disciplina lo strumento del mandato di arresto europeo, che serve ad uno stato membro ad implementare l'azione penale o l'esecuzione di una condanna, quando il soggetto attinto dal provvedimento si trova nel territorio di un altro paese membro, al quale ne viene richiesta la consegna.

L'euromandato, spesso abbreviato MAE, è divisibile in due tipologie, quello finalizzato all'esercizio dell'azione penale, cd. MAE processuale, e quello esecutivo di una condanna o di una misura di sicurezza custodiale.

A fronte di un generale principio di collaborazione, finalizzato all'adempimento della richiesta di consegna, la decisione quadro prevede inoltre una serie di eccezioni, relative alla non esecuzione del MAE, divise in motivi obbligatori e facoltativi; i primi non lasciano alcun sindacato all'autorità giudiziaria procedente, se non l'accertamento delle condizioni ostative.

Tra questi sono presenti sia i casi di bis in idem, sia di amnistia nel caso di competenza dello stato di esecuzione, sia di non perseguibilità a causa dell'età secondo la legge dello stato di esecuzione. (5)

All'articolo 4 sono invece delineate le numerose ipotesi di rifiuto di esecuzione facoltativo.

Tra queste, rilevanti ai fini di questa tesi, è presente il motivo della cittadinanza o residenza del consegnando nello stato di esecuzione; per attivare questo motivo, lo stato membro deve impegnarsi ad eseguire esso stesso la pena o misura di sicurezza. Tale decisione quadro è stata recepita nel nostro ordinamento con la legge n. 69 del 22 aprile 2005.

All'articolo 1 del testo di legge sono stati espressamente richiamati i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano in tema di diritti fondamentali, mentre all'articolo 2 sono elencate espressamente le garanzie costituzionali applicate dall'ordinamento italiano nell'esecuzione del MAE, individuate specificamente nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in particolare gli articoli 5 e 6 ed i protocolli addizionali, e i principi relativi al giusto processo, al quale corrispondono i diritti di libertà individuale, difesa in giudizio, eguaglianza nonché i principi in tema di responsabilità penale e qualità delle sanzioni contenute nella Carta fondamentale.

La procedura delineata nella normativa di recepimento è la seguente: l'art. 5, in applicazione degli artt. 1 e 6 co. 2 della

decisione 2002/584/GAI, attribuisce la competenza esecutiva del MAE alla corte d'appello individuata per territorio, con la possibile alternativa tra distretto ove il consegnando ha dimora, domicilio o residenza e distretto dove è avvenuto il suo arresto.

La decisione quadro e la sua declinazione nazionale delineano una procedura da attuarsi in tempi celeri, ma con il pieno rispetto delle garanzie in tema di difesa e di giusto processo; al fine di attuare una consegna relativa al MAE, infatti, è richiesta una documentazione esaustiva che ricomprende, tra l'altro, una copia tradotta del provvedimento esecutivo, una precisa indicazione del fatto e delle circostanze del reato, nonché il grado di partecipazione del ricercato, e le disposizioni di legge applicabili anche in relazione al grado e all'entità della pena.

Tra i meccanismi di salvaguardia, è previsto ad esempio che la corte d'appello competente possa richiedere un'integrazione dei documenti inerenti il mandato d'arresto, delineata all'art. 6 della l. 69/2005 nonché dall'art. 8 della decisione 584/2002; nel caso in cui l'autorità giudiziaria che ha emesso il MAE non provveda, è obbligatorio il rifiuto di consegna ai sensi dell'art. 6 co. 6 l. 69/2005.

La disciplina del mandato di arresto europeo si divide poi a seconda della fase processuale in cui viene emanato; sono infatti previsti sia il mandato d'arresto ai fini dell'esercizio dell'azione penale, disciplinato dall'art. 19, così come il mandato esecutivo, emesso all'esito di una condanna od una misura cautelare, disciplinato dagli articoli 18 e 18-bis della legge citata.

L'art. 18-bis, in particolare, è il risultato del Dlgs. 117/2019, con cui il legislatore ha avuto modo di recepire il contenuto della sentenza della Corte Costituzionale n. 227/2010; con questa pronuncia additiva il giudice delle leggi aveva dichiarato l'incostituzionalità del (previgente) art. 18 co. 1 lett. r), poichè tra le ipotesi di rifiuto obbligatorio di consegna non era prevista la fattispecie del soggetto, cittadino di stato europeo, residente in Italia.

2. La sindacabilità del MAE e la questione del cittadino extraeuropeo residente in uno stato membro dell'Unione.

La questione della consegna del soggetto residente nel nostro paese, ma avente cittadinanza non europea, è tornata ad essere oggetto di discussione nei mesi passati per una vicenda che ha interessato l'autorità giudiziaria genovese.

A gennaio 2018 la corte d'appello di Salonicco emetteva un mandato di arresto nei confronti di (...*omissis*...), cittadino albanese condannato nel 2007 all'ergastolo per traffico di stupefacenti.

Il soggetto, dopo alcuni anni di detenzione in Grecia, era riuscito ad evadere ed aveva riparato in Italia, paese nel quale aveva alcuni familiari, dove aveva ottenuto la residenza e trovato lavoro.

La corte d'appello di Genova, con sentenza del novembre 2019, dopo aver richiesto informazioni aggiuntive al paese emittente, aveva disposto la consegna del condannato.

Su ricorso del consegnando questa decisione era stata oggetto di vaglio di legittimità, che ne aveva disposto l'annullamento con rinvio ad altra sezione della corte d'appello per motivi procedurali.

Oltre al vizio procedurale, ritenuto assorbente dalla Cassazione, la difesa aveva sollevato in sede di ricorso due questioni di merito (6) tra loro collegate, poichè tendenti ad ottenere il rifiuto della consegna all'autorità emittente, che sono state riprese dalla corte d'appello del rinvio.

In primo luogo, la condanna all'ergastolo applicata al (...*omissis*...) avrebbe violato il principio di proporzionalità della pena;

la difesa ha sottolineato come per la condotta posta in essere dal proprio assistito, ossia traffico di un'ingente quantità di eroina, il DPR 309/90 preveda una cornice edittale che nel massimo è pari a 26 anni di detenzione.

Le possibili conseguenze di questa premessa sono molteplici: anzitutto, potrebbe ravvisarsi l'ipotesi delineata dall'art. 18 co.1 lett. s) (7) della l. 69/2005, che consiste nella presenza all'interno della sentenza da eseguire di disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano.

Astrattamente questa prospettiva potrebbe avere fondamento, posto che la corte greca ha applicato una sanzione che nel nostro ordinamento è di specie diversa e più severa di quella prevista dal DPR 309/90 in tema di stupefacenti, senza contare gli interventi successivi alla nota pronuncia del 2014 della Corte Costituzionale sulla legge Fini-Giovanardi, relativi alla rideterminazione del trattamento sanzionatorio in sede esecutiva rispetto alle pene severe ma illegittime dopo la declaratoria di incostituzionalità. (8)

Seguendo l'assunto difensivo, una tale condanna vista dalla prospettiva italiana ben potrebbe integrare una violazione dei principi fondamentali in tema di sanzioni penali, precisamente in relazione alla proporzionalità della pena, in stretto collegamento con la sua funzione special-preventiva.

Effettivamente, l'orientamento costituzionale consolidato ritiene che le sanzioni, non solo penali (9), debbano sottostare ad un vaglio di proporzionalità stringente, sia per tutelare i diritti costituzionali di volta in volta considerati (nel caso trattato dalla Consulta con sentenza 112/2019, il diritto di proprietà), sia al fine di rispettare l'art. 49 co. 3 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, che assume funzione primaria nella valutazione della congruità della sanzione, sia nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea (10), sia negli ordinamenti nazionali, a cui la CGUE si richiama espressamente; emblematico in tal senso il richiamo al citato articolo da parte delle Sezioni Unite civili nel 2017 in tema di applicazione del concetto di proporzionalità ai danni punitivi disposti da una sentenza straniera. (11)

Inoltre, lo stesso art. 2 della l. 69/2005 prevede che l'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI debba avvenire nel rispetto dei diritti costituzionali e dei trattati internazionali, tra cui la carta EDU; alla lettera b) del comma 1 fa espresso riferimento ad alcuni principi in materia penale tra cui la qualità delle sanzioni.

La conseguenza di questo ragionamento sarebbe che, dando esecuzione alla consegna richiesta dall'autorità giudiziaria ellenica, la corte d'appello genovese violerebbe il diritto del condannato ad una pena proporzionata al fatto commesso, inficiandone le possibilità di rieducazione.

Questa seconda questione incide di per sé stessa sull'adempimento alla consegna.

Oltre a venire negata dall'applicazione di una sanzione sproporzionata, almeno secondo i parametri dell'ordinamento italiano, la concreta possibilità di rieducazione verrebbe meno con l'espiazione della condanna in un paese straniero, nella cui giurisdizione è avvenuto il fatto di reato, ma con il quale il (...*omissis*...) non ha alcun legame sociale, familiare o lavorativo.

Come è stato appurato durante il procedimento da entrambe le composizioni della corte distrettuale che hanno conosciuto della questione, il soggetto richiesto in consegna è radicato sul suolo italiano, dove ha residenza, un lavoro regolare, nonché alcuni parenti stretti, mentre non ha altri parenti in Grecia, se non la moglie, tra l'altro detenuta quale concorrente nel medesimo reato.

La prospettazione difensiva è tale per cui, dando corso alla richiesta di consegna, si andrebbe a collocare il soggetto in un paese che gli è alieno, nel quale mancherebbe il necessario supporto sociale e familiare, che consentirebbe una più com-

piuta opera rieducativa al fine di ottenerne il reinserimento nella società.

Tra l'altro, secondo la legislazione greca, eventuali benefici carcerari sarebbero vincolati alla dimostrazione di prospettive occupazionali e/o sostegno familiare, analogamente a quanto avviene nel nostro sistema penale, a cui il (...omissis...) non potrebbe quindi accedere.

Fissate queste premesse, bisogna valutare in che modo e, soprattutto, in quale misura l'autorità giudiziaria dello stato di esecuzione possa sindacare il merito del mandato di arresto emesso da un altro stato membro europeo.

Anzitutto bisogna considerare che nell'ambito della decisione quadro 584 del 2002 l'ottemperanza alla richiesta di consegna è la norma, mentre l'eventuale rifiuto costituisce l'eccezione, visto l'ambito di omogeneità giuridica e di valori tra paesi dell'Unione, nonché di fiducia reciproca (12), che nelle intenzioni del legislatore europeo giustifica una procedura semplificata e senza intermediazione politica.

In tale quadro, è possibile ricavare un margine, seppure ristretto, di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione rispetto al mandato di arresto di un altro paese membro; peraltro, lo spazio di manovra è circoscritto ampiamente all'interno delle previsioni della decisione quadro, visto che il principio alla base della cooperazione giudiziaria è l'effettiva attuazione delle decisioni penali.

L'art. 1 co. 2 prevede infatti che *“gli stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro”*.

Quindi un'esecuzione non automatica, ma subordinata al rispetto di un preciso insieme di norme da parte di un'autorità giudiziaria.

Oltre al controllo formale, previsto ad esempio dall'art. 2 in relazione alla cornice edittale minima del reato per cui è chiesta la consegna, oppure all'inclusione del fatto nel cospicuo elenco di reati di cui al co. 2 della medesima disposizione, o dovuto a motivi processuali, nei casi di rifiuto obbligatorio previsti dall'art. 3, si può individuare un altro tipo di controllo che deve essere svolto dalle autorità del paese dell'esecuzione. Viene infatti prevista la possibilità di rifiutare la consegna in alcune ipotesi, divise tra obbligatorie e facoltative, subordinate alla valutazione di elementi di merito, tra cui spicca la situazione in cui il consegnando sia cittadino, ovvero dimori od abbia la residenza nello stato di esecuzione; in tale caso, ai sensi della decisione quadro lo stato che rifiuti la consegna deve necessariamente impegnarsi ad eseguire esso stesso la condanna conformemente al suo diritto interno.

All'art. 5 co. 1 n. 2 è prevista la possibilità che, in caso di condanna all'ergastolo, lo stato di esecuzione chieda la revisione della pena in una più mite; la legge italiana prevede questa ipotesi all'art. 19 co. 1 lett. b), riportando quasi testualmente il testo della decisione quadro; la corte d'appello non ha però seguito questa opzione, che sembra attagliarsi perfettamente al caso concreto, almeno in punto entità della pena, poiché si tratta di ipotesi limitata esclusivamente all'ergastolo cd. ostativo; per tale motivo in sede di rinvio è stato privilegiato un altro percorso motivazionale, sulla base di una diversa questione.

È stata infatti rideterminata la pena, ma solo dopo aver rifiutato la consegna ai sensi dell'art. 18-bis co. 1 lett. c) (13), risolvendo in via interpretativa una questione già sollevata dalla difesa, che nel ricorso aveva sollecitato, seppure in via subordinata, un rinvio alla Corte costituzionale.

L'altra questione che si è posta in relazione alla vicenda del sig. (...omissis...) riguarda la possibilità di rifiutare la consegna del soggetto residente nel paese dell'esecuzione.

L'art. 18-bis co. 1 lett. c) prevede espressamente che *“la corte di appello può rifiutare la consegna [...] se il mandato di arresto*

europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena [...] privato[a] della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano o cittadino di altro stato membro dell'Unione Europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la corte di appello disponga che tale pena [...] sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno.”

Il (...omissis...) è cittadino albanese; l'Albania è tra gli stati candidati all'entrata nell'Unione Europea (14), ma il processo di adesione è ancora in corso, pertanto ad oggi risulta uno stato terzo rispetto all'Unione Europea, con la conseguenza che molte norme rivolte ai cittadini europei non si applicano ai cittadini albanesi.

La problematica del rifiuto di consegna di cittadini non italiani, ma residenti nel nostro paese, è stata peraltro già affrontata dalla Corte Costituzionale nel 2010, con la sentenza n. 227; all'epoca la Cassazione, nell'ordinanza di rimessione, aveva prospettato una questione di legittimità costituzionale a causa dell'esclusione dai motivi di rifiuto dell'ipotesi del cittadino straniero residente in Italia.

La suprema corte aveva invero svolto molteplici rilievi applicabili al residente straniero “in genere”, fosse esso sia cittadino di uno stato europeo che extraunitario. (15)

Tra le motivazioni che hanno determinato la valutazione circa la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, e quindi la rimessione al giudice delle leggi della questione, la Cassazione aveva sottolineato come dal raffronto tra gli articoli 18 e 19 della l. 69/2005 emergesse un diverso trattamento riservato al residente straniero, determinato solamente dalla fase procedimentale in cui il mandato di arresto veniva emesso.

In quella circostanza era stato rilevato come il beneficio dell'espiazione della pena nel paese di residenza, e non in quello che richiede la consegna, possa essere invocato *“dalla persona giudicanda”* (16) ai sensi dell'art. 19 co. 1 lett. c), ma non da quella già condannata, che non abbia cittadinanza nello stato di esecuzione, a cui si applica il diverso art. 18-bis co. 1 lett. c).

L'orientamento precedente, frutto di una costante giurisprudenza (17), era che il particolare regime di favore fosse applicabile al solo cittadino italiano, senza possibilità di estensione in via interpretativa di tale motivo ostativo alla consegna anche allo straniero che avesse la residenza nel nostro paese.

Questo diverso trattamento era apparso già all'epoca privo di giustificazione; nella specie erano state richiamate dalla Cassazione le conclusioni dell'Avvocato Generale dell'Unione Europea nella causa C-123/08, vertente sull'interpretazione dell'art. 4.6 della decisione quadro 2002/584/GAI, secondo il quale la facoltà o meno di prevedere tale ipotesi di rifiuto è rimessa alla discrezionalità degli stati membri in sede di attuazione, ma in caso di adozione non è possibile limitarla al solo cittadino, visto che non si tratta di un privilegio, ma di una misura volta ad attuare in concreto la funzione di risocializzazione del condannato, attraverso l'espiazione della pena in un contesto dove siano presenti legami sociali, familiari o lavorativi.

Nonostante la Corte di legittimità avesse posto la questione dall'ampia prospettiva del cittadino straniero in genere, senza limitare la sua argomentazione al solo ambito europeo, la Corte Costituzionale si era pronunciata limitatamente alla incostituzionalità dell'art. 18 co. 1 lett. r), nella passata formulazione, *“nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione Europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza [...] nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno.”*

In quell'occasione, il Giudice delle leggi non aveva travalicato i confini del caso concreto, che riguardava la richiesta di consegna di un cittadino polacco al proprio stato, per non invadere le attribuzioni spettanti al legislatore.

In seguito a quella pronuncia era stata risolta la disparità di trattamento tra cittadini europei, vietata dall'art. 18 TFUE, ma era rimasta intatta la problematica nella sua prospettiva internazionale, anche a causa dell'inerzia del legislatore, che ha integrato la sentenza costituzionale nel testo normativo solo nell'ottobre 2019, senza peraltro porre rimedio alla situazione del cittadino extraunitario.

La questione qui proposta, attualmente sub iudicem, trae le proprie origini da quel primo tentativo, solo parzialmente fruttuoso, da parte della Suprema Corte di superare una palese condizione di diseguaglianza.

La corte distrettuale genovese, in sede di rinvio, ha cercato di risolvere la problematica in via interpretativa, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dei motivi di non esecuzione del MAE, traendo spunto dalla sentenza costituzionale del 2010, sottolineando come questa si fosse effettivamente limitata a decidere la questione intraeuropea, sulla base della violazione di norme afferenti al solo ambito sovranazionale.

Veniva invece rilevato un diverso motivo di discriminazione, sulla base degli artt. 3 e 27 cost., che permettevano, ad avviso del collegio, di potersi "inserire nel solco della pronuncia della Corte Costituzionale" (18) e decidere per il rifiuto di dare esecuzione al MAE disposto dall'autorità giudiziaria greca.

Pur dando atto che nel caso del (...omissis...) non potesse "apparentemente" trovare applicazione l'art. 18-bis co. 1 lett. c), visto che "nel testo risultante dalla pronuncia della Corte Costituzionale accanto ai cittadini italiani risultano equiparati soltanto i residenti di nazionalità europea", la Corte genovese riteneva che, non parendo esaustivo l'intervento costituzionale, si potessero svolgere ulteriori interpretazioni della medesima disposizione.

Veniva prospettato, rispetto alla questione sottoposta a vaglio costituzionale dieci anni prima, un diverso profilo di violazione, basato esclusivamente sugli artt. 3 e 27 cost., tale da non involgere "possibili profili di contrasto con la normativa europea", permettendo al giudice ordinario di risolvere il conflitto attraverso l'interpretazione guidata dai principi costituzionali, senza ricorrere all'intervento di corti superiori nazionali o sovranazionali.

Come già avvenuto precedentemente, la corte distrettuale ha basato la sua argomentazione sulla differenza letterale tra l'art. 19 co. 1 lett. c), che prevede il rientro nel paese di residenza del soggetto consegnato per l'esercizio dell'azione penale in altro stato membro, senza distinguere tra residente europeo o straniero, e l'art. 18-bis co. 1 lett. c), il quale invece prevede una differenza di trattamento verso i residenti non europei.

Sottolineando la ratio comune al rifiuto di consegna ed alla restituzione, ossia l'efficacia del reinserimento sociale in un ambiente con cui esistono legami familiari e sociali (19), e ritenendo quindi una discriminazione anche in base all'art. 27 cost., la corte d'appello decideva di estendere in via interpretativa al soggetto richiesto in consegna l'ipotesi di rifiuto di cui all'art. 18-bis co.1 lett. c), ritenendo di poter superare il tenore letterale della disposizione ed il limite a suo tempo lasciato intatto dalla Corte Costituzionale.

Veniva dato atto nella sentenza di una recente pronuncia della VI sezione della Cassazione (20), che aveva escluso di poter applicare la stessa norma al cittadino non europeo, dichiarando inoltre manifestamente infondata la questione di costituzionalità proposta; i giudici genovesi ritenevano peraltro di potersi discostare da tale pronuncia di legittimità, poiché questa aveva preso in considerazione esclusivamente la possibile violazione del principio di libero stabilimento dei cittadini all'interno dell'Unione Europea, mentre il caso sottoposto alla propria cognizione riguardava esclusivamente profili di carattere nazionale.

La corte pertanto decideva per il rifiuto di esecuzione del MAE greco, riconoscendo la relativa sentenza all'interno

dell'ordinamento italiano, al fine di far scontare la condanna al (...omissis...) sul nostro territorio, previa conversione della pena in anni 23 e mesi 8 di reclusione ed € 40.000,00 di multa.

Successivamente la procura generale di Genova esperiva ricorso per Cassazione, sostenendo che, contrariamente a quanto deciso dalla corte d'appello, per superare il ritenuto contrasto alla luce dell'art. 3 cost., non si potesse fare a meno del vaglio di legittimità costituzionale, vista la precedente sentenza additiva del 2010 che aveva escluso un possibile adeguamento interpretativo nella parallela questione del residente cittadino europeo.

La motivazione a supporto del rifiuto di consegna sarebbe quindi viziata da una fallacia riguardante gli strumenti interpretativi e la latitudine dei poteri del giudice ordinario.

La corte distrettuale avrebbe individuato il problema giusto, ma ha ritenuto di poter ricavare uno spazio interpretativo in una disposizione per cui questa possibilità era già stata esclusa, rendendosi necessario il rinvio alla Consulta.

Il problema era rimasto in piedi perché la Corte Costituzionale aveva trattato la sola questione del cittadino europeo, ritenendola assorbente, evitando non solo una pronuncia estranea all'oggetto del processo, ma una vera e propria invasione di campo rispetto al potere legislativo.

Infatti, se la Corte si fosse pronunciata anche sulla questione dello straniero extra-europeo residente in Italia già nel 2010, che effettivamente le era stata sottoposta insieme a quella del cittadino europeo, vista la comunanza di molti argomenti sollevati dall'ordinanza di remissione, avrebbe difettato il requisito della rilevanza, dato che la questione del cittadino non europeo era estranea all'oggetto del processo, riguardante un cittadino di altro stato europeo residente in Italia.

Ad avviso della procura generale, quindi, se si fosse effettivamente ritenuta una disparità di trattamento non giustificata all'interno della norma regolante il caso di specie, si sarebbe dovuto sottoporre la questione all'attenzione dei giudici delle leggi, senza tentare una interpretazione costituzionalmente orientata incompatibile con l'enunciato letterale di riferimento.

L'espressa previsione del trattamento differente è inoltre ricavabile dalla copiosa giurisprudenza, formatasi a seguito dell'arresto costituzionale del 2010, che ha escluso la possibile estensione dell'art. 18 lett. r) (ora art. 18-bis co. 1 lett. c) al cittadino extraunitario residente in Italia. (21)

La procura generale rilevava, inoltre, in relazione al riconoscimento della sentenza greca, l'erronea configurazione della condotta tenuta dal (...omissis...), che aveva trasportato in concorso con altre persone circa 4 kg di eroina, considerata "ingente quantità" dai parametri italiani, istigando due dei concorrenti, la propria moglie ed un'altra donna, dovendosi all'uopo inquadrare il fatto nella fattispecie ex artt. 73 co.6 DPR 309/90 con l'aggravante ex art. 80 co. 1 lett. b) - 112 co. 1 n. 2 c.p., per una pena complessiva pari a 30 anni di reclusione.

Secondo le prospettazioni della pubblica accusa, pertanto, a fronte di una apparente incompatibilità della pena irrogata, ossia l'ergastolo rispetto alla reclusione, la pena in concreto applicabile non potrebbe determinare l'incompatibilità della sanzione greca ai nostri principi costituzionali, posto che vi è una certa similitudine tra la pena di 30 anni applicabile in Italia, e l'ergastolo applicato dalla Grecia, che corrisponde all'ipotesi nostrana dell'ergastolo non ostativo, il quale prevede numerose possibilità di risvolti premiali che spesso intervengono durante l'espiazione e che non lo rendono quasi mai una pena veramente perpetua; da notare infatti che il condannato è evaso proprio in occasione di uno dei permessi premio concessi dopo alcuni anni di detenzione.

Inoltre, in tema di riconoscimento di sentenze straniere, la costante giurisprudenza della VI sezione della Cassazione

prevede che non si debba procedere ad un automatico riconoscimento, ma ad una valutazione della pena in concreto applicabile secondo le norme del nostro ordinamento, indicando espressamente come la pena finale non debba essere più grave di quella dello stato di emissione, ma nemmeno più lieve di quella configurabile secondo i parametri interni, determinando a quale fattispecie astratta dell'ordinamento italiano corrisponda la condotta oggetto della condanna, indipendentemente dalla denominazione straniera. (22)

La Cassazione, accogliendo il ricorso, ha effettivamente ritenuto fondati gli argomenti proposti, anche alla luce del mutamento normativo intervenuto nelle more del procedimento, con cui il legislatore ha modificato la struttura del rifiuto di consegna esecutiva, prevedendo l'ipotesi del rifiuto di consegna del cittadino europeo residente in Italia, che fino a quel momento era tutelato solamente dalla pronuncia additiva della Corte Costituzionale, peraltro rubricato come motivo facoltativo invece che obbligatorio.

La Corte ha inoltre sottolineato come, pure a seguito della novella legislativa, nella disciplina del rifiuto di consegna sia permastato un profilo di incompatibilità con la decisione quadro del 2002, visto che tutt'ora non può essere negata la consegna del cittadino extraeuropeo che abbia residenza in Italia, quando invece la norma europea non pone alcuna distinzione di sorta.

Violata resterebbe, così, la ratio della disposizione europea, che consiste nell'accrescimento delle *“opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata, una volta scontata la pena”*, così come affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretazione dell'art. 4.6 della decisione quadro. (23)

La corte di appello avrebbe anche errato nel circoscrivere la violazione solamente a norme interne, quando invece vi è palesemente un'applicazione *“monca”* della decisione quadro da parte del legislatore, che pur avendo ampliato ufficialmente il novero di soggetti beneficiari, includendo espressamente tutti i cittadini europei, ha perseverato nell'esclusione dei soggetti stranieri che, altrimenti, ben potrebbero beneficiare dell'espiazione della pena in uno stato dove hanno residenza e rapporti familiari, tali da costituire indici di un effettivo radicamento sul territorio nazionale.

Tale aspetto, che la Corte costituzionale di dieci anni fa non aveva trattato, poiché si era focalizzata sulla questione prettamente europea, è stato ripreso dalla Cassazione, che ha sottolineato con veemenza la necessità di un rinvio costituzionale, richiamando anche taluni argomenti analoghi alla sentenza del 2010.

In particolare, la Corte di legittimità che ha accolto il ricorso ha ritenuto che anche *“a fronte del mutamento del quadro normativo a seguito della novella legislativa del 2019, [...] la possibilità di un'interpretazione conforme al contenuto della decisione quadro è escluso proprio dalla nettezza della scelta compiuta dal legislatore con la previsione dell'art. 18-bis lett. c), la cui formulazione letterale pare insuscettibile di ricostruzioni alternative.”*

I giudici distrettuali avrebbero quindi travalicato i limiti della discrezionalità tecnica, tentando di ottenere un risultato, pure in buona fede, che solo può essere conseguito per via di una pronuncia di illegittimità costituzionale. (24)

Per quanto attiene alla differenza di trattamento tra cittadini europei e non, prosegue la Corte, diverse pronunce della Cassazione (25) hanno escluso che la causa ostativa alla consegna fosse applicabile ai residenti non europei, ritenendo manifestamente infondata la questione di costituzionalità di volta in volta proposta in base dell'art. 3 cost., sul presupposto che *“solo nei confronti d[ei] [cittadini europei] [...] si pone l'esigenza di tutelare la libertà di stabilimento nell'ambito dello spazio comunitario, con la conseguente necessaria applicazione dei medesimi diritti e garanzie previste per i cittadini italiani”*.

Di analogo tenore la giurisprudenza europea sul divieto di discriminazione di cui all'art. 18 TFUE, che esclude l'invo-

cazione di tale tutela da parte di soggetti extraeuropei. (26) Peraltro, tale visione restrittiva viene mitigata in talune ipotesi particolari: ad esempio, per quanto riguarda cittadini extraeuropei che sono familiari di un cittadino europeo, ai quali viene riservata una tutela limitata proprio in funzione del legame familiare (27); oppure nel conferimento dello status di soggiornante di lungo periodo ai sensi della direttiva 109 del 2003, al quale si applicano in via equitativa le tutele dell'art. 18 TFUE. (28)

La Corte di Cassazione, decidendo di rimettere la questione alla Corte Costituzionale, pronunciandosi sulla non manifesta infondatezza, ha ritenuto non giustificata la disparità di trattamento tra l'art. 18-bis co. 1 lett. c) e il parallelo art. 19 co. 1 lett. c), che invece non fa distinzioni di sorta circa la nazionalità europea o meno del residente, ai fini della garanzia del rientro nello stato di residenza.

Valutando la sussistenza di elementi idonei a comprovare una certa stabilità del radicamento del (...omissis...) nel nostro paese, quali la presenza di familiari, una residenza ufficiale, la disponibilità di un impiego regolare, ha ritenuto di potersi discostare dalle precedenti pronunce della medesima sezione (29) che hanno, invece, rigettato la medesima questione di costituzionalità, con una ordinanza di rimessione che, visti i numerosi argomenti che sembrano voler anticipare una pronuncia costituzionale, ha buone probabilità di un esito favorevole.

3. Efficacia della decisione dello stato di esecuzione del MAE rispetto allo stato terzo e violazione dei diritti ex art. 6 CEDU ed art. 47 co.2 CDUE da parte dello stato di emissione.

Il secondo caso di cui tratteremo in questo lavoro riguarda un procedimento di esecuzione penale europea che si snoda tra Romania, Repubblica Ceca ed Italia.

Il (...omissis...) è un investitore bancario che, nel biennio 2005/2006, era coinvolto nel processo di privatizzazione energetica dello stato della Romania, facente parte di un progetto di sviluppo governativo.

A seguito di operazioni di sorveglianza poste in essere dal Servizio Rumeno di Intelligence il (...omissis...) veniva coinvolto in un procedimento penale insieme a diversi funzionari pubblici rumeni, nonché altri soggetti privati sia rumeni che stranieri, per i reati di associazione a delinquere transnazionale e spionaggio, in relazione ad operazioni svolte su alcune società pubbliche rumene.

Il predetto veniva condannato con sentenza del dicembre 2013 ad anni nove e mesi sei di reclusione, mentre in secondo grado la pena veniva ridotta ad anni quattro e mesi otto di reclusione a seguito della riqualificazione del delitto di spionaggio in rivelazione di informazioni riservate, con sentenza del gennaio 2015.

In seguito a tale condanna il tribunale di Bucarest emetteva il mandato di arresto europeo (...omissis...) del 28 gennaio 2015 nei confronti della Repubblica Ceca, paese del quale il (...omissis...) è cittadino.

Il tribunale municipale di Praga con sentenza del novembre 2017 negava la consegna del (...omissis...) sulla base dell'art. 205 co. 2 l. 104/2013, disciplina ceca di attuazione dell'art. 4.6 della decisione quadro 2002/584/GAI, in virtù dello status di cittadino del medesimo.

In seguito al passaggio in giudicato di tale decisione, la Romania con atto separato chiedeva il riconoscimento della sentenza di condanna del (...omissis...), da eseguirsi nel paese di cittadinanza come previsto dall'art. 4.6 della decisione quadro 584 del 2002 e dalle norme della decisione quadro 2008/909/GAI.

Tale pronuncia veniva confermata in appello, ma su ulteriore domanda del ricorrente la Corte costituzionale della Repubblica Ceca annullava il decreto di riconoscimento della sen-

tenza di condanna, disponendo la rinnovazione del procedimento, per la violazione del diritto all'equo processo.

Bisogna infatti considerare che, con sentenza del novembre 2018, la Corte Costituzionale rumena aveva accertato l'esistenza di un conflitto giuridico di natura costituzionale tra parlamento e Alta Corte di Cassazione e Giustizia, per avere la seconda composto in maniera illegale i collegi giudicanti, prevedendo un membro fisso a fronte della scelta per estrazione dei componenti disposta dalla legge, con la conseguente nullità dei processi in corso e di quelli ancora impugnabili in via straordinaria.

Con successiva sentenza del gennaio 2019, la medesima Corte confermava un ulteriore conflitto tra l'ufficio del ministero pubblico presso l'Alta Corte ed il Parlamento, avendo accertato l'esistenza di due protocolli d'intesa segreti, del 2009 e del 2016, tra la procura ed i servizi segreti, con i quali era stata disposta la delega a tale ente per le attività di sorveglianza ed acquisizione di intercettazioni non disciplinate dalla legge.

Il (...*omissis*...) era stato condannato sia in primo grado che in appello da una corte composta nel modo irregolare accertato dalla Corte Costituzionale, ed alcuni giudici avevano partecipato ad udienze di entrambi i gradi di giudizio, compromettendo in tal modo il requisito dell'imparzialità ed indipendenza per come viene delineato dall'art. 47 co. 2 della carta dei diritti europea.

Secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, il requisito dell'indipendenza è prodromico alla funzione giurisdizionale, e riguarda sia l'autonomia del singolo magistrato, ossia la sua libertà da pressioni o vincoli gerarchici (30), sia "*l'equidistanza dalle parti [...] e dai loro rispettivi interessi [...]*" (31); come accertato dalle supreme corti rumena e ceca, i collegi dell'Alta Corte competente per i reati "politici" erano composti in maniera arbitraria senza aver seguito la procedura di assegnamento per sorteggio prevista dalla legge rumena (33), con un membro direttivo dell'Alta Corte quale componente "di diritto", il cui ruolo "*[...] può creare una pressione latente sui membri del collegio, consistente nel sottoporre i giudici ai loro superiori giudiziari [...] o [in] una [...] mancanza di desiderio di [...] contraddirli [...]*" (33), con l'ulteriore circostanza che alcuni giudici del collegio di appello erano intervenuti ad udienze istruttorie di primo grado. Oltre a ciò, la condanna era avvenuta sulla base di intercettazioni raccolte e selezionate dai servizi segreti, senza che la difesa potesse acquisirne le trascrizioni integrali. (34)

La disciplina rumena sulle intercettazioni era già stata nel 2007 oggetto di censure da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che aveva evidenziato plurime carenze, quali ad esempio la mancata precisazione nell'autorizzazione della procura delle utenze intercettate, ed il fatto che non vi fosse un controllo esterno circa la veridicità ed affidabilità delle intercettazioni, ma tale compito fosse attribuito allo S.R.I. stesso; secondo la Corte, tali elementi comporterebbero una violazione dell'art. 8 CEDU. (35)

Rientrando nei casi di nullità indicati dalla Corte Costituzionale, il (...*omissis*...) ha proposto l'impugnazione straordinaria, ma la relativa domanda è stata dichiarata inammissibile dall'Alta Corte di Cassazione e Giustizia, per mancato rispetto dei termini di presentazione del gravame.

Nel frattempo, in esecuzione del medesimo MAE n. (...*omissis*...) del 28.01.2015, il (...*omissis*...) veniva tratto in arresto il 2.08.2018 mentre si trovava in Italia, nella città di Rapallo, da agenti della Polizia di Stato.

Nel procedimento di esecuzione del MAE la difesa ha sollevato diversi argomenti a sostegno del rifiuto di consegna del proprio assistito: in primo luogo, veniva sostenuto che il mandato d'arresto emanato dall'autorità rumena aveva esaurito

la propria efficacia, posto che l'arresto del (...*omissis*...) in territorio italiano non è avvenuto in seguito ad una ulteriore e diversa istanza da parte della Romania, bensì a causa della stessa richiesta del gennaio 2015, a cui la Repubblica Ceca aveva opposto rifiuto di consegna procedendo al riconoscimento della sentenza per l'esecuzione nel proprio territorio. La prospettazione difensiva è tale per cui, essendosi già pronunciata l'autorità giudiziaria della Repubblica Ceca in merito alla non consegna, ed avendo attivato il procedimento finalizzato al riconoscimento della sentenza, il mandato di arresto emesso dalla Romania avrebbe esaurito la sua efficacia, e non avrebbe quindi effetto nei confronti dell'Italia, paese terzo rispetto alla procedura originaria.

La questione non è stata ulteriormente sviluppata nel procedimento, visto che la corte d'appello sul punto si è limitata a prendere atto delle argomentazioni della difesa, utilizzando ai fini della decisione una diversa ragione di cui si dirà meglio nel prosieguo.

Si deve sottolineare, peraltro, come sia la difesa che la corte distrettuale diano conto, a fronte dell'asserito esaurimento del MAE rumeno, delle criticità conseguenti alla mancata revoca del provvedimento, quasi ad ammetterne più o meno implicitamente la permanente efficacia.

Secondo l'assunto difensivo, dare esecuzione ad un MAE su cui si è già pronunciata l'autorità di un altro paese determinerebbe non solo la violazione del principio di cooperazione tra stati, incidendo sulla procedura già in corso tra Romania e Repubblica Ceca, ma violerebbe i diritti di cui all'art. 3 e 6 TUE; quest'ultimo articolo, in particolare, è richiamato dalla d.q. 2002/584/GAI, quale ampio riferimento sia ai diritti previsti dalla Carta dell'Unione Europea, sia ai diritti riconosciuti dai singoli stati membri.

Precisamente, si vedrebbe così violato il principio di proporzionalità dell'atto allo scopo prefissato, che sarebbe stato raggiunto con il rifiuto di consegna del tribunale di Praga, e con la successiva instaurazione del procedimento di riconoscimento della sentenza.

Sia la decisione quadro 584 del 2002 sia la disciplina italiana di attuazione nulla dicono al riguardo; è previsto solamente il caso di concorso di mandati d'arresto emessi da due stati diversi con destinatario il medesimo stato di esecuzione, che non ha punti di contatto con la questione del (...*omissis*...).

Per tale motivo, infatti, la difesa ha chiesto in via subordinata alla corte d'appello di Genova il rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per una pronuncia interpretativa ai sensi degli artt. 19 par. 3 lett. b) TUE e 267 TUE.

La corte d'appello non ha stabilito nulla al riguardo, posto che ha deciso per il rifiuto della consegna a motivo delle violazioni subite dal condannato nel procedimento penale tenutosi in Romania.

Se non vi fosse stata questa violazione, viene il dubbio che la corte distrettuale genovese avrebbe potuto procedere alla consegna nei confronti della Romania; dopotutto, il primo stato attinto dal MAE ha opposto un motivo ostativo all'esecuzione, e lo stato di emissione ha richiesto il riconoscimento della propria sentenza di condanna, pertanto in mancanza di norme che espressamente regolino la fattispecie, viene legittimo chiedersi se si fosse dovuto dare esecuzione alla consegna, ma nei confronti dello stato che si è impegnato ad eseguirla, ossia la Repubblica Ceca; oppure se tale stato avrebbe dovuto a sua volta trasmettere un nuovo MAE in base alla sentenza rumena da eseguire in Rep. Ceca.

In realtà, la permanenza del MAE all'interno dell'area Schengen è funzionale ad ottenerne maggiori possibilità di esecuzione; la valutazione circa la proporzionalità dell'atto al suo scopo è esclusivo appannaggio del paese emittente, che può eventualmente ritrarlo nel caso raggiunga l'obiettivo (come

potrebbe darsi nel caso di specie), mentre è preclusa qualsiasi valutazione in tal senso da parte dello stato ricevente, che può solamente opporre uno dei motivi ostativi previsti nell'elenco tassativo di cui alla decisione quadro 584/2002.

Come accennato poc'anzi, la questione principale secondo la corte d'appello, assorbente rispetto alle altre proposte, è costituita dalla violazione dei diritti rientranti nel campo dell'equo processo, come delineati dagli artt. 6 CEDU, 47 co. 2 della carta dei diritti UE, nonché dall'art. 111 della Costituzione italiana.

L'art. 18 co. 1 lett. g) prevede, infatti, che *“la corte di appello rifiuta la consegna [...] se dagli atti risulta che la sentenza irrevocabile, oggetto del mandato di arresto europeo, non sia la conseguenza di un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...]”*

Tale previsione obbliga l'autorità competente a rifiutare la consegna; la corte genovese, avendo accertato sulla base di sentenze della Corte Costituzionale rumena e di quella ceca l'intervenuta violazione dei diritti relativi all'equo processo, ha disposto il rifiuto di consegna del (...omissis...), tenendo anche conto del fatto che al predetto in Romania è stata negata la revisione del processo sulla base di motivi di rito, senza alcuna statuizione nel merito, che costituisce ulteriore elemento di preoccupazione per la tutela dei suoi diritti.

Tale tipologia di sindacato nel merito si innesta, peraltro, sulla copiosa giurisprudenza europea in relazione alla violazione dell'art. 3 CEDU da parte della stessa Romania, per la precarietà delle condizioni carcerarie e del trattamento dei detenuti.

La difesa aveva eccepito la causa ostativa di cui all'art. 18 co. 1 lett. h), che riguarda il pericolo di sottoposizione del detenuto a pene o trattamenti inumani e degradanti; l'assorbimento della questione nel diverso motivo di rifiuto seguito dalla corte d'appello non preclude alcune considerazioni sul punto.

La precarietà sistemica della condizione carceraria in Romania è accertata da plurime fonti attendibili, tra le quali, oltre alle numerose sentenze CEDU, spicca il recente report (36) del marzo 2019 del Comitato Europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, facente capo al Consiglio Europeo, che a seguito di una ispezione del 2018 in diverse carceri rumene ha evidenziato la permanenza di violazioni in relazione alle strutture nonché al trattamento dei detenuti, a fronte di precedenti raccomandazioni sul punto.

Nel corso della procedura relativa al MAE, la corte d'appello ha richiesto specifiche informazioni sulle modalità di esecuzione della pena che avrebbe intrapreso il (...omissis...) in caso di consegna, senza peraltro ricevere alcuna risposta per circa un anno e mezzo.

Ci si chiede sul punto quale debba essere la valutazione della corte, avendo da un lato documenti ufficiali circa la violazione delle condizioni minime di detenzione, e dall'altro senza alcuna garanzia da parte dello stato che richiede la consegna circa la tutela del condannato.

Sul delicato equilibrio tra la cooperazione giudiziaria e la tutela dei diritti si è espressa la Corte di Giustizia nella sentenza Dorobantu del 2018: *“Le autorità giudiziarie dell'esecuzione possono dunque, in linea di principio, rifiutare di eseguire un [...] mandato solo per i motivi di non esecuzione, tassativamente elencati, previsti dalla decisione quadro 2002/584 e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo può essere subordinata esclusivamente a taluna delle condizioni tassativamente previste dall'articolo 5 della decisione stessa. Mentre l'esecuzione del mandato d'arresto europeo costituisce il principio, il rifiuto di esecuzione è concepito come un'eccezione, la quale deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva.*

Ciò non toglie che la Corte ha altresì ammesso che ulteriori limitazioni ai principi del riconoscimento e della fiducia reciproci tra

Stati membri possono essere apportate «in circostanze eccezionali» (37)

Per quanto riguarda la portata del controllo giurisdizionale, la Corte europea ha ritenuto che *“l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve operare, per quanto riguarda le condizioni di detenzione nello Stato membro emittente, al fine di valutare l'esistenza di seri e comprovati motivi che facciano ritenere che, a seguito della consegna a tale Stato membro, la persona interessata dal mandato d'arresto europeo correrà un rischio reale di essere sottoposta, in quello Stato, ad un trattamento inumano o degradante, deve fondarsi su una valutazione complessiva delle condizioni materiali di detenzione pertinenti.”*

Ad avviso della Corte, peraltro, un controllo generalizzato sul sistema penitenziario di un determinato stato non può essere fatto nel termine di cui all'art. 17 della D.Q. 2002/584/GAI; l'autorità competente dovrà pertanto limitarsi a verificare gli elementi di cui è a conoscenza, oppure ricevuti in sede di informazioni integrative. (38)

La Corte di Cassazione, sul punto, richiamando la giurisprudenza europea, ha stabilito che per attivare il motivo ostativo legato alle pene inumane o degradanti, l'autorità competente debba basarsi su elementi oggettivi, attendibili ed aggiornati sulle condizioni di detenzione nello stato di consegna, tali da comportare (come sembra avvenire nel caso della Romania) una violazione sistemica degli standard minimi di detenzione ai fini del rispetto dell'art. 3 CEDU e della Carta dei diritti dell'Unione Europea. (39)

La procedura delineata dal combinato disposto degli articoli 16 e 6 co. 6 della l. 69/2005 prevede che, inviata la richiesta di informazioni complementari, decorso il termine di trenta giorni, la corte d'appello disponga il rifiuto della consegna.

Tale meccanismo prevede quindi che, a fronte di elementi gravi in grado di ribaltare la presunzione di comune rispetto dei diritti posto a base della decisione quadro 584 del 2002, nel caso di condizioni detentive lesive dei diritti dei detenuti, vi sia un favor nei confronti del soggetto richiesto in consegna; tale procedura trascende in parte dalle indicazioni della sentenza Dorobantu, imponendo un controllo effettivo sulle situazioni carcerarie che possano comportare violazioni di diritti.

Analogo ragionamento ha svolto la corte di appello, che ha ritenuto, nella diversa ipotesi della grave violazione dei diritti legati all'equo processo, in presenza di accertamenti ufficiali della lesione intervenuta, di decidere a favore del consegnando, apponendo il proprio rifiuto all'esecuzione dell'euromandato.

Tale esito è peraltro comprensibile, stante l'accertamento da parte delle sentenze delle corti superiori straniere circa la violazione diffusa dei diritti degli imputati, configurando una situazione parzialmente diversa rispetto a quella delineata dalla sentenza Dorobantu, che ha espresso riserve di opportunità, anche legata agli stringenti termini temporali della procedura del MAE, per svolgere gli accertamenti; nel caso di specie, la corte non ha dovuto svolgere accertamenti capillari ma si è trovata davanti ad un caso di radicale violazione dei diritti del soggetto richiesto in consegna, ed ha quindi deciso conformemente al quadro normativo in materia di cooperazione giudiziaria.

Valter Semino

Note.

- (1) Cfr. Decisione Quadro 2002/584/GAI, considerando n. 2
- (2) Cfr. Decisione Quadro 2002/584/GAI, considerando n. 5
- (3) Cfr. Decisione Quadro 2002/584/GAI, considerando n. 8
- (4) Cfr. Decisione Quadro 2002/584/GAI, considerando n. 12-13 nonché art. 1 co. 3
- (5) Cfr. Decisione Quadro 2002/584/GAI, art. 3
- (6) Ai sensi dell'art. 22 co.1 l. 69/2005, la Corte di Cassazione investita del ricorso sul MAE decide anche nel merito.
- (7) Cfr. Art. 18 co. 1 lett. s) l. 69/2009; nell'atto la difesa faceva riferi-

mento alla lettera r), che nelle more del procedimento è stata eliminata e sostituita dalla lettera s), avente identico contenuto, in seguito all'entrata in vigore del Dlgs. 117/2019.

(8) Cfr. Cassazione penale sez. I, n. 53793/2014, in DeJure, banche dati editoriali GFL

(9) Corte cost. 112/2019 citata dalla difesa tratta di sanzioni amministrative in materia di intermediazione finanziaria e confisca per equivalente.

(10) Cfr. CGUE C-537/16, Garlsson Real Estate SA et al., punti 48 e 56, in curia.europa.eu

(11) Cfr. Cassazione civile, sezioni unite, sentenza n. 16601/2017, in DeJure, banche dati editoriali GFL

(12) Cfr. Considerando n. 10 decisione quadro 2002/584/GAI

(13) Nella sentenza della corte d'appello, così come nei diversi atti del procedimento, è indicato l'art. 18 co. 1 lett. r), ma nelle more del giudizio è intervenuto il Dlgs. 117/2019 che ne ha ampliato il contenuto, disciplinato ora dall'art. 18-bis co. 1 lett. c).

(14) <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/enlargement/albania/>.

(15) Cfr. Cassazione penale, ordinanza n. 298 del 15.07.2009, punto 5, in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n.50 del 16/12/2009

(16) Cfr. Cassazione penale, ord. n. 298/2009, punto 2, penultimo cpv, in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n.50 del 16/12/2009

(17) Cfr., tra le altre, Cassazione penale, sez. VI, n. 21669/2007, Kabrine; Cassazione penale, sez. VI, n. 1421/2009, Markovic, entrambe in DeJure, banche dati editoriali GFL

(18) Procura Generale presso la Corte d'Appello di Genova, ricorso per cassazione del 14.01.2020.

(19) La Corte d'Appello cita sul punto la sentenza C-66/08, Kozlowski, resa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia europea, che ha fornito l'interpretazione di "residenza" ai fini dell'art. 4.6 della decisione quadro 2002/584/GAI, in eur-lex.europa.eu

(20) Cassazione penale, sez. VI, n. 7214/2019 in DeJure, banche dati editoriali GFL

(21) Cfr., fra le più recenti, Cass. penale, sez. VI n. 5225/2017, n. 58118/2017, n. 29290/2018, n. 7214/2019, in DeJure, banche dati editoriali GFL

(22) Cfr. Cassazione penale n. 53/2015 Rodica, in renatodisa.com; Cassazione penale n. 8439/2018 Ciociu, n. 7801/2018 Stinga, in DeJure, banche dati editoriali GFL

(23) Cfr. CGUE n. C-66/08, Kozlowski, in eur-lex.europa.eu

(24) Cfr. Corte cost. n. 110/2012, n. 49/2015, n. 36/2016, in Consulta Online, giurcost.org

(25) Cfr. Cassazione penale sez. VI, n. 7214/2019, n. 45190/2019, n. 5225/2017, in DeJure, banche dati editoriali GFL

(26) Cfr. CGUE n. C-22/08 e C-23/08, in eur-lex.europa.eu

(27) Cfr. CGUE n. C-83/11 e C-40/11, in eur-lex.europa.eu

(28) Cfr. CGUE n. C-571/10, in eur-lex.europa.eu

(29) Effettuando un revirement che, tra l'altro, avrebbe forse potuto comportare la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 co.1 c.p.p., visto il consolidato orientamento contrario della medesima sezione, che si era nuovamente espressa per il rigetto della questione di costituzionalità poco tempo prima dell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.

(30) Cfr. CGUE n. C-64/16, in eur-lex.europa.eu

(31) Cfr. CGUE n. C-506/04, in eur-lex.europa.eu

(32) Cfr. Corte EDU n. 36661/07 e n. 38433/07 del 12.04.2018, in federalismi.it, secondo cui la designazione di un giudice in violazione del codice di procedura penale costituisce ulteriore violazione dell'art. 6 CEDU.

(33) Estratto traduzione sentenza n. 685/2018 della Corte Costituzionale della Romania, come riportato nella memoria difensiva.

(34) Tale circostanza è stata anche oggetto della risoluzione del Parlamento Europeo del 13.11.2018 n. P8_TA(2018)0446, nella quale lo stato della Romania veniva invitato a predisporre un controllo giuridico sulle cooperazioni istituzionali, esprimendo preoccupazione per l'ingerenza dell'intelligence sulla magistratura.

(35) Cfr. Corte EDU, Popescu c. Romania, 26/04/2017, in curia.europa.eu

(36) "Romania: Council of Europe anti-torture committee raises concerns over abuse of prisoners by staff, inter-prisoner violence and allegations of police ill-treatment", consultabile in lingua inglese all'indirizzo: <https://www.coe.int/en/web/cpt-/romania-council-of-europe-anti-torture-committee-raises-concerns-over-abuse-of-prisoners-by-staff-inter-prisoner-violence-and-allegations-of-police-ill-treatment>.

(37) Cfr. CGUE C-128/18, Dorobantu, in eur-lex.europa.eu

(38) Cfr. CGUE C-128/18, Dorobantu, punto 66, in eur-lex.europa.eu

(39) Cfr. Cassazione penale, sentenza n. 23277/2016, in DeJure, banche dati editoriali GFL; sul punto la corte di legittimità ha richiamato le indicazioni della Corte di Strasburgo - cfr. CGUE n. C-404/15, C-659/15, in curia.europa.eu