

Guida al Diritto

Settimanale di approfondimento giuridico



12 ▾ | SANITÀ E BIOETICA

Bigenitorialità ai tempi del Covid-19:
il rebus sugli "spostamenti congelati"

14 ▾ | SANITÀ E BIOETICA

Coronavirus: alla ricerca di punti fermi
tra regole, ordinanze e provvedimenti

26 ▾ | SANITÀ E BIOETICA

Decreti amministrativi contro il rischio contagio:
obbligo di quarantena per il bracciante agricolo

66 ▾ | REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

Attività di tipo mafioso applicabile al concorrente
se questo è consapevole dell'altrui finalità criminale

100 ▾ | CONDOMINIO

Per la Corte di giustizia uno Stato può decidere se applicare
regole a tutela dei consumatori anche al condominio

Il Sole
24 ORE

Periodico settimanale /
Anno XXVII / n. 18
Poste Italiane Spa /
Sped. in A.P. /
D.L. 353/2003 conv. L. 46 /
2004, art. 1, c. 1 /
DCB Roma



CORONA VIRUS

Misure per il lavoro, le imprese e i professionisti DL 18/2020 Cura Italia

Dal Sole 24 Ore la Guida per le esigenze di professionisti e imprese in una stagione senza precedenti.

Un vero e proprio manuale in continuo aggiornamento per seguire passo per passo l'evoluzione normativa nell'epoca del coronavirus.

Chi acquista il fascicolo, che riporta spiegazioni e approfondimenti sul decreto legge Cura Italia, avrà infatti la possibilità di accedere a un'area informativa dove il Gruppo 24 Ore, giorno per giorno, seguirà l'evoluzione normativa di questa fase assai difficile.

Il Gruppo mette a disposizione di tutti gli acquirenti lo Speciale on line "Emergenza Coronavirus", una raccolta organica e sempre aggiornata di tutti i provvedimenti normativi, i chiarimenti ufficiali, i commenti e le risposte degli esperti relativi agli aspetti fiscali e lavoristici, quotidianamente aggiornato fino alla fine dell'emergenza.

IN EDICOLA DAL

3

APRILE

CON IL SOLE 24 ORE A

9,90*€

*Oltre al prezzo del quotidiano

OPPURE ONLINE:

offerte.ilssole24ore.com/coronacuraitalia

OFFERTA VALIDA IN ITALIA FINO AL 18 MAGGIO 2020

Il Sole

24 ORE

Nel “cantiere” di «Guida» si punta all’innovazione

Cari Lettori,

oggi avete ricevuto - sia in forma cartacea, che nella derivazione elettronica - una nuova «Guida al Diritto», rinnovata completamente nella sua veste grafica e in alcune sue parti. Si è aperto così un “cantiere” di innovazioni - in linea con gli impegni da noi assunti lo scorso anno al momento della predisposizione della nuova offerta agli abbonati - che continuerà per tutto il 2020.

In verità, proviamo un senso di imbarazzo a parlare di noi in un’“ora buia” per il Paese e per gli operatori della giustizia alle prese - sul piano personale e professionale - con uno degli scenari peggiori che gli accadimenti della vita umana possono riservare.

Cosa vogliamo fare in sintesi anche in presenza di una situazione oggettivamente difficile? Vogliamo migliorare il nostro prodotto cartaceo, renderlo sempre più appetibile e di qualità e cambiare nello stesso tempo, profondamente, tutta l’offerta digitale per arrivare a un unico punto di accesso per i nostri Lettori.

Siamo, dunque, al primo atto di un “restyling” che intende muoversi nel segno della continuità e che sarà caratterizzato da ammodernamenti, aggiustamenti e “limature” che si vedranno man mano nei prossimi mesi. Insomma, intendiamo fare questo percorso nella modernità insieme a voi e nella coscienza del patrimonio di credibilità costruito in questi anni.

Di sicuro tra le prime scelte fatte con la nuova «Guida al Diritto» colpisce senz’altro la veste grafica, che nei nostri intenti non significa solo un semplice “cambio di abito”, ma vuole assicurare dunque una migliore valorizzazione dell’informazione di servizio. In tal senso, la scelta “dirompente” è quella di aver abbandonato la tanto amata “carta rosa” - nostro “imprinting genetico” che ci ha contraddistinto in questi ventisette anni di vita - per approdare alla “carta bianca”, più consistente e più ariosa e leggibile in un formato che appare più maneggevole. Eppoi, abbiamo cercato di rendere più rapido e accurato il percorso di lettura con le “bandiere” laterali che “marcano” nella consultazione i settori del diritto e più fruibile il “sommario” e l’“indice analitico”, in modo da agevolare la ricerca degli argomenti. Di non poco conto, inoltre, è il considerevole aumento del numero delle segnalazioni dei principi giurisprudenziali grazie all’incremento delle massime della Cassazione e dei tribunali di merito, nel tentativo di assicurare una “mappatura” oggettiva e completa degli orientamenti. Ci sforzeremo, infine, nel corso delle settimane di sintetizzare sempre più le informazioni, con schemi e tabelle e percorsi di lettura. Abbiamo bisogno del vostro aiuto e del vostro sostegno continuo, perché da questo “cantiere” aperto si potranno generare notizie e approfondimenti “certificati” e affidabili per magistrati e avvocati.

**Numero chiuso in remoto
dalla redazione l’8 aprile 2020
nel rispetto dei Dpcm
8 marzo 2020, 9 marzo 2020
e 11 marzo 2020, articolo 1,
nn. 7, 9 e 10
e 22 marzo 2020, articolo 1,
lettere a), d) ed e)**



Per l’informazione in tempo reale
www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

La Redazione

Sommario

PRIMO PIANO

» pag 11

EDITORIALE

SANITÀ E BIOETICA

Bigenitorialità ai tempi del Covid-19: il rebus sugli "spostamenti congelati"

di Marino Maglietta

» PAG 12

GIURISPRUDENZA

SANITÀ E BIOETICA

LE NOVITÀ

Coronavirus: alla ricerca di punti fermi tra regole, ordinanze e provvedimenti

di Simona Gatti

» PAG 14

IL TESTO DELL'ORDINANZA

L'emergenza interrompe i legami genitori-figli, serve aiuto assistenziale tramite le video chiamate

Tribunale ordinario di Terni - Ordinanza 30 marzo 2020

» PAG 15

IL COMMENTO

Soluzioni alternative per garantire la continuità

di Paolo Bruno

» PAG 18

IL TESTO DELL'ORDINANZA

Fino al termine del 3 aprile 2020 diritto di visita paterno esercitabile via Skype

Tribunale di Bari - Ordinanza 26 marzo 2020

» PAG 21

IL TESTO DEL DOCUMENTO

Una guida dell'Uncc sui rapporti familiari: dalla frequentazione ai viaggi della baby-sitter

Unione nazionale camere civili - Commissione famiglia - Riflessioni sulla gestione dei rapporti tra genitori e figli in relazione alla emergenza COVID-19 - Roma, 5 aprile 2020

» PAG 22

IL COMMENTO

Il fine è prevenire i contrasti nel rispetto del minore

di Marina Crisafi

» PAG 24

IL TESTO DEL DECRETO

Decreti amministrativi contro il rischio contagio: obbligo di quarantena per il bracciante agricolo

Consiglio di Stato - Sezione III - Decreto 30 marzo 2020 n. 1553

» PAG 26

IL COMMENTO

Giudici in prima linea sulle richieste di tutela

di Davide Ponte

» PAG 28

IL COMMENTO

Tra salute ed economia priorità assoluta alla prima

di Davide Ponte

» PAG 32

IL DPCM - COMMENTO

Contenimento fino al 13 aprile con una nuova stretta sullo sport

Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2020 - Commento *di Giuseppe Buffone*

» PAG 37

LA SETTIMANA NELLE CORTI

Motivi di salute non possono impedire il beneficio della messa alla prova

di Andrea Alberto Moramarco

» PAG 38

CIVILE

» pag 39

GIURISPRUDENZA

SEPARAZIONE E DIVORZIO

IL TESTO DELLA SENTENZA

Se in una separazione con negoziazione assistita si trasferiscono diritti reali serve un atto notarile

Corte di cassazione - Sezione II civile - Sentenza 11 luglio 2019-21 gennaio 2020 n. 1202

» PAG 40

IL COMMENTO

Ha portata generale la norma sull'autentica delle sottoscrizioni

di Marcella Fiorini

» PAG 47

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

IL MASSIMARIO

Rassegna delle massime della Cassazione civile
a cura di Mario Finocchiaro e Mario Piselli

» PAG 52

Rassegna delle massime dei giudici di merito

a cura di Andrea Alberto Moramarco

» PAG 62

PENALE

» pag 65

GIURISPRUDENZA**REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO**

IL TESTO DELLA SENTENZA

Attività di tipo mafioso applicabile al concorrente se questo è consapevole dell'altrui finalità criminale

Corte di cassazione - Sezioni Unite penali - Sentenza 19 dicembre 2019-3 marzo 2020 n. 8545
» PAG 66

IL COMMENTO

La Cassazione fa chiarezza sull'aggravante agevolatrice di Giuseppe Amato
» PAG 76

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA**IL MASSIMARIO**

Rassegna delle massime della Cassazione penale
a cura di Giuseppe Amato
» PAG 79

Rassegna delle massime dei giudici di merito
a cura di Andrea Alberto Moramarco
» PAG 83

AMMINISTRATIVO

» pag 87

GIURISPRUDENZA**PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

IL TESTO DELLA SENTENZA

Associazioni di utenti legittimate a ricorrere per interessi collettivi non specificati dalla legge

Consiglio di Stato - Adunanza plenaria - Sentenza 11 dicembre 2019-20 febbraio 2020 n. 6
» PAG 88

IL COMMENTO

Non va tradita la ratio del legislatore da "diktat" troppo restrittivi
di Giulia Laddaga
» PAG 95

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA**IL MASSIMARIO**

La rassegna delle massime dei giudici amministrativi
di Giulia Laddaga
» PAG 98

COMUNITARIO

» pag 99

GIURISPRUDENZA**CONDOMINIO**

IL COMMENTO

Per la Corte di giustizia uno Stato può decidere se applicare regole a tutela dei consumatori anche al condominio

Corte di giustizia dell'Unione europea - Sezione I - Sentenza 2 aprile 2020 - Causa C-329/19 - Commento
di Marina Castellaneta
» PAG 100

Indice Analitico

LEGISLAZIONE

SANITÀ E BIOETICA

Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale.

(Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° aprile 2020 - Commento)

» PAG. 37

DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

ADOZIONE E AFFIDAMENTO

Adozione - Adozione in genere - Adozione legittimante - Accertamento giurisdizionale - Articolazione - Diversità degli oggetti - Conseguenze - Adozione in casi particolari - Caratteristiche. *(Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 8, 27, 44 e 46)*

» PAG. 53

Adozione - Adozione legittimante - *Extrema ratio* - Conseguenze - Assenza di qualsiasi interesse a conservare una relazione con i genitori biologici. *(Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 1, 8 e 27)*

» PAG. 53

Adozione - Stato di adottabilità - Condizione di abbandono - Condizioni - Conseguenze -

Recisione di qualsiasi rapporto con i genitori biologici - Esclusione.

(Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 7, 8 e 27)

» PAG. 53

Adozione - Stato di adottabilità - Condizioni - Presupposti.

(Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 1, 7 e 8)

» PAG. 54

CIRCOLAZIONE STRADALE

Codice della strada - Responsabilità e risarcimento - Presunzione di colpa del veicolo investitore - Limiti - Conseguenze.

(Cc, articoli 1227 e 2054)

» PAG. 54

CONDOMINIO

Tabelle millesimali - Modifica - Impossibilità di procedere alla revisione - Requisiti richiesti.

(Cc, articoli 1118 e 1123; Disposizioni di attuazione del Cc, articoli 68 e 69)

» PAG. 62

CONTRATTO

Nullità - Nullità ex articolo 47 del Dpr 380/2001 e articoli 17 e 40 della legge n. 47 del 1985 - Nullità testuale - Conseguenze - Dichiarazione dell'alienante del titolo urbanistico riferibile all'immobile - Sufficienza.

(Cc, articolo 1418; legge 28 febbraio 1985 n. 47, articoli 17 e 40;

Dpr 6 giugno 2001 n. 380, articolo 46)

» PAG. 54

Rappresentanza - *Falsus procurator* - Stipulazione del contratto - Negoziato in stato di pendenza - Ratifica - Modalità.

(Cc, articolo 1398 e 1399)

» PAG. 63

CONTRATTO DI LEASING

Locazione finanziaria - Risoluzione per inadempimento - Inadempimento del compratore ex articolo 1525 del Cc - Operatività limitatamente per la vendita a rate con riserva di proprietà.

(Cc, articoli 1453, 1456 e 1525)

» PAG. 62

EDILIZIA E URBANISTICA

Violazioni - Sanzioni - Immobili privi della concessione edificatoria - Atti dispositivi - Nullità -

In caso di contratti con efficacia obbligatoria - Esclusione.

(Cc, articoli 1351 e 1418; legge 28 febbraio 1985 n. 47, articolo 40)

» PAG. 54

FALLIMENTO

Azione revocatoria - Atti esclusi - Atti esecutivi di un piano attestato di risanamento a norma dell'articolo 67, comma 3, lettera d), della legge Fallimentare - Poteri del giudice - Conseguenze - Fattispecie.

(Regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, articolo 67; decreto legge 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 14 agosto 2012 n. 134, articolo 33)

» PAG. 54

Concordato preventivo - Cessione beni ai creditori - Vendita dei beni - Decreto del giudice delegato - Reclamo - Provvedimento del tribunale - Ricorso straordinario per cassazione - Ammissibilità.
(Costituzione, articolo 111; Cpc, articoli 617 e 618; regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, articoli 26 e 182)
» PAG. 55

Decreti - Ricorso straordinario per cassazione - Termine - Decorrenza - Comunicazione del provvedimento alla parte.
(Costituzione, articolo 111; Cpc, articolo 136; disposizioni di attuazione del Cpc, articolo 45; regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, articolo 26)
» PAG. 55

Decreti - Ricorso straordinario per cassazione - Termine - Sospensione nel periodo feriale - Esclusione - Applicazione del principio in ambito concordatario.
(Costituzione, articolo 111; Cpc, articoli 615 e 617; regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12, articolo 92; regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, articoli 26, 36-bis e 182; legge 7 ottobre 1969 n. 742, articolo 3)
» PAG. 55

Revocatoria fallimentare - Presupposto soggettivo - Scientia decoctionis - Prova - Elementi necessari.
(Cc, articoli 2727 e 2729; Rd 267/1942)
» PAG. 63

GIURISDIZIONE

Domande poste dagli investitori nei confronti di Banca d'Italia e Consob - Per mancata o inadeguata vigilanza - Giurisdizione ordinaria - Sussiste.
(Cc, articolo 2043; Dlgs 80/1998, articoli 33 e 34)
» PAG. 52

MARCHI E BREVETTI

Marchio complesso - Inclusione dell'unico elemento di un marchio semplice precedentemente registrato - Contraffazione - Conseguenze.
(Cc, articolo 2569)
» PAG. 56

OBBLIGAZIONI

Pagamento prestazioni - Azienda sanitaria - Farmacista - Ritardo - Interessi - Computo al tasso legale - Fonte legale e amministrativa - Inapplicabilità del Dlgs n. 231/2002.
(Cc, articolo 1284, comma 1; Dlgs 502/1992, articolo 8, comma 2)
» PAG. 63

PROPRIETÀ

Accessione - Alluvione - Terreni abbandonati da acque correnti - Alveo abbandonato - Regime anteriore alla legge n. 37 del 1994.
(Cc, articoli 941, 942, 944, 946 e 947; legge 5 gennaio 1994 n. 37)
» PAG. 56

Accessione - Alveo abbandonato - Mutamento del letto del fiume - Legge n. 37 del 1994 - Efficacia retroattiva - Esclusione.
(Cc, articoli 946 e 947; legge 5 gennaio 1994 n. 37, articoli 3 e 4)
» PAG. 56

Accessione - Fluviale - Presupposti - Regime anteriore alla legge n. 37 del 1994.
(Cc, articoli 942 e 947; legge 5 gennaio 1994 n. 37)
» PAG. 56

Regolamento di confini - Finalità - Poteri del giudice - Mezzi di prova - Mappe catastali - Carattere meramente sussidiario.
(Cc, articolo 950)
» PAG. 63

PROVA CIVILE

Consulenza tecnica - D'ufficio - Compenso - Liquidazione - Opposizione - Litisconsorzio - Consulente in materia penale.
(Cpc, articolo 102; Cpp, articolo 535; Dpr 30 maggio 2002 n. 115, articoli 4, 5 e 170)
» PAG. 56

Prova - Prova documentale - Scritti provenienti da un terzo - Valore probatorio.
(Cc, articolo 2702; Cpc, articolo 214)
» PAG. 57

Prova - Prova documentale - Scrittura privata - Riconoscimento - Effetti - Limiti.

(Cc, articoli 2702 e 2703; Cpc, articoli 214, 215, 216 e 221)
» PAG. 57

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Responsabilità della Pa - In genere - Minore disabile - Danni non patrimoniali - Fruizione durante l'orario scolastico di un numero di ore di didattica di sostegno inferiore a quello necessario - Giurisdizione del giudice ordinario.
(Cpa, articolo 133; legge 5 febbraio 1992 n. 104, articolo 1)
» PAG. 57

RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

Conservazione della garanzia patrimoniale - Azione revocatoria - Contratto definitivo - Compravendita - *Eventus damni* per il creditore - Elemento soggettivo in capo all'acquirente - Diverso momento rilevante.
(Cc, articoli 1351 e 2901)
» PAG. 57

Conservazione della garanzia patrimoniale - Azione revocatoria - Contratto preliminare - Esclusione - Definitivo conseguente - Ammissibilità - Condizioni.
(Cc, articoli 1351 e 2901)
» PAG. 57

Responsabilità extracontrattuale - Sinistro provocato da fauna selvatica - Assenza segnaletica di pericolo - Responsabilità della Regione - Fattispecie.
(Cc, articolo 2043; Legge 157/1992, articolo 19, comma 2)
» PAG. 63

Risarcimento del danno non patrimoniale - Riferimento ai valori contenuti nelle Tabelle del Tribunale di Milano - Necessità di procedere a una personalizzazione del risarcimento - Onere della prova gravante sul danneggiato - Fattispecie.
(Cc, articolo 2049)
» PAG. 64

RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

Avvocato - Responsabilità - Sussistenza - Imperizia - Ignoranza

o violazione di disposizioni di legge - Questioni giuridiche prive di opinabilità - Scelta processuale - Valutazione del giudice *ex ante* - Fattispecie.
(Cc, articolo 1176, comma 2, e 1218)
» PAG. 64

RICORSO

Ricorso per cassazione - Contenuto - Elementi indispensabili a costituire la ragioni per cui si chiede l a cassazione - Esposizione - Necessità.
(Cpc, articoli 360 e 366)
» PAG. 58

Ricorso per cassazione - Contenuto - Vizi, carenze - Sanatoria - Memoria ex articolo 380-bis del Cpc - Esclusione - Querela di falso.
(Cpc, articoli 360, 366, 378 e 380-bis)
» PAG. 58

Ricorso per cassazione - Improcedibilità - Deposito copia autentica della sentenza impugnata e della istanza di trasmissione del fascicolo di ufficio - Menzione del loro deposito nel ricorso - Necessità - Esclusione.
(Cpc, articolo 369)
» PAG. 58

Ricorso per cassazione - Motivi - Articolazione del motivo in più profili di doglianza - Ammissibilità - Condizioni.
(Cpc, articolo 360)
» PAG. 58

Ricorso per cassazione - Motivi - Mancato esame di un documento - Denuncia - Condizioni - Limiti.
(Cpc, articoli 116 e 360)
» PAG. 58

Ricorso per cassazione - Motivi - Omessa ammissione prova - Denuncia in cassazione - Condizioni - Limiti.
(Cpc, articolo 360)
» PAG. 59

Ricorso per cassazione - Motivi - Omessa pronuncia - Condizioni - Limiti.
(Cpc, articoli 112 e 360)
» PAG. 59

Ricorso per cassazione - Motivi - Omessa pronuncia - Poteri della Cassazione.
(Costituzione, articolo 111; Cpc, articoli 112, 360 e 384)
» PAG. 59

Ricorso per cassazione - Motivi - Omesso esame di un documento - Formulazione - Modo specifico - Necessità - Conseguenze - Fattispecie.
(Cpc, articoli 360 e 366)
» PAG. 59

Ricorso per cassazione - Motivi - Questione implicante accertamento in fatto - Totale obliterazione da parte del giudice del merito - Denuncia - Onere del ricorrente - Contenuto.
(Cpc, articoli 360 e 366)
» PAG. 59

Ricorso per cassazione - Motivi - Questioni ritenute assorbite - Inammissibilità - Difetto di interesse.
(Cpc, articoli 100 e 360)
» PAG. 59

Ricorso per cassazione - Motivi - Valutazione volontà negoziale - Errore di diritto, vizio logico - Onere del ricorrente - Contenuto.
(Cc articolo 1362; Cpc, articoli 360 e 366)
» PAG. 59

Ricorso per cassazione - Motivi - Violazione dell'articolo 2697 del Cc - Condizioni - Limiti.
(Cc, articolo 2697; Cpc, articolo 360)
» PAG. 60

Ricorso per cassazione - Motivi - Violazione articoli 115 e 116 del Cpc - Erronea valutazione materiale probatorio - Esclusione.
(Cpc, articoli 115, 116 e 360)
» PAG. 60

Ricorso per cassazione - Poteri della cassazione - Ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza impugnata - Sindacato - Esclusione - Conseguenze.
(Cpc, articolo 360)
» PAG. 60

SANITÀ E BIOETICA

Separazione e divorzio - Separazione - Affidamento dei figli - Istanza volta a ripristinare i contatti tra genitore non affidatario e figli - Urgenza ai sensi dell'articolo 83, comma 3, lettera a), del Dl 18/2020 - Modalità alternative - Contatti da remoto con video chiamate alla presenza dell'operatore socioassistenziale.
(Dl 18/2020, articolo 83, comma 3, lettera a)
» PAG. 15

Separazione e divorzio - Divieto spostamenti comune diverso da quello di residenza - Figli minori - Incontri padre figlio - Istanza sospensione - Accoglimento - Esercizio visite tramite strumento di video chiamata.
(Dl 18/2020, articolo 83, comma 3, lettera a)
» PAG. 21

SENTENZA CIVILE

Sentenza civile in genere - Effetti circa il dedotto e il deducibile relativo allo stesso oggetto - Ammissibilità.
(Cc, articolo 2909; Cpc, articolo 324)
» PAG. 52

Sentenza civile in genere - Pronuncia secondo diritto - Ricerca delle fonti di diritto applicabili alla fattispecie - Obbligo del giudice - Limiti.
(Preleggi, articolo 1; Cpc, articolo 113)
» PAG. 60

Sentenza civile in genere - Sentenze della terza via - Divieto - Condizioni - Limiti.
(Cpc articoli 101, 132 e 279)
» PAG. 60

SEPARAZIONE E DIVORZIO

Assegno di divorzio - Spettanza - Accertamento del giudice del merito - Contenuto - Quantificazione.
(Legge 1° dicembre 1970 n. 898, articolo 5; legge 6 marzo 1987 n. 74)
» PAG. 60

Mantenimento dei figli - Figli maggiorenni - Raggiungimento della autonomia economica -

Domanda di ripetizione - Ammissibilità.
(Cc, articoli 2033, 445 e 447; Cpc, articolo 545; legge 1° dicembre 1970 n. 898, articolo 6; decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154, articolo 98)
» PAG. 61

Modifica delle condizioni della separazione - Procedimento - Caratteristiche - Rispetto delle regole del contraddittorio - Diritto delle parti a un termine per presentare scritti difensivi - Esclusione.
(Cpc, articolo 710)
» PAG. 61

Separazione personale dei coniugi - Negoziazione assistita ex articolo 6 del Dl n. 132 del 2014 - Accordo - Contenente trasferimento di diritti reali immobiliari - Trascrizione nei registri immobiliari - Autentica minore - Inidoneità - Autentica formale ex articoli 2703 del codice civile e articoli 62 e 72 della legge n. 89 del 1913 - Necessità.
(Cc, articolo 2703; legge 16 febbraio 1913 n. 89, articoli 62 e 72)
» PAG. 40

SOCIETÀ E IMPRESE

Scioglimento e liquidazione - Cancellazione dal registro delle imprese - D'ufficio - Venir meno delle pretese avanzate dalla società - Esclusione.
(Cc, articoli 1218, 2490 e 2495)
» PAG. 61

VENDITA

Garanzia - Vizi - Denuncia - Tempestività - Difetto di motivazione - Motivo di ricorso per cassazione - Onere della parte.
(Cc, articolo 1495; Cpc, articoli 360 e 366)
» PAG. 61

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

IMPUTATO

Assenza dell'imputato - Presupposti - Conoscenza effettiva del procedimento - Desumibilità dalla

conoscenza di un atto posto in essere d'iniziativa dalla polizia giudiziaria prima dell'instaurazione del procedimento - Esclusione.
(Ccp, articolo 420-bis)
» PAG. 80

MAFIA

Associazione di tipo mafioso - Concorso esterno - Effetti della sentenza Cedu nel caso Contrada - Limiti.
(Cp, articoli 110 e 416-bis)
» PAG. 80

Associazione di tipo mafioso - Organizzazioni "non tradizionali" - Caratteristiche strutturali - Fattispecie.
(Cp, articolo 416-bis)
» PAG. 79

PROCESSO PENALE

Deposizione della persona offesa - Differenza rispetto alla deposizione del semplice testimone - Valutazione delle dichiarazioni rese - Attendibilità - Fattispecie.
(Ccp, articolo 194; Cp, articolo 582)
» PAG. 83

PROVA PENALE

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Valutazione della prova - Contenuto delle intercettazioni - Competenza del giudice di merito - Apprezzamento del significato criptico delle espressioni utilizzate.
(Ccp, articoli 187 e seguenti, 266 e 606)
» PAG. 80

REATI CONTRO IL PATRIMONIO

Delitto di truffa - Delitto di insolvenza fraudolenta - Elementi distintivi - Fattispecie.
(Cp, articoli 640 e 641)
» PAG. 84

REATI CONTRO LA FAMIGLIA

Obblighi di assistenza familiare - Violazione - Irrilevanza dell'intervento di terzi - Fattispecie.
(Cp, articolo 570, comma 2)
» PAG. 84

REATI CONTRO LA PERSONA

Atti persecutori - Reato abituale - Caratteristiche - Elemento soggettivo - Fattispecie.
(Cp, articolo 612-bis)
» PAG. 84

Rissa - Presupposti per la configurabilità del reato - Attenuante della provocazione - Incompatibilità - Eccezione - Fattispecie.
(Cp, articolo 588)
» PAG. 84

REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

Associazione di tipo mafioso - Circostanza aggravante dell'aver commesso il fatto al fine di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso - Natura soggettiva - Applicabilità al concorrente - Condizioni.
(Cp, articoli 70, 110, 118, 416-bis e 416-bis.1)
» PAG. 66

Reati associativi - Partecipazione - Rilevanza anche di contributi qualitativamente e temporalmente limitati.
(Cp, articoli 416 e 416-bis; Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 74)
» PAG. 81

REATI TRIBUTARI

Reati tributari - Definizione - Patteggiamento - Condizioni all'accesso - Pagamento del debito o ravvedimento operoso - Ambito di operatività - Natura procedimentale - Conseguenze.
(Decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74, articoli 13 e 13-bis, comma 2; Ccp, articoli 444 e seguenti)
» PAG. 81

REATO

Calunnia - Integrazione - Falsa denuncia di smarrimento assegni consegnanti in pagamento - Rilevanza della ragionevole prevedibile apertura di un procedimento penale - Fattispecie.
(Cp, articoli 110 e 368)
» PAG. 84

Evasione - Evasione dagli arresti domiciliari - Reato proprio a forma libera - Bene giuridico protetto - Offesa con qualsiasi modalità esecutiva - Fattispecie.
(Cp, articolo 385)
» PAG. 83

Reato contro la fede pubblica - Falsità personale - Sostituzione di persona - Fattispecie in tema di social.
(Cp, articolo 494)
» PAG. 81

Sequestro penale - Sequestro probatorio - Annullamento - Divieto di restituzione in caso di cose assoggettabili a confisca obbligatoria - Operatività - Condizioni - Limiti - Fattispecie.
(Cp, articolo 324, comma 7; Cp, articolo 240, comma 2)
» PAG. 81

SICUREZZA LAVORO

Infortuni - Lavoro - Responsabilità del datore - Esclusione - Comportamento anormale - Comportamento esorbitante - Lavoratore - Fattispecie.
(Cp, articolo 590, comma 3; Dlgs 81/2008, articolo 71, comma 1)
» PAG. 85

STUPEFACENTI

Attività illecite - Trattative per l'acquisto di droga - Interruzione - Rilevanza a titolo di tentativo - Condizioni.
(Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 73; Cp, articolo 56)
» PAG. 81

Associazione finalizzata al traffico

illecito di sostanze stupefacenti - Sussistenza del reato - Commissione dei reati fine - Irrilevanza.
(Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 74)
» PAG. 82

Dato ponderale - Superamento dei limiti tabellari - Assenza di una presunzione di destinazione della droga a uso non personale - Compito del giudice - Fattispecie.
(Dpr 309/1990, articolo 73, comma 5)
» PAG. 85

DIRITTO AMMINISTRATIVO

CONTRATTO

Contratti della pubblica amministrazione - Esclusione dalla gara - Sequestro penale preventivo dei conti correnti e crediti ex articolo 321 del Cp - Articolo 80, comma 5, lettera c), del Dlgs 50/2016 - Inapplicabilità.
» PAG. 98

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Enti esponenziali - Legittimazione attiva - Tassatività - Non sussistente.
» PAG. 88

Rito appalti - Principio di rotazione - Violazione - Impugnazione.
» PAG. 98

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Accesso ai documenti - Istanza - Generica o cumulativa - Esame

come istanza di accesso generalizzata - Possibilità - Limiti.
» PAG. 98

Accesso generalizzato - Istanza - Fase esecutiva di un contratto pubblico - Configurabilità.
» PAG. 98

SANITÀ E BIOETICA

Covid-19 - Misure anti contagio - Obbligo di non uscire dalla abitazione - Violazione - Braccante agricolo - Diffida e messa in quarantena - Non va sospesa.
» PAG. 26

DIRITTO COMUNITARIO

CONDOMINIO

Tutela dei consumatori - Clausole abusive - Nozione di consumatore - Persona fisica - Attività non professionale - Esclusione - Possibilità di ampliamento - Maggiore protezione - Scelta nazionale - Ammissibilità.
(Direttiva 93/13, articoli 1 e 2)
» PAG. 100

IL DOCUMENTO

SANITÀ E BIOETICA

Riflessioni sulla gestione dei rapporti tra genitori e figli in relazione alla emergenza COVID-19.
Unione nazionale camere civili - Commissione famiglia - Roma, 5 aprile 2020
» PAG. 22

GUIDA AL DIRITTO: SUL DIGITAL LA DISTRIBUZIONE ANTICIPATA AL VENERDÌ DELLA COPIA CARTACEA

Dove posso leggere il numero della settimana di «Guida al Diritto» in attesa della copia cartacea? Posso consultare la rivista in formato elettronico senza passare dallo studio o dall'ufficio giudiziario? Di sicuro in questi giorni di isolamento forzato degli operatori del diritto alcuni nostri Lettori si staranno ponendo queste domande in presenza di eventuali ritardi nella distribuzione postale. Si confida, comunque, che chi è abbonato dovrebbe trovare nella cassetta postale la copia e «assaporare» il piacere della lettura cartacea. In alternativa, si può consultare il nostro settimanale cartaceo nella versione digitale a partire già da venerdì 10 aprile (www.guidaaldirittodigital.ilsole24ore.com). Buona lettura.

EDITORIALE

SANITÀ E BIOETICA

Bigenitorialità ai tempi del Covid-19: il rebus sugli "spostamenti congelati"

di Marino Maglietta

» PAG 12

GIURISPRUDENZA

SANITÀ E BIOETICA

LE NOVITÀ

Coronavirus: alla ricerca di punti fermi tra regole, ordinanze e provvedimenti

di Simona Gatti

» PAG 14

IL TESTO DELL'ORDINANZA

L'emergenza interrompe i legami genitori-figli,

serve aiuto assistenziale

tramite le video chiamate

Tribunale ordinario di Terni -

Ordinanza 30 marzo 2020

» PAG 15

IL COMMENTO

Soluzioni alternative per garantire la continuità

di Paolo Bruno

» PAG 18

IL TESTO DELL'ORDINANZA

Fino al termine del 3 aprile 2020

diritto di visita paterno

esercitabile via Skype

Tribunale di Bari -

Ordinanza 26 marzo 2020

» PAG 21

IL TESTO DEL DOCUMENTO

Una guida dell'Uncc sui rapporti familiari:

dalla frequentazione

ai viaggi della baby-sitter

Unione nazionale camere civili -

Commissione famiglia - Riflessioni

sulla gestione dei rapporti

tra genitori e figli in relazione

alla emergenza COVID-19 -

Roma, 5 aprile 2020

» PAG 22

IL COMMENTO

Il fine è prevenire i contrasti nel rispetto del minore

di Marina Crisafi

» PAG 24

IL TESTO DEL DECRETO

Decreti amministrativi

contro il rischio contagio:

obbligo di quarantena

per il bracciante agricolo

Consiglio di Stato - Sezione III -

Decreto 30 marzo 2020 n. 1553

» PAG 26

IL COMMENTO

Giudici in prima linea sulle richieste di tutela

di Davide Ponte

» PAG 28

IL COMMENTO

Tra salute ed economia

priorità assoluta alla prima

di Davide Ponte

» PAG 32

IL DPCM - COMMENTO

Contenimento fino al 13 aprile

con una nuova stretta sullo sport

Decreto del Presidente

del Consiglio dei ministri

1° aprile 2020 - Commento

di Giuseppe Buffone

» PAG 37

LA SETTIMANA NELLE CORTI

LA SETTIMANA NELLE CORTI

Motivi di salute non possono

impedire il beneficio

della messa alla prova

di Andrea Alberto Moramarco

» PAG 38

Bigenitorialità ai tempi del Covid-19: il rebus sugli “spostamenti congelati”

Marino Maglietta

Presidente dell'Associazione
Crescere Insieme

La necessità di contenere il diffondersi del coronavirus, obbligando il Governo a emettere restrizioni alle possibilità di spostamento, ha inciso pesantemente sulla **frequentazione dei figli da parte dei genitori separati**. In particolare, gli studi legali sono stati spesso sollecitati dai soggetti interessati a fornire chiarimenti sugli aspetti applicativi. In effetti, il Dpcm del 9 marzo - nonché le successive precisazioni - avevano chiaramente enunciato che le limitazioni agli spostamenti **non avrebbero riguardato i passaggi dei figli da un genitore all'altro**, in affidamento condiviso, anche nel caso di sconfinamenti in altro comune, ma ugualmente la materia ha suscitato dubbi nonché vivaci contestazioni. La tesi di fondo è che il diritto dei figli alla salute viene così a essere subordinato al diritto (meglio, si è detto, alle pretese) degli adulti. Si sarebbe dovuto, invece, sospendere il “diritto di visita” del “genitore non collocatario” e trattenere il figlio presso il genitore “convivente” (altra espressione frequente in giurisprudenza e purtroppo anche in dottrina) fino a emergenza finita. L'avvocatura, di riflesso, è stata sollecitata da una quantità di collocatari che avrebbero voluto trattenere a oltranza i figli presso di sé nonché di non tali, preoccupati di poter perdere i contatti con essi.

Si tratta di una problematica complessa, che soffre di vistose criticità, la cui genesi è lontana. In sostanza, la scelta **tra salute fisica ed equilibrio relazionale** avrebbe potuto non porsi, così come i dubbi applicativi non sarebbero sorti procedendo in modo diverso, fedele al dettato normativo. Vediamo le varie questioni in dettaglio.

In effetti, la normativa non prevede alcuna figura di genitore giuridicamente diversa, se l'affidamento è condiviso, per cui non ha senso indirizzare le preoccupazioni al solo genitore “non collocatario”, sostenendo che il figlio deve “rimanere nella sua residenza”, dimenticando che a seguito della riforma del 2006 la **“residenza” dovrebbe avere una valenza puramente anagrafica**. La giurisprudenza, tuttavia, si è orientata in altro modo; soprattutto quella di legittimità. Anzi, a dispetto delle obiezioni inevitabilmente mosse, si è recentemente rafforzata la tendenza a indebolire il messaggio del legislatore, **svuotando il diritto alla bigenitorialità**. Ne danno testimonianza ordinanze come la Cassazione 6471/2020 che, oltre ad assumere a priori che ci debba essere un genitore prevalente, fornisce una descrizione delle caratteristiche che deve possedere, al momento in cui il giudice lo deve individuare, mutuata da provvedimenti degli anni Novanta (*ex pluris*, Cassazione 6312/1999) per la designazione del genitore in affidamento esclusivo. Mentre a copertura della evidente anomalia si modificano, citandola, i termini usati nella stessa norma che tutela i diritti del minore, qualificando come **“significativi” anziché “equilibrati e continuativi” i rapporti che danno sostanza alla bigenitorialità**. Anzi, anche questa viene riconfigurata, esigendo per essa una “stabile consuetudine di vita”, ovvero collocazione prevalente, che, posta a priori, ne rappresenta la precisa negazione. E, come se non bastasse, la medesima ordinanza dichiara non coercibile la frequentazione tra figlio e genitore non collocatario, concedendo a entrambi facoltà di rinunciare a vedersi: «rimarca, in via speculare, il carattere non obbligato ed incoercibile del dovere di frequentazione del genitore, il diritto del figlio minore di frequentare il genitore quale esito di una sua scelta, libera ed autodeterminata».

Ovvio che **un messaggio** culturale di questo tipo abbia, in generale, indotto **indebiti atteggiamenti di supponenza e strapotere** nel genitore pre-



IL TEMA DELLA SETTIMANA

Il modello monogenitoriale cerca sempre una strada per prevalere: lo fa attraverso le decisioni della giurisprudenza e adesso anche sfruttando le regole imposte per l'emergenza da coronavirus. Marino Maglietta **evidenzia l'irragionevolezza delle modalità di frequentazione dei figli di genitori separati** ai tempi del Covid-19 e le criticità legate agli aspetti applicativi delle nuove misure.

scelto e disimpegno (o timore) nell'altro. Di qui più che naturale che in crisi Covid-19 molti collocatari abbiano pensato di poter eliminare anche quella residuale presenza trattenendo i figli presso di sé e molti non collocatari abbiano temuto una completa emarginazione.

Altro serio, ma evitabile, motivo di preoccupazione attiene al modo in cui è organizzata, per decisione del giudice, la **frequentazione nella larga maggioranza dei casi**. Aderendo alle indicazioni dei prestampati distribuiti nelle cancellerie di pressoché tutti i tribunali, i figli sono collocati presso uno dei genitori, al quale viene assegnata la casa familiare, e all'altro viene attribuito un "diritto di visita" tipicamente consistente in un fine settimana breve (dal sabato mattina alla domenica sera) ogni due, al quale si aggiungono due pomeriggi quando il fine settimana è con il collocatario e uno nell'altra settimana. Questo vuol dire che nell'attuale emergenza **i figli nell'arco di due settimane dovranno traslocare otto volte**. Se si applicasse un regime paritetico, ad esempio a settimane alternate (lo suggerisce la stessa associazione dei figli di genitori separati (Figli con i Figli per Giustizia in Famiglia, in audizione in Senato il 4 marzo 2019) sarebbero solo due.

Appare, quindi, ragionevole attribuire al modello sbilanciato attualmente dominante ulteriori demeriti. Ovvero, gli si può rimproverare: **non solo di essere infedele al dettato normativo**; non solo di accentuare, se non creare, **comprensibili motivi di risentimento**, con incremento della conflittualità (nata dalla discriminazione); non solo di indurre nei genitori atteggiamenti inappropriati e penalizzanti per i figli; ma anche di mettere concretamente e inutilmente **a rischio la loro salute** con i suoi irrazionali schemi.

D'altra parte, le ricadute culturali del dominio della prassi monogenitoriale sono così forti che anche quando non esiste alcun provvedimento del giudice (coppie separate solo di fatto o ancora in attesa di provvedimento) - per cui non esiste nemmeno l'artificiosa distinzione tra collocatario e non collocatario - ugualmente in tempo di Corona-virus il genitore che è restato nella casa familiare sollecita il proprio legale per negare all'altro la possibilità di prendere con sé i figli. A dispetto della cancellazione di ogni effetto della convivenza con i figli per i genitori non coniugati.

Basta che i figli siano stati riconosciuti da entrambi perché siano titolari alla pari dell'esercizio della responsabilità genitoriale (articolo 316 del codice civile). Cioè in questo caso il rifiuto di dare accesso ai figli a uno dei genitori configurerebbe violazione dell'articolo 574 del codice penale.

Resta il fatto che **la tesi del congelamento degli spostamenti neppure favorisce pienamente il modello monogenitoriale** che si voleva promuovere. Difatti, i figli comunque, quanto meno in metà del fine settimana, si trovano presso il "non collocatario", quindi al momento dell'entrata in vigore del decreto in buon numero si sono trovati presso di lui. E in tal caso applicando la soluzione suggerita si sarebbe dovuto congelare a tempo indeterminato quella situazione, e la decisione di bloccare i trasferimenti sarebbe andata esattamente nella direzione opposta a quella voluta dai suoi sostenitori. Né appare proponibile, per ovvie ragioni pratiche e giuridiche al contempo, pensare di trasferire di urgenza il figlio nell'abitazione del collocatario. Se non altro perché il genitore collocatario in quanto tale **non è in grado di offrire ai figli una superiore protezione dal virus**.

Allora, restando nella sostanza aderenti alle prescrizioni del giudice, come previsto dai decreti, quanto meno si potrebbe, con l'ausilio dei legali di parte, **accorpare i pomeriggi di "visita", aggiungendo il pernottamento**. Vale la pena di segnalare, all'interno di una filosofia conciliativa, che il Tribunale per i Minorenni di Firenze nello stabilire la sospensione degli incontri protetti dei genitori presso le strutture dei Servizi Sociali, nonché delle visite ai figli collocati in comunità o case famiglia, ha comunque disposto «in ogni caso il **recupero delle visite e dei rientri** non effettuati al termine dell'emergenza sanitaria».

Un accorgimento che ai fautori del modello monogenitoriale purtroppo non è venuto in mente.

Altro serio motivo di preoccupazione riguarda il modo in cui è organizzata la frequentazione nella larga maggioranza dei casi



In anteprima sul web il numero della settimana all'indirizzo
www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

Coronavirus: alla ricerca di punti fermi tra regole, ordinanze e provvedimenti

Sanità e bioetica

Simona Gatti

Ora che il legislatore adotta misure sempre più restrittive, ora che Stato e regioni discutono su cosa aprire e cosa invece no, abbiamo bisogno di avere dei indicazioni certe

Uscire, lavorare, frequentare i figli da genitore separato, assistere una persona anziana, continuare a svolgere un'attività professionale, utilizzare la tecnologia per colmare le distanze fisiche, tutelare la propria salute e quella degli altri. Sono una serie di problemi che in questi giorni di emergenza siamo chiamati ad affrontare. Ora che lo stesso legislatore, con il mutare delle situazioni, cambia **le misure adottando regole via via sempre più restrittive**, ora che Stato e regioni discutono **su cosa aprire e cosa invece mantenere chiuso**, ora più che mai abbiamo bisogno di avere dei **punti fermi**. Per questo motivo e come spesso accade in situazioni gravi e complesse, **giudici ordinari e amministrativi sono in prima linea** per dare risposte alle prime richieste di tutela, derivanti appunto dall'applicazione delle stringenti norme anti contagio.

Le frequentazioni tra genitori e figli e le risposte dei tribunali

Quindi se viene prospettata l'interruzione delle frequentazioni tra i genitori e i figli, il **Tribunale di Terni**, con un'ordinanza del 30 marzo scorso, suggerisce il ricorso a modalità da remoto, quali ad esempio le video chiamate, nelle quali l'operatore del servizio socio assistenziale mette in contatto il padre con ciascun figlio, assicurando la propria presenza per l'intera durata della chiamata, per far sì che il rapporto con i ragazzi non si perda durante le settimane di isolamento.

Su questo tema si è anche espressa la commissione famiglia **dell'Unione Nazionale Camere Civili** che ha realizzato una sorta di **vademecum** utile per gestire le casistiche più ricorrenti. Per quanto riguarda le limitazioni agli spostamenti in comuni diversi, si registrano comunque posizioni altalenanti nella giurisprudenza di merito: se per il **Tribunale di Verona** (decreto del 27 marzo 2020) il diritto dovere di visita non si interrompe e va disciplinato alternando 15 giorni con ciascun genitore, per quello di **Bari (ordinanza 26 marzo 2020)** le visite vanno sospese e i rapporti con l'altro genitore andranno "coltivati" via Skype.

I decreti della giustizia amministrativa

Consiglio di Stato e Tar in questi giorni sono intervenuti con una serie di decreti. Il primo è quello di **Palazzo Spada** a firma del Presidente Franco Frattini **sull'obbligo di quarantena al bracciante** agricolo legittimo anche perché l'eventuale danno economico potrà essere risarcito. Poi ci sono stati i **provvedimenti regionali** che hanno cercato di risolvere tante questioni: ad esempio, l'esigenza del **figlio** di uscire dal proprio comune per portare cibo e medicine alla **madre anziana e sola** oppure l'**avvocato** che deve **recarsi in tribunale** per chiudere una causa.

Il primo piano di questa settimana

Il riconoscimento della valenza del **diritto alla salute** ha costituito una prima risposta, ma ora dovrà essere seguita da un bilanciamento con altre tutele relative in particolare alla **libertà della persona umana**. Il **primo piano** della settimana fotografa quello che da una parte le norme e dall'altra la giurisprudenza hanno detto e chiarito in queste ultime settimane. Pubblichiamo le **ordinanze e i decreti** più significativi, le **analisi** dei nostri esperti, la **guida dell'Uncc** e una ricostruzione degli **effetti** pratici causati dal **Dpcm 1° aprile 2020**.

Tribunale ordinario di Terni -
Ordinanza 30 marzo 2020
Giudice unico Velletti

L'emergenza interrompe i legami genitori-figli, serve aiuto assistenziale tramite le video chiamate

LA MASSIMA

Sanità e bioetica - Separazione e divorzio - Separazione - Affidamento dei figli - Istanza volta a ripristinare i contatti tra genitore non affidatario e figli - Urgenza ai sensi dell'articolo 83, comma 3, lettera a), del Dl 18/2020 - Modalità alternative - Contatti da remoto con video chiamate alla presenza dell'operatore socioassistenziale. (Dl 18/2020, articolo n83, comma 3, lettera a)

Qualora, come nel caso di specie, venga prospettata l'interruzione delle frequentazioni tra i genitori e i figli, l'istanza volta a ripristinare, con l'ausilio dei responsabili del Servizio socioassistenziale, le relazioni tra i medesimi, deve essere valutata come urgente ai sensi dell'articolo 83, comma 3, lettera a), del Dl n. 18 del 2020. Poiché nel bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale, quello

alla tutela della bi-genitorialità (fondato sull'articolo 30 della Costituzione e sull'articolo 8 della Convenzione Cedu) e quello alla tutela della salute (fondato sull'articolo 32 della Costituzione) occorre individuare una modalità di frequentazione padre figli che pur assicurando il costante contatto, non metta a rischio la salute psico-fisica dei minori, è legittimo fare ricorso a modalità da remoto, quali ad esempio video chiamate (Skype ovvero con chat WhatsApp, ovvero con ogni altra modalità compatibile con le dotazioni nella disponibilità degli operatori e dei genitori) previa idonea preparazione dei figli, attuata con le medesime modalità, e assicurando che sia l'operatore a mettere in contatto il padre con ciascuno dei figli, assicurando la propria presenza per l'intera durata della chiamata.

Letta l'istanza urgente presentata, in data 26 marzo 2020, dal difensore di XXXX, nella quale si rappresenta che non è stata data attuazione alle statuizioni, contenute nell'ordinanza presidenziale, emessa in data 4 marzo 2020, con le quali veniva prevista l'attivazione di percorso per ripristinare, con l'ausilio dei responsabili del Servizio Socio Assistenziale le relazioni tra il padre e i tre figli minori; WWW nato in data ... 2009; QQQQ nata in data ... 2012; ZZZZ nato in data ... 2013;

considerato che nell'istanza viene segnalato il «comportamento assolutamente ostativo, violento, pretestuoso e ritorsivo tenuto dalla sig.ra YYYY per impedire al padre di tenere qualsivoglia contatto, anche solo telefonico, con i suoi tre figli», con richiesta urgente di adottare «con immediatezza tutti i provvedimenti più idonei a tutela dei diritti genitoriali» del ricorrente, «tenuto conto che il trascorrere del tempo rischia di pregiudicare ancor più gravemente i rapporti dei figli con il padre»;

ritenuto che, in data 26 marzo 2020, è pervenuta relazione di aggiornamento, inoltrata dai responsabili del Servizio Socio assistenziale della Città di ..., nella quale si dà atto dell'«impossibilità a causa della emergenza sanitaria» di attivare incontri in spazio neutro, rappresentando, tuttavia, gli intervenuti contatti telefonici con entrambi i genitori che hanno espresso agli operatori preoccupazione «rispetto agli spostamenti dei minori ed all'attivazione, in questo momento, degli incontri protetti che li porrebbe in una situazione di poca tutela»;

rilevato che, quanto alle dichiarazioni rese dalle parti ai responsabili del Servizio Sociale, nella richiamata relazione si legge che «la signora comunica inoltre che QQQQ non vuole avere neanche contatti telefonici con il padre» e che «l'unico che chiama il padre è WWW» precisando che «sono i minori a contattare il padre» e che vengono a tal fine costantemente sollecitati dalla stessa madre; e che quanto al ricorrente viene rappresentato che sono stati fissati diversi appunta-

menti, ma a causa del peggioramento dell'emergenza sanitaria «in corso non è stato possibile effettuare un colloquio con lui» e che lo stesso ha affermato di essere «preoccupato dato il tempo che sta trascorrendo senza avere la possibilità di incontrare i minori, ma comprende che al momento non è possibile l'attivazione di percorsi necessari al suo ravvicinamento con gli stessi»;

considerato che nell'ordinanza presidenziale del 4 marzo 2020 si legge che «secondo quanto dichiarato da entrambe le parti la convivenza matrimoniale è cessata nell'ottobre 2019, quando la YYYY si è trasferita con i figli nell'abitazione dei genitori in ..., e che le prospettazioni divergono quanto alle ragioni per le quali si sarebbe verificato tale allontanamento, in quanto il XXXX ha sostenuto che la moglie si sarebbe allontanata per sottrarre i minori al padre ed alla famiglia paterna, mentre la YYYY ha rappresentato di essere stata "cacciata" dall'abitazione e costretta ad allontanarsi con i minori a causa di violenze poste in essere dal marito nei suoi confronti che avrebbero comportato lesioni documentate da accessi al pronto soccorso sia a ridosso dall'allontanamento dalla casa familiare sia nel periodo successivo (cfr. referto di Pronto soccorso del ... 2019 nel quale sono riportate riferite lesioni con prognosi di sette giorni, per asserito colpo all'addome; referti di Pronto soccorso del ... 2019 e del ... 2019 nel quale sono riportate riferite lesioni con prognosi di 25 giorni per trauma contusivo alla gamba sinistra provocato secondo le ricostruzioni della YYYY da un calcio sferrato dal marito); ... che nella presente fase del giudizio, non è possibile accertare quale delle due prospettazioni sia quella conforme a realtà, dovendo tuttavia essere valutata la situazione di fatto, per la quale è indiscusso che i minori siano, dal mese di ... 2019, presso l'abitazione dei nonni materni insieme con la madre, con sostanziale interruzione delle frequentazioni paterne, avendo lo stesso XXXX confermato la resistenza dei figli (ed in particolare della figlia QQQQ), ad una libera e completa frequentazione; ...che quanto emerso, nonché il principio di cautela, con riferimento alla necessità ... di scongiurare il rischio di possibili violenze, impone che, rimesso all'istruttoria l'accertamento dei fatti prospettati dalle parti, si debba comunque prendere atto della situazione esistente che vede la madre quale genitore che dal mese di ... 2019 ha gestito in via pressoché autonoma i figli, con conseguente necessità di disporre, in questa fase, l'affidamento esclusivo dei figli minori alla YYYY» ... «prevedendo che il padre possa vedere i figli in spazio neutro secondo il calendario che verrà redatto dai responsabili del Servizio Sociale del Comune di ..., previa idonea preparazione delle parti e dei minori, e solo quando ciò sia conforme all'interesse dei minori, e previo idoneo coordinamento con i responsabili della ASL UMBRIA...»;

ritenuto che, preliminarmente, deve essere dichiarata l'urgenza dell'istanza, ai sensi dell'art. 83, comma 3, lett. a), del DL n.18/2020, dovendo valutare come ur-

gente la decisione qualora, come nel caso di specie, venga prospettata l'interruzione delle frequentazioni tra i genitori e i figli;

rilevato che le misure restrittive della circolazione delle persone, con imposizione di misure di distanziamento sociale, adottate con i numerosi provvedimenti governativi che si sono succeduti nel mese di marzo 2020, per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 (cfr. da ultimo DL n.18/2020 e DPCM 22 marzo 2020) impongono di bilanciare l'interesse primario dei figli minori e del genitore a veder garantito il pieno diritto alla bi-genitorialità, con l'interesse alla tutela della salute pubblica individuale (dei minori e dei genitori) e collettiva (adottando precauzioni che non aumentino il rischio di contagio);

valutato che rispetto alle ordinarie frequentazioni tra il genitore non coabitante e i figli per le quali in assenza di specifici elementi di rischio - rappresenti, per esempio, dall'attività lavorativa svolta dal genitore non coabitante ovvero dalla provenienza dello stesso da zone a specifico rischio di contagio - gli incontri in spazio-neutro, prevedendo la necessaria presenza di operatori, e dovendo svolgersi in strutture pubbliche, esposte all'accesso di numerosi utenti, aumentano considerevolmente il rischio di contagio per i minori e per i genitori;

considerato, inoltre, che l'accesso in locali pubblici potrebbe comportare la necessità di sanificazione dei luoghi con distrazioni di mezzi e risorse dalle strutture sanitarie destinate alla cura dei malati;

valutato che, pertanto, nel bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale, quello alla tutela della bi-genitorialità (fondato sull'art. 30 della Cost. e sull'art. 8 Conv. CEDU) e quello alla tutela della salute (fondato sull'art. 32 della Cost.) occorre individuare una modalità di frequentazione padre figli che pur assicurando il costante contatto, non metta a rischio la salute psico-fisica dei minori;

ritenuto che oltre alla salute fisica occorre salvaguardare l'equilibrio psichico dei minori che risulterebbe compromesso qualora al minore dovesse imporsi il contatto con il genitore quando il figlio si opponga alla relazione (come nel caso di specie avviene per la figlia QQQQ, cfr. infra), ovvero qualora i genitori dovessero tenere condotte pregiudizievoli durante gli incontri (anche solo video-telefonici) che potrebbero turbare l'equilibrio dei figli (si pensi a liti, e recriminazioni reciproche in presenza dei minori);

considerato che, pertanto, deve essere previsto che i responsabili del Servizio socioassistenziale del Comune di ... organizzino, con modalità che evitino lo spostamento e il contatto diretto delle parti, dei minori e degli stessi operatori (che potranno operare in modalità di lavoro agile o da remoto), incontri padre figli con cadenza di almeno tre volte la settimana;

ritenuto che tali incontri potranno avvenire con modalità da remoto, quali ad esempio video chiamate (skype ovvero con chat whatsapp, ovvero con ogni altra modalità compatibile con le dotazioni nella disponibilità degli operatori e dei genitori) previa idonea preparazione dei figli, attuata con le medesime modalità, e assicurando che sia l'operatore a mettere in contatto il padre con ciascuno dei figli, assicurando la propria presenza per l'intera durata della chiamata;

ritenuto che solo in tal modo potrà essere garantito con l'ausilio dell'operatore che i genitori non assumano condotte aggressive o ostacolanti nei confronti dell'altro, disponendo che l'operatore dia atto delle condotte genitoriali tenute nel corso delle videochiamate, nella relazione periodica da depositare in cancelleria;

considerato che secondo quanto rappresentato dagli stessi genitori appare opportuno prevedere interventi diversificati tra i figli, evitando eccessive pressioni sui minori che oppongano resistenza alla relazione con il padre (in particolare su QQQQ, dovendo previamente essere accertata la eventuale esposizione a violenza assistita per evitare forme di vittimizzazione secondaria) ed agevolando la relazione con i figli che si manifestino disponibili, con la facoltà di organizzare diverse modalità di contatto in ragione dell'età della prole;

ritenuta l'urgenza di provvedere inaudita alterna parte nelle more dell'instaurazione del contraddittorio, con le modalità di cui all'art. 83, comma 7, lett. h), ovvero lettera f), del DL 18/2020, meglio indicate in dispositivo;

P.Q.M.

previa dichiarazione di urgenza dell'istanza, ai sensi dell'art. 83, comma 3, lett. a), del DL n. 18/2020;

- dispone che i responsabili del Servizio Socio assistenziale del Comune di ... organizzino, fino al termine dell'emergenza sanitaria, incontri tra il padre e i figli minori con modalità da remoto, alla presenza di operatore del Servizio Sociale, solo ove ciò sia conforme all'interesse della prole, secondo quanto meglio specificato in motivazione, garantendo comunque la necessaria autonomia dei responsabili del servizio per la organizzazione dei contatti, alla luce delle esigenze che dovessero manifestarsi, anche prevedendo relazioni diversificate tra il padre e ciascuno dei figli;

- onera parte ricorrente di notificare il ricorso e il presente provvedimento alla controparte entro il 3 aprile 2020, autorizzando la difesa della resistente a rappresentare le proprie difese nella memoria di costituzione da depositare entro i termini indicati nell'ordinanza presidenziale, e disponendo la trattazione nel pieno contraddittorio tra le parti all'udienza già fissata del 29/4/2020, che verrà trattata con le modalità di cui all'art. 83, comma 7, lettera h), autorizzando lo scambio e il deposito telematico di note scritte per l'udienza e in merito alla presente istanza, entro il 24 aprile 2020, con successiva adozione fuori udienza del provvedimento. Qualora le parti volessero richiedere la comparizione personale, dovranno formulare apposita istanza nelle note scritte indicate, e l'udienza si terrà con le modalità di cui all'art. 83, comma 7, lett. 7), DL n.18/2020, secondo quanto verrà comunicato nell'imminenza dell'udienza.

- Manda alla cancelleria per la comunicazione del presente provvedimento al Servizio Sociale del Comune di ... disponendo che venga inoltrata dai Responsabili del Servizio una relazione sull'attività svolta entro il 24 aprile 2020.

SMART **24** PA

www.smart24pa.com



24ORE
PROFESSIONALE

Soluzioni alternative per garantire la continuità

Sanità e bioetica

Paolo Bruno

Limiti alla libertà di movimento e assembramento, distanziamento sociale, restrizioni ai servizi essenziali: sono tutti sconvolgimenti della nostra vita quotidiana

Vi sono tempi in cui ci si trova di fronte a scelte esistenziali, e quelli che stiamo vivendo sono senz'altro i più difficili dall'ultimo dopoguerra. L'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Coronavirus ha portato a radicali cambiamenti nel nostro stile di vita, e ha imposto a tutti non solo il sacrificio di abitudini che sembravano irrinunciabili fino a qualche settimana fa, ma anche l'obbligo di ripensare la gerarchia dei valori con cui abbiamo convissuto per decenni.

Bi-genitorialità in situazioni di emergenza: alla ricerca di un difficile bilanciamento

Limiti alla libertà di movimento e assembramento, misure di distanziamento sociale, restrizioni alla fruizione di servizi essenziali: sono tutti aspetti di un generale sconvolgimento della vita quotidiana che - in un settore particolarmente delicato quale la giustizia ed in special modo nel diritto di famiglia - **possono mettere a nudo *défaillance* del sistema di tutela e costringere gli operatori a trovare soluzioni alternative per garantire continuità al diritto alla bi-genitorialità.**

Come è noto, la cornice normativa entro cui tale diritto si iscrive è delineata - oltre che, in sede nazionale, dal pertinente diritto interno degli Stati coinvolti e dunque per l'Italia dall'articolo 30 della Costituzione e dall'attuale articolo 337-ter del Cc - in sede sovranazionale dall'articolo 24, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (cosiddetta. Carta di Nizza) dagli articoli 9 e 10 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e dall'articolo 4, commi 1 e 2, della Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli.

In tale contesto di tutela multilivello lo Stato è chiamato ad agire in modo da permettere al legame tra genitore e figlio di svilupparsi, dal momento che per un genitore e suo figlio lo stare insieme realizza uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano la vita familiare, ed il legame instauratosi al momento della nascita - tenuto conto delle conseguenze irreversibili che il decorso del tempo produce su di esso - non può essere rescisso né limitato se non al concorrere di situazioni eccezionali.

È altrettanto notorio, infatti, che la relazione tra genitore e figlio in tanto costituisce pilastro della vita familiare in quanto abbia modo e tempo di svilupparsi effettivamente, e per tutelarla la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha accordato la più ampia latitudine al concetto di vita familiare. La quotidianità, o per lo meno l'assidua frequentazione, e comunque il godimento della reciproca presenza, costituisce per figli e genitori uno degli elementi fondamentali del diritto alla vita familiare.

In una logica emergenziale, tuttavia, è lecito affermare che certi diritti possano soffrire limitazioni e diventino recessivi di fronte ad altri (per l'appunto il diritto alla bi-genitorialità rispetto a quello alla salute) e d'altra parte **il bilanciamento tra valori costituzionali non è operazione facile né priva di rischi**. È qui, allora, che occorre **esplorare tutte le possibili soluzioni** pratiche, conformi a legge, per evitare che la soluzione più agevole - come sarebbe stata, nel caso

LE NORME COINVOLTE

Diritto interno italiano

- › Costituzione, articolo 30
- › Codice civile, articolo 33-ter
- › Decreto legge 18/2020, articolo 83, comma 3

Norme internazionali

- › Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (cosiddetta "Carta di Nizza"), articolo 24, comma 3
- › Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, articoli 9 e 10
- › Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli, articolo 4, comma 1 e 2

che ci occupa, **l'interruzione degli incontri tra genitore e figli - sia anche quella più ingiusta.**

La risposta normativa al Covid-19:

le misure per il settore della giustizia civile

Il Governo ha introdotto misure di contenimento della diffusione del virus che hanno toccato tutti i settori della vita sociale, privata e pubblica. In quest'ultimo ambito, anche il sistema giudiziario si è dovuto adattare alla nuova realtà costituita dal divieto di riunione e dunque di trattazione dei procedimenti in modo tradizionale.

In particolare, l'articolo 83 del DL 18/2020 recante «Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19» e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare, oltre a sospendere il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali, ha in particolare previsto - al comma 3 - che sono esclusi da tale sospensione **«tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti**. In quest'ultimo caso, **la dichiarazione di urgenza** è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile».

La norma ha anche demandato ai Capi degli uffici di adottare le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal ministero della Salute, assicurandosi che lo svolgimento dell'udienza avvenga in ogni caso con modalità idonee a **salvaguardare il contraddittorio** e l'effettiva partecipazione delle parti.

Il Consiglio superiore della magistratura ha dal canto suo adottato, con delibera del 26 marzo 2020 (pratica num. 186/VV/2020) **delle Linee guida agli Uffici Giudiziari** con cui ha determinato di «di invitare i soggetti chiamati a emettere la dichiarazione di urgenza, in relazione ai procedimenti civili la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti ex articolo 83, comma 3, lettera a), ultima parte, a valutare la gravità del pregiudizio tenendo conto della necessità di contemperare l'interesse delle parti, in relazione al pregiudizio specificamente rappresentato, e quello della salvaguardia del bene primario della salute pubblica con riferimento a tutti i soggetti la cui attività si renda necessaria per la trattazione del procedimento».

Il legislatore ha dunque da un lato proceduto a dettare una regola generale in virtù della quale le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio ed è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali e **dall'altro ha lasciato un margine di discrezionalità in capo al giudicante per valutare le singole situazioni meritevoli di tutela urgente.**

Dal punto di vista dell'utilizzo di strumenti tecnologici, infine, il Direttore Generale della Direzione Sistemi Informativi e Automatizzati del Ministero della Giustizia ha disposto con delibera 20 marzo 2020 **che tutte le udienze non rinviabili siano tenute mediante collegamenti da remoto** organizzati dal giudice utilizzando i programmi attualmente a disposizione dell'Amministrazione ovvero *Skype for Business* e *Teams*.

La necessità di soluzioni creative nel diritto di famiglia

Di fronte a una sfida senza precedenti, che aggiunge ulteriori strati di complessità a vicende personali che di per sé sono tra le più difficili da gestire per le parti, gli avvocati, i giudici e gli operatori sociali coinvolti, tutti gli attori senza distinzione alcuna sono chiamati a pensare fuori dagli schemi (*out of the box*, come dicono gli inglesi) per trovare soluzioni pragmatiche ma rispettose della legge e dei diritti delle parti.

Le nuove tecnologie, che hanno consegnato nelle mani di tutti la possibilità di incontri virtuali, solo che si possieda uno *smartphone* e si abbia accesso a una connessione internet sufficientemente stabile, possono in tal senso giocare un ruolo importante a patto che il loro utilizzo sia presidiato da accorgimenti idonei

Anche il sistema giudiziario si è adattato alla nuova realtà costituita dal divieto di riunione e trattazione dei procedimenti in modo tradizionale

Il ministero della Giustizia ha disposto con delibera 20 marzo 2020 che tutte le udienze non rinviabili siano tenute da remoto

Va dato atto al Tribunale di non aver abdicato al proprio potere-dovere di controllo su tutte le fasi e di avere mostrato sensibilità per i diritti di tutti coinvolti

a non trasformarle in ragioni di ulteriore contenzioso. E invero, da un lato occorre fare i conti con inevitabili difficoltà pratiche (che potrebbero essere date dalla scarsa qualità del flusso di dati audio-video, dai costi di connessione o acquisto degli strumenti per i meno abbienti, oppure dalla difficoltà di monitorare lo svolgimento della conversazione da parte dell'operatore socioassistenziale incaricato) **ma d'altro canto occorre valutare le misure astrattamente adottabili con una dose di sano realismo.**

Sul piatto della bilancia, come in tutti i procedimenti in materia di famiglia che vedono coinvolti dei minori, vanno messi il diritto di costoro a non essere forzati nell'aderire alle richieste di incontro (aspetto di cui, nel provvedimento in commento, il giudice tiene debito conto laddove **afferma che "appare opportuno prevedere interventi diversificati tra i figli, evitando eccessive pressioni sui minori che oppongano resistenza alla relazione con il padre"**) ma anche il diritto del genitore non affidatario a mantenere un legame stabile ed a contrastare la forza del tempo, il cui ineluttabile trascorrere può portare a conseguenze irreversibili.

Troppo spesso, infatti, si dimentica che non vi è *best interest of the child* se non si tutela anche il (legittimo, ma spesso trascurato) *best interest of the parent*: lungi dall'essere due binari che corrono paralleli, essi devono incontrarsi, e per lo meno vedersi, per riuscire a trasmettersi a vicenda dei sentimenti e proteggere la loro relazione superando gli effetti nefasti della mancanza di quotidianità.

Peraltro, proprio al fine di evitare che la concreta gestione dell'incontro sia lasciata nelle mani di due soggetti che non riescono più a comunicare (gli ex coniugi) **il Tribunale ha cura di prevedere che sia l'operatore socioassistenziale ad organizzare la videochiamata**, promuovendola e monitorandola (disponendo «che sia l'operatore a mettere in contatto il padre con ciascuno dei figli, assicurando la propria presenza per l'intera durata della chiamata» (...) e «che l'operatore dia atto delle condotte genitoriali tenute nel corso delle videochiamate, nella relazione periodica da depositare in cancelleria»). In tal modo dovrebbe raggiungersi l'auspicato effetto di evitare «condotte pregiudizievoli durante gli incontri (anche solo video-telefonici) che potrebbero turbare l'equilibrio dei figli (si pensi a liti, e recriminazioni reciproche in presenza dei minori)».

Conclusioni

Il provvedimento in commento rappresenta **un apprezzabile passo nella direzione della tutela dei diritti fondamentali** di tutte le parti coinvolte nei procedimenti giudiziari in materia di famiglia, e in special modo in quei segmenti procedurali che maggiormente hanno rivelato nel corso degli anni la necessità di un costante monitoraggio da parte dell'autorità giudiziaria.

La Corte europea dei diritti dell'uomo già nella **nota sentenza Lombardo contro Italia (29 gennaio 2013, C-25704/11)** aveva puntato l'indice contro le lungaggini procedurali, rilevando che il tempo incide sia sui processi evolutivi sia sulla tutela giudiziale dei diritti familiari, e in entrambi i casi è dovere dello Stato favorire che gli uni e gli altri si compiano nel modo migliore e senza dilazioni che possono portare a irreversibili compromissioni; l'inerzia processuale ed extraprocessuale è infatti contraria all'interesse del minore e suscettibile di favorire l'insorgenza di dinamiche alienanti.

Nella stessa direzione, ma in altra pronuncia, la stessa Corte aveva constatato che «*[the] effective respect for family life requires that future relations between parent and child not be determined by the mere effluxion of time*» (così in *Sylvester c. Austria*, nn.26812/97 e 40104/98, 24 aprile 2003, § 69).

Va dunque dato atto al Tribunale **di non aver abdicato al proprio potere-dovere di controllo di tutte le fasi del procedimento**, e di avere invece mostrato grande sensibilità per i diritti di tutti i soggetti coinvolti, trovando **un eccellente punto di sintesi nell'individuazione di una modalità di esercizio del diritto di visita** che - nello sfruttare le potenzialità delle moderne tecnologie - può andare incontro alle legittime aspettative del genitore non affidatario senza tuttavia conculcare i diritti dei figli e degli operatori socioassistenziali che, in una così difficile situazione, sarebbero inaccettabilmente esposti al pericolo di incontri *de visu*.

Tribunale di Bari -
Ordinanza 26 marzo 2020
Relatore Consigliere Labellarte

Fino al termine del 3 aprile 2020 diritto di visita paterno esercitabile via Skype

LA MASSIMA

Sanità e bioetica - Separazione e divorzio - Divieto spostamenti comune diverso da quello di residenza - Figli minori - Incontri padre figlio - Istanza sospensione - Accoglimento - Esercizio visite tramite strumento di video chiamata. (Dl 18/2020, articolo 83, comma 3, lettera a)

Visto che fino al termine del 3 aprile 2020 appare necessario interrompere le visite paterne, è necessario disporre che, fino a tale data, il diritto di visita paterno sia esercitato attraverso lo strumento della videochiamata, o Skype, per periodi di tempo uguali a quelli fissati, e secondo il medesimo calendario.

Il Presidente

vista l'istanza depositata in data 23/3/2020, dall'Avv. (omissis), difensore di (omissis) relativa al procedimento n. (omissis) fissato per il (omissis), istanza con la quale si chiede la sospensione degli incontri tra il padre [Omissis] ed il figlio minore [Omissis];

rilevato che il minore è collocato presso la madre e che il padre abita in un diverso comune;

Ritenuto

che l'istanza può essere accolta;

rilevato, invero, che gli incontri dei minori con genitori dimoranti in comune diverso da quello di residenza dei minori stessi, non realizzano affatto le condizioni di sicurezza e prudenza di cui al D.P.C.M. 9/3/2020, ed all'ancor più restrittivo D.P.C.M. 11/3/2020, dal D.P.C.M. 21/3/2020, e, da ultimo, dal D.P.C.M. del 22/3/2020, dal momento che lo scopo primario della normativa che regola la materia, è una rigorosa e universale limitazione dei movimenti sul territorio, (attualmente con divieto di spostarsi in comuni diversi da quello di dimora), tesa al contenimento del contagio, con conseguente sacrificio di tutti i cittadini ed anche dei minori;

ritenuto che non è verificabile, che nel corso del rientro il minore presso il genitore collocatario, se il minore, sia stato esposto a rischio sanitario, con con-

seguito pericolo per coloro che ritroverà al rientro presso l'abitazione del genitore collocatario;

ritenuto che il diritto - dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, a mente dell'art. 16 della Costituzione, ed al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost.;

ritenuto, quindi, che, fino al termine del 3 aprile 2020, indicato nei predetti DD.PP.CC.MM., appare necessario interrompere le visite paterne, e che è necessario disporre che, fino a tale data, il diritto di visita paterno sia esercitato attraverso lo strumento della videochiamata, o Skype, per periodi di tempo uguali a quelli fissati, e secondo il medesimo calendario;

P.Q.M.

Accoglie l'istanza e, per l'effetto, dispone che fino al termine del 3 aprile 2020, indicato nei predetti DD.PP.CC.MM., siano sospese le visite paterne, e dispone che, fino a tale data, il diritto di visita paterno sia esercitato attraverso lo strumento della videochiamata, o Skype, per periodi di tempo uguali a quelli fissati, e secondo il medesimo calendario;

Fissa

per la conferma, revoca, o modifica del presente provvedimento, la udienza già fissata per il merito del 29/5/2020, con termine fino al 30 aprile per la notifica

IL TESTO DEL DOCUMENTO

Unione nazionale camere civili -
Commissione famiglia - Riflessioni
sulla gestione dei rapporti
tra genitori e figli in relazione
alla emergenza COVID-19 -
Roma, 5 aprile 2020

Una guida dell'Uncc sui rapporti familiari: dalla frequentazione ai viaggi della baby-sitter

Premessa

L'emergenza dovuta alla epidemia in corso da COVID-19 e che ha portato alla emanazione di vari decreti, succedutisi via via, in un arco temporale di pochi giorni, ha creato una serie di problemi e questioni interpretative in relazione all'esercizio della responsabilità genitoriale.

Molti professionisti si sono trovati di fronte alle più varie questioni poste dai loro assistiti in merito a:

1) se sia corretto o meno sospendere il «diritto di visita» del genitore identificato come «non collocatario», stante i divieti posti dal Dpcm del 9 marzo 2020 e seguenti;

2) se sia eventualmente necessario rivedere gli accordi in vigore;

3) ovvero se sia vietato spostare i figli da dove si trovano al momento dell'entrata in vigore del provvedimento a prescindere dal genitore presso il quale in quel momento si trovano ecc. (es. http://www.ansa.it/abruzzo/notizie/2020/03/23/abruzzo-caos-separazioni-e_b9bc55f4-a267-42c2).

La situazione di emergenza in tali casi potrebbe infatti venire strumentalizzata ed acuire contrasti già in corso. Accade, infatti e non di rado, che il genitore indicato nel provvedimento come «collocatario» ritenga di avere maggiori diritti e tenda spesso ad assumere un atteggiamento impositivo e/o prevaricatore, o che il «non collocatario» non si occupi del figlio o viceversa subisca malamente il comportamento del genitore «collocatario».

In conseguenza di ciò i genitori rivolgono numerose questioni e richieste di intervento ai legali.

La Commissione Famiglia dell'UNCC, senza pretesa di riuscire ad individuare ogni caso, ha voluto fare delle riflessioni, per la gestione degli accordi, dirette sia ai professionisti che ai genitori, con lo scopo di prevenire i contrasti, nel rispetto del minore, soggetto di diritto, contemperando: il diritto alla bigenitorialità, allo stesso riconosciuto, con quello alla salute, e cercando di individuare i rimedi «consensuali» e/o «mediativi» più immediati aventi natura giuridica.

**Analisi di alcune problematiche sorte a seguito
delle misure adottate dal governo italiano
con i DPCM susseguitesisi dal 9 marzo ad oggi**

1. L'alternanza nella frequentazione dei genitori in presenza di un provvedimento del giudice.

È questo l'aspetto che ha dato e sta dando i maggiori problemi; in alcuni casi si è tratto spunto dal DPCM 9 marzo 2020, che pone forti limiti alla mobilità dei cittadini, per rifiutare il trasferimento dei figli presso il cosiddetto «genitore non collocatario» nei giorni stabiliti.

L'affido condiviso comporta la necessità di cambiare abitazione.

Ovviamente dovrà essere perlopiù rispettato il provvedimento che regola i rapporti, ma se «l'alternanza» dei tempi con i genitori dovesse risultare molto frazionata (ad. due pomeriggi settimanali), il consiglio che può essere dato è di riunire i tempi così da evitare che ci si esponga, con i più frequenti cambiamenti di residenza, di più al contagio. Deve essere chiaro, però che i divieti di spostamento, comunque li si interpreti, non incidono direttamente sulla regolamentazione dei tempi di permanenza del figlio presso ciascuno dei genitori.

2. L'alternanza nella frequentazione dei genitori in assenza di un provvedimento del giudice.

Questo caso viene spesso presentato come particolarmente difficoltoso e complicato da gestire. A ben guardare, tuttavia, è la situazione più semplice.

Non esistendo alcun provvedimento del giudice, non esiste nemmeno la fittizia discriminazione tra *collocatario* e *non collocatario* mentre è stata cancellata la dipendenza dalla convivenza dell'esercizio della responsabilità genitoriale per i genitori non coniugati, attribuita comunque pariteticamente ad entrambi (art. 316 c.c.). Ciò previene ogni tentazione di comportamenti sbagliati. Che la coppia sia coniugata o no, poco importa; basta che i figli siano stati riconosciuti da entrambi i genitori. Ciò vuol dire che, non essendo stata formulata alcuna disposizione in relazione ai tempi di permanenza, il raggiungimento dell'accordo dovrebbe risultare più facile.

Le modalità di frequentazione tra genitori e figli dovranno coniugarsi con le disposizioni generali ed essere intese, soprattutto, alla luce del buon senso: pertanto si dovrebbero evitare gli spostamenti con mezzi pubblici, evitare di mettere in contatto i minori con situazioni potenzialmente a rischio, evitare il contatto tra i minori e i

nonni o con tutti quei soggetti maggiormente esposti al rischio di contrarre il Covid-19.

E in ogni caso sempre nell'esercizio effettivo della responsabilità genitoriale è chiaro che la dove un genitore svolge una professione che mette a ampio rischio di contagio il figlio (ad esempio svolge un lavoro nel settore sanitario o comunque di continuo contatto con altre persone, sarebbe opportuno in questa situazione scegliere di ridurre o evitare la permanenza in questo periodo con lo stesso). Negli altri casi, come è stato ribadito, il genitore, munito di autocertificazione e del provvedimento di separazione o divorzio, potrà recarsi presso il comune dove si trova collocato in figlio minore nel rispetto di quanto stabilito dal provvedimento relativamente ai tempi di permanenza.

3. La frequentazione nel caso di genitori residenti in comuni differenti.

Una ordinanza dei ministri della salute e dell'interno, emessa in data 22 marzo 2020, interdice gli spostamenti più severamente, ovvero amplia le limitazioni aggiungendo il divieto di cambiare comune.

Ciò ha fatto temere numerosi genitori separati che la limitazione riguardasse anche loro. Tuttavia un successivo chiarimento di fonte governativa ha esplicitato che per loro valgono ancora le regole stabilite il 9 marzo con il precedente provvedimento, sempre che sia con un genitore che con l'altro ci siano le condizioni per garantire al salute del figlio.

Nuovamente in data 01 aprile 2020, il Governo nelle FAQ, ha ribadito e confermato che gli spostamenti da un comune all'altro sono consentiti, ovviamente nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario, in ottemperanza alle modalità dei tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore; in presenza di un provvedimento giudiziale, si darà quindi corso a quanto ivi previsto, in mancanza, si procederà in base a quanto concordato tra i genitori.

In caso di quarantena o altra impossibilità e/o difficoltà ad adempiere alle modalità di frequentazione in essere tra le parti, è auspicabile che siano privilegiati ed ampliati i contatti a mezzo di videochiamate, tramite Skype o altre piattaforme, al fine di garantire la continuità del rapporto genitoriale.

4. Considerazioni generali sulla frequentazione.

In aggiunta a quanto sopra riportato per le due situazioni, poiché certamente occorre riservare agli aspetti concreti dell'interesse dei figli il primo posto nell'effettuare una scelta, vale la pena di rammentare che il trasferimento in sé non comporta particolari rischi (basta effettuarlo con le cautele prescritte).

L'ultima e più rilevante considerazione sul punto è che, in forza quanto meno dell'alternanza nei fine settimana, esiste anche la possibilità che i figli si debbano spostare a partire dall'abitazione del genitore *non collocatario*, per cui uno stop agli spostamenti determinerebbe l'interruzione della relazione del figlio con l'altro genitore, e/o penalizzerebbe il *collocatario*.

È dunque più che probabile che il problema abbia una matrice culturale, la cui responsabilità è da individuare al-

l'interno del sistema legale. In altre parole, la discriminazione fra genitori - entrambi affidatari ed entrambi parimenti responsabili della cura, educazione e istruzione dei figli introdotta dall'invenzione del genitore prevalente come figura giuridica - dovrebbe essere fatta cessare, come è avvenuto in molti Tribunali.

5. Interferenza del blocco con gli obblighi alimentari e altri oneri scolastici.

Un altro problema che può presentarsi è quello dell'assunzione per intero da parte di uno dei genitori di oneri quali la mensa scolastica e/o lo scuolabus. In questo caso, essendo venuta a cessare la frequentazione, con tutta probabilità fino alla fine dell'anno scolastico, il genitore onerato verrebbe ad avere dei costi alimentari inferiori nei giorni in cui il figlio anziché pranzare a scuola lo fa e lo farà dall'altro, secondo il calendario della frequentazione.

In questo caso è corretto che la cifra che verrà risparmiata venga versata al genitore che lo ospita.

È da evitare né essere considerata un'alternativa la scelta di procedere ad acquisti alimentari secondo il proprio criterio da parte del genitore obbligato, che poi li porti al domicilio dell'altro, come purtroppo sta accadendo in vari casi.

6. "Spostamento" dei collaboratori domestici.

Altro quesito spesso sottoposto al legale è se possano essere consentiti (come in situazione di necessità) gli spostamenti stradali di una baby-sitter chiamata a custodire i figli di genitori (anche uno solo, se separati) impegnati in attività esterne necessarie (ad es., prestazioni ospedaliere) quando manchi un'alternativa come la disponibilità dell'altro genitore.

Poiché è stato disposto il versamento di un contributo statale a copertura del relativo onere, lo spostamento può essere considerato lecito. Non così l'intervento di personale addetto alle pulizie, poiché queste possono essere svolte in qualsiasi momento.

7. Impegni contrattuali nella frequentazione di palestre, piscine e corsi di istruzione.

Si verifica anche il caso che sia stata pagata per i figli la frequentazione periodica (ad es. l'intero anno) di palestre, piscine o corsi di istruzione (ad es. lingue straniere). L'onere può essere anche a carico di uno solo dei genitori quale capitolo di spesa.

La chiusura delle strutture potrebbe comportare la perdita della prestazione, quasi sempre già pagata per intero. In questo caso, mancando la controprestazione (d'altra parte cessa per l'organizzazione la maggior parte delle spese), si configura un diritto (art. 1463 c.c.) ad ottenere il prolungamento del servizio fino alla copertura di quello mancante, imputando le somme in acconto alle mensilità a venire, ovvero il rimborso del costo corrispondente a seconda del tipo di abbonamento e/o offerta scelta. Il genitore che ha corrisposto la somma, non potrà pertanto richiedere nessun rimborso all'altro genitore.

Sicuri di non essere stati esaustivi ci riserviamo di integrare il documento con delle appendici seguendo prontamente l'evoluzione della situazione e le problematiche che sorgeranno.

Il fine è prevenire i contrasti nel rispetto del minore

Sanità e bioetica

Marina Crisafi

Nella pratica sono tanti i dubbi sorti nei giorni scorsi in virtù dei divieti di spostamenti stabiliti dall'esecutivo

Il diritto di visita ai figli per i genitori separati o divorziati è inalterato in questo periodo di emergenza sanitaria? In teoria sì, ma nella pratica sono tanti i dubbi sorti nei giorni scorsi in virtù dei divieti di spostamenti stabiliti dall'esecutivo. Dubbi che hanno dato vita a ulteriori contrasti tra gli ex e anche a strumentalizzazioni delle misure da parte delle coppie separate e divorziate.

Da qui, la riflessione della **commissione famiglia dell'Unione Nazionale Camere Civili** che ha realizzato **una sorta di vademecum** utile per gestire le casistiche più ricorrenti.

Il fine, scrivono gli avvocati civilisti, infatti, è quello di **«prevenire i contrasti**, nel rispetto del minore, soggetto di diritto, contemperando: il diritto alla bigenitorialità, allo stesso riconosciuto, con quello alla salute, cercando di individuare i rimedi “consensuali” e/o “mediativi” più immediati aventi natura giuridica».

Il vademecum delle Uncc per gestire i casi

Nel documento elaborato dall'Uncc si spazia dunque dall'alternanza nella frequentazione dei genitori in presenza di un provvedimento del giudice o in sua assenza, dalla frequentazione nel caso di genitori residenti in comuni diversi, sino a considerazioni più generali in ordine agli obblighi alimentari, agli oneri più disparati (scolastici, sportivi, ecc.) e finanche alla possibilità di spostamento per le eventuali baby sitter.

Diritto di visita con provvedimento giudiziale

Il punto, riflettono i civilisti, è tra i più problematici, perché accade non di rado che «il genitore indicato nel provvedimento come **“collocatario”** ritenga di avere maggiori diritti e tenda spesso ad assumere un atteggiamento impositivo e/o prevaricatore, o che il **“non collocatario”** non si occupi del figlio o viceversa subisca malamente il comportamento del genitore **“collocatario”**».

Da qui le numerose questioni e le richieste di intervento ai legali.

Ragion per cui, se c'è un provvedimento del giudice che regola i rapporti, sottolineano dall'Uncc, andrà rispettato perché i divieti di spostamento “comunque li si interpreti, non incidono direttamente sulla regolamentazione dei tempi di permanenza del figlio presso ciascuno dei genitori”.

Il consiglio, ad ogni modo, laddove l'alternanza dei tempi con i genitori risulti molto frazionata è quello di **“riunire i tempi”** in modo da evitare di esporre il minore e i genitori stessi a frequenti spostamenti e dunque al contagio.

Addio a discriminazione tra genitore collocatario e non

Se manca il provvedimento giudiziale, la situazione apparentemente più complicata è invece **più facile da gestire**.

Non esiste infatti, si spinge a considerare l'Uncc, «nemmeno la fittizia discriminazione **tra collocatario e non collocatario** mentre è stata cancellata la dipendenza dalla convivenza dell'esercizio della responsabilità genito-



Per saperne di più sull'Uncc
www.unionenazionalecamerericivili.it

LE QUESTIONI POSTE DALL'UNCC

ESERCIZIO RESPONSABILITÀ GENITORIALI

→	1	se sia corretto o meno sospendere il "diritto di visita" del genitore identificato come "non collocatario", stante i divieti posti dal Dpcm del 9 marzo 2020 e seguenti;
→	2	se sia eventualmente necessario rivedere gli accordi in vigore;
→	3	ovvero se sia vietato spostare i figli da dove si trovano al momento dell'entrata in vigore del provvedimento a prescindere dal genitore presso il quale in quel momento si trovano ecc.

riale per i genitori non coniugati, attribuita comunque pariteticamente ad entrambi (articolo 316 del Cc)».

Questo previene dunque «ogni tentazione di comportamenti sbagliati».

E raggiungere l'accordo sarà più semplice, basterà usare il **"buon senso"**, garantendo modalità di frequentazione con entrambi i genitori ed evitando spostamenti con mezzi pubblici e contatti con situazioni potenzialmente a rischio, come ad esempio, il contatto tra minori e nonni.

Non solo. Il problema della «discriminazione fra genitori entrambi affidatari ed entrambi parimenti responsabili della cura, educazione ed istruzione dei figli introdotta dall'invenzione del genitore prevalente come figura giuridica - rincarano i civilisti nel merito - dovrebbe essere fatta cessare, come è avvenuto in molti tribunali».

Residenze in comuni diversi

Passando alla limitazione degli spostamenti in comuni diversi, il divieto, rassicura l'Unione, non riguarda i genitori residenti in comuni differenti e dunque gli spostamenti per vedere i figli sono consentiti, ovviamente nel rispetto di tutte le prescrizioni sanitarie.

Sulla questione, si registrano tuttavia già posizioni altalenanti nella giurisprudenza di merito.

Se per il **Tribunale di Verona** (decreto del 27 marzo 2020 estensore Raffaella Marzocca) **il diritto dovere di visita non si interrompe** e va disciplinato alternando 15 giorni con ciascun genitore, per quello di **Bari** (ordinanza 26 marzo 2020 relatore Labellarte) **le visite vanno sospese e i rapporti con l'altro genitore andranno "coltivati" via Skype.**

Obblighi alimentari e oneri diversi

L'Uncc interviene, infine, sui problemi che potrebbero presentarsi in ordine all'assunzione per intero da parte di uno dei genitori di oneri **quali la mensa scolastica e/o lo scuolabus.**

In tal caso, «essendo venuta a cessare la frequentazione, con tutta probabilità fino alla fine dell'anno scolastico, il genitore onerato verrebbe ad avere dei costi alimentari inferiori nei giorni in cui il figlio anziché pranzare a scuola lo fa e lo farà dall'altro». Per cui **«la cifra che verrà risparmiata - è corretto - venga versata al genitore che lo ospita».**

Con riferimento, invece, alle somme pagate per palestre, piscine o corsi di istruzione per i figli da parte di un genitore, poiché si configura sia il diritto ad ottenere il prolungamento dei vari "abbonamenti" per i mesi a venire, sia il rimborso dei costi sostenuti, **«il genitore che ha corrisposto la somma non potrà pertanto richiedere nessun rimborso all'altro genitore».**

Ultima riflessione concerne lo spostamento dei collaboratori domestici, come la **babysitter** chiamata a custodire i figli di genitori impegnati in attività esterne necessarie. Poiché lo Stato ha previsto il versamento di un contributo a copertura degli oneri, conclude l'Uncc, **«lo spostamento può essere considerato lecito».**

Non è così invece per l'intervento di personale addetto alle pulizie, «poiché queste possono essere svolte in qualsiasi momento».

L'Associazione interviene anche sui problemi che potrebbero presentarsi in ordine all'assunzione per intero da parte di uno dei genitori di oneri quali la mensa scolastica

IL TESTO DEL DECRETO

Consiglio di Stato - Sezione III -
Decreto 30 marzo 2020 n. 1553
(Presidente Frattini)

Decreti amministrativi contro il rischio contagio: obbligo di quarantena per il bracciante agricolo

LA MASSIMA

Sanità e bioetica - Covid-19 - Misure anti contagio - Obbligo di non uscire dalla abitazione - Violazione - Bracciante agricolo - Diffida e messa in quarantena - Non va sospesa.

Deve essere respinta la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con

sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, essendo l'eventuale, provato pregiudizio economico risarcibile.

Il Presidente

ha pronunciato il presente

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 2825 del 2020,

proposto da

-OMISSIS-, con la rappresentanza e difesa dall'avvocato Antonio Sapia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Corigliano-Rossano e Regione Calabria, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, non costituita in giudizio;

per la riforma del decreto cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dall'appellante, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm.;

L'appellante svolge attività di bracciante agricolo; all'appellante è stato notificato il -OMISSIS- ordine del Sindaco di Corigliano di quarantena/isolamento domiciliare fino al 3 aprile 2020, per «violazione della ordinanza n. 12 /2020 del Presidente della Regione Calabria»; l'appello, nel censurare il decreto cautelare del Presidente T.A.R. Calabria, sostiene che l'appellante non è positivo al virus, non ha avuto recenti contatti con persone contagiate, lavora in un settore non bloccato dai provvedimenti oggi in vigore, e lamenta il pregiudizio consistente nel non poter lavorare, rischiando, il licenziamento, e nella preclusione ad attendere ad attività di stretta necessità quotidiana. Lamenta di non conoscere, ed in effetti manca in atti il documento citato, per "quale specifica" violazione della ordinanza regionale gli sia stata imposta la quarantena/isolamento domiciliare";

Considerato che con l'atto di appello, viene sottoposta una questione che può articolarsi almeno in tre profili:

1) l'ammissibilità della impugnazione di un decreto monocratico presidenziale del T.A.R.;

2) l'esistenza di un danno grave ed irreparabile per l'appellante, prevalente su quello, posto a base del decreto sindacale impugnato, di rendere effettiva la rigorosa applicazione delle disposizioni anti-contagio;

3) il "*fumus boni juris*", su cui il decreto presidenziale spende una succinta ma precisa motivazione;

Considerato, in ordine alla ammissibilità dell'appello:

- che questo Consiglio di Stato ha ritenuto l'am-

missibilità nei soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale "bene della vita" corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato;

- che nel caso in esame, seppure per il limitato periodo residuo (4 giorni) di efficacia temporale del decreto sindacale impugnato in primo grado, la pretesa dell'appellante è di potersi recare al lavoro, di evitare il rischio di licenziamento, e di recarsi, con le limitazioni in vigore, ad effettuare acquisti di beni di prima necessità;

- che, dunque, la pretesa tocca diritti tutelati dall'ordinamento anche a livello costituzionale, da cui discende l'ammissibilità dell'appello contro il decreto del Presidente del T.A.R. Calabria;

Considerato, in ordine alle condizioni necessarie ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare:

- che occorre verificare la consistenza del "*fumus boni juris*" cioè la probabilità che la pretesa sia riconosciuta fondata nelle successive fasi del giudizio, ma anche, e contestualmente, che vi sia gravità e irreparabilità del danno lamentato, prevalenti sull'interesse pubblico posto a base degli atti censurati;

- che, quando alla gravità e irreparabilità del danno, non appaiono sussistere le condizioni per un accoglimento dell'appello cautelare, in quanto:

A) I provvedimenti, del Sindaco e del Presidente della Regione Calabria, qui impugnati, sono stati adottati in ottemperanza di criteri e disposizioni, anche legislative, nazionali, e negli ambiti di possibile margine per integrazioni territoriali su scala regionale in rapporto alle assai diverse situazioni del contagio e delle sue prospettive, da Regione a Regione;

B) Il provvedimento regionale e il decreto esecutivo del Sindaco di Corigliano sono stati adottati in giorni caratterizzati dal pericolo concreto e imminente di un trasferimento massivo di persone e di contagi, dalle regioni già gravemente interessate dalla pandemia, a quelle del Mezzogiorno, con la conseguenza che gli atti dei Governatori hanno, ragionevolmente, imposto misure anche ulteriormente restrittive quale prevenzione, tanto che, si auspica, la non massiccia diffusione di Covid-19 al Sud possa scontare positivamente l'effetto di tali misure;

C) In tale quadro, per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e genera-

le rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo;

D) Per queste ragioni, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo;

E) Le conseguenze dannose per l'appellante non hanno poi il carattere della irreversibilità, giacché nelle disposizioni, statali e regionali, adottate e che verranno adottate a ulteriore completamento e integrazione per fronteggiare il "dopo-pandemia", ci sono misure di tutela del posto di lavoro (oltre alla cassa integrazione), misure di soccorso emergenziale per esigenze alimentari e di prima necessità (non a caso demandate ai Comuni, e dunque anche a quello di Corigliano), tali da mitigare o comunque non rendere irreversibili, anche nel breve periodo, le conseguenze della doverosa stretta applicazione delle norme di restrizione anti-contagio;

F) Il periodo di "quarantena" terminerà, per l'appellante, tra quattro giorni, e sarà possibile, nelle successive sedi di giudizio, volte all'esame dei profili di merito del ricorso, in caso di fondatezza del medesimo, richiedere e documentare, come di regola, un eventuale risarcimento del danno per la mancata retribuzione da lavoro per i giorni coperti dall'ordine di quarantena contestato, salvo che, come è ipotizzabile, detto pregiudizio economico venga riparato dalla normativa di tutela dei lavoratori colpiti dalle generali, e individuali in questo caso, misure di preclusione assoluta;

G) Le considerazioni sopra svolte esimono questo giudice dall'esaminare, nella presente sede di delibazione sommaria, profili di merito delle censure proposte, su cui certamente si soffermeranno in primo e secondo grado i Collegi che decideranno la controversia;

P.Q.M.

Dichiara ammissibile, e respinge l'istanza cautelare.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

SMART **24** FISCO
www.smart24fisco.com



24ORE
PROFESSIONALE

Giudici in prima linea sulle richieste di tutela

Sanità e bioetica

Davide Ponte

Anche di fronte all'emergenza Covid 19 la giustizia amministrativa si trova in prima linea, al fine di dare una risposta alle **prime richieste di tutela**, derivanti dall'adozione e applicazione delle stringenti misure anti contagio.

In linea generale è noto come queste ultime, in quanto chiamate a incidere pesantemente sulle libertà fondamentali di ciascuno di noi, abbiano posto, pongano e porranno non poche perplessità, e non solo con riferimento agli strumenti giuridici normativi o amministrativi adottati.

Il riconoscimento della duplice valenza del diritto alla salute ha costituito una prima risposta, la quale, peraltro, dovrà essere seguita da un necessario approfondimento in relazione ai diversi ambiti di bilanciamento che una tale estensione impone, specie rispetto ai più **elementari diritti e libertà della persona umana**.

E quando il bilanciamento fra poteri e soggetti ovvero fra diversi interessi pubblici e privati viene in rilievo, il **giudice amministrativo** si trova al centro del dibattito e dell'arena, sia per l'estensione della propria cognizione rispetto all'esercizio di ogni potere autoritativo, sia per la **rapidità di risposta di cui si sta dimostrando capace il relativo processo**.

Non ultimo, anche l'ambito in oggetto, oltre ai delicatissimi versanti intaccati in tema di diritti fondamentali, contiene questioni di rilevanza anche processuale, a partire dal dibattuto tema dell'appellabilità dei decreti cautelari monocratici.

Quando il bilanciamento fra poteri e soggetti ovvero fra diversi interessi pubblici e privati viene in rilievo, il giudice amministrativo si trova al centro del dibattito e dell'arena

La normativa

Il corretto inquadramento delle questioni che hanno cominciato a interessare le aule della giustizia amministrativa impone un **rapido excursus della normativa eccezionale** che si sta susseguendo in maniera vorticosa da due mesi a questa parte.

Il nucleo normativo è costituito **dall'articolo 3 del decreto legge n. 6 del 2020**, poi ripreso e chiarito negli articoli del **decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020**, che ha radicato la gestione dell'epidemia COVID-19 con la previsione che, tramite uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, possano essere adottate le misure di contenimento del contagio indicate nelle norme degli stessi decreti legge.

Mentre **l'articolo 1 del DI ora vigente contiene una specifica enumerazione di misure urgenti** (tra le quali: divieto accesso o allontanamento dall'area interessata; sospensione dell'attività scolastica, di viaggi di istruzione, di manifestazioni e eventi, concorsi, chiusura di tutte le attività commerciali, sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali, sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative, applicazione della misura della quarantena per soggetti a rischio. ecc.), **l'articolo 2 del DI n. 19 individua il percorso procedimentale e disciplina il regime transitorio delle misure di carattere regionale, l'articolo 3 disciplina le misure urgenti di carattere regionale o infraregionale**, tentando la difficile strada di mettere un po' di ordine nel caos derivante da una sorta di federalismo normativo im-

pazzito, in cui ogni giorno si susseguono ordinanze regionali sugli ambiti più disparati, spesso in termini non coincidenti con le previsioni statali.

Sulla base normativa di rango primario, sopra riassunta, anche a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza datata 31 gennaio 2020 ai sensi del codice della protezione civile (Dlgs n. 1 del 2018), sono stati nell'ordine emanati i seguenti principali atti statali:

- › **Dpcm 20 febbraio 2020**, contenente misure urgenti di contenimento del contagio in undici comuni di Lombardia e Veneto (c.d. "zona rossa");
- › **Dpcm 25 febbraio 2020**, con cui sono state previste ulteriori misure di contenimento per un'area più ampia di quella iniziale (e cioè per i comuni delle regioni Emilia-Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lombardia, Liguria, Piemonte e Veneto);
- › **Dpcm 1° marzo 2020**, che contiene un'ulteriore serie di misure di contenimento del contagio in alcuni comuni e province, nonché nelle regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, cui si affiancano alcune prime misure, meno stringenti, sull'intero territorio nazionale;
- › **Dpcm 8 marzo 2020**, che, oltre a misure più restrittive per la regione Lombardia e alcuni territori provinciali, impattanti su molteplici ambiti (scolastico, ludico-sportivo, religioso, sanitario, ecc.), reca, tra l'altro, una raccomandazione, presidiata da una norma incriminatrice, al fine di non consentire, dalla data dell'8 marzo e fino al 3 aprile 2020, lo spostamento "in entrata e in uscita" dai territori della regione Lombardia e delle province oggetto del provvedimento;
- › **Dpcm 9 marzo 2020**, che ha previsto analoga limitazione, estendendo all'intero territorio nazionale le misure di cui all'articolo 1 del Dpcm 8 marzo, con decorrenza dal 10 marzo al 3 aprile 2020; ha inoltre fatto divieto di ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico e ha sospeso tutti gli eventi e le competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, in luoghi pubblici o privati;
- › **Dpcm 11 marzo 2020**, che contiene ulteriori misure sull'intero territorio nazionale, tra le quali la sospensione delle attività di ristorazione e delle attività commerciali di vendita al dettaglio, fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità;
- › **Dpcm 22 marzo** recante ulteriori misure applicabili sull'intero territorio nazionale, limitative in specie delle attività produttive;
- › **Dpcm 1 aprile di proroga al 13 aprile delle misure vigenti.**

A valle, le Regioni e gli altri enti territoriali hanno adottato una serie di misure ulteriori ovvero più restrittive, che, più o meno fondate sul richiamo all'articolo 32 della Costituzione e all'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, hanno dato vita a un vero e proprio codice dell'emergenza di centinaia di pagine, con buona pace della certezza del diritto.

Le criticità di fondo

Come si evince dall'elencazione normativa e dei decreti attuativi, sono state imposte, con le misure di contenimento del contagio, forti restrizioni alle libertà fondamentali su tutto il territorio nazionale, in nome della tutela del fondamentale diritto alla salute.

Con particolare riguardo all'estensione territoriale, la parziale scoperta derivante dall'articolo 1, comma 1, del DL n. 6, riferibile a un'area determinata, pare superata dalla disciplina sopravvenuta del DL n. 19.

Peraltro, **è nella sostanza delle limitazioni che si pongono le maggiori perplessità.**

Ciò non solo sul versante formale della natura dello strumento utilizzato per l'individuazione delle misure restrittive (Dpcm) a fronte di una norma di legge a monte estremamente povera (quantomeno in origine) in ordine ai criteri di riferimento, ma anche su quello **dell'estensione e dell'incisività delle misure restrittive imposte**, prive di reale parametro di confronto nella storia repubblicana.

Ulteriore profilo di rilevante criticità è il rapporto fra competenze statali e regionali, la cui incertezza ha dato (e sta dando) vita a veri e propri **scontri istituzionali**, in cui provvedimenti statali e regionali si inseguono in un vor-

Regioni e altri enti territoriali hanno adottato una serie di misure ulteriori o più restrittive, che hanno dato vita a un vero e proprio codice dell'emergenza

L'interessato lamentava il non poter lavorare, con conseguente rischio di licenziamento, oltre alla preclusione ad attività quotidiane

tice in cui cittadini e certezza del diritto vengono sostanzialmente travolti in contemporanea.

La fattispecie controversa

Un breve riassunto della vicenda contenziosa esaminata nel decreto cautelare di cui in epigrafe può essere utile al fine di comprendere le conclusioni riassunte.

Un **bracciante agricolo** si vedeva notificare l'ordine del Sindaco di **quarantena/isolamento domiciliare fino al 3 aprile 2020**.

L'interessato contestava l'ordine evidenziando diversi profili: il non essere positivo al virus, non aver avuto recenti contatti con persone contagiate, di lavorare in un settore non bloccato dai provvedimenti in vigore concernenti le eccezionali misure anti contagio, non conoscere per quale specifica violazione della ordinanza regionale gli sia stata imposta la quarantena - isolamento domiciliare. Dal punto di vista del pregiudizio, **lamentava il non poter lavorare, con conseguente rischio di licenziamento**, oltre alla preclusione nell'attendere ad attività di stretta necessità quotidiana.

Il Presidente del **Tar**, adito in via cautelare monocratica, **respingeva l'istanza**. Con il decreto di cui in epigrafe il **Consiglio di Stato confermava la statuizione negativa**.

La decisione

Preliminarmente, va evidenziato come l'urgenza abbia dato vita a un curioso (e pericoloso) corto circuito per cui, sia le norme che le decisioni giurisdizionali sono frutto di attuazione attraverso la forma del "decreto", cioè una forma in cui, rispettivamente, l'esecutivo e il singolo magistrato si sostituiscono (in teoria solo per l'urgenza) all'organo deputato dall'ordinamento alla decisione, cioè il legislatore e il collegio giudicante.

Passando all'esame del merito della statuizione (cfr. in senso analogo Consiglio di Stato, sezione III, decisione, 31 marzo 2020 n. 1611), che costituisce l'occasione per un primo approfondimento, il Presidente della sezione interessata ha affrontato in primo luogo il tema **dell'impugnabilità dei decreti monocratici**, non prevista dal codice del processo amministrativo. A tal proposito nel richiamare alcuni precedenti, la decisione in esame ha ribadito la tesi (non univoca in giurisprudenza e dottrina, sul versante formale, sebbene pienamente comprensibile in via sostanziale) **l'appello di un decreto monocratico cautelare è da ritenersi ammissibile nei soli**, limitatissimi casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del giudice di primo grado produrrebbe la definitiva e irreversibile **perdita del preteso bene della vita**, e che tale "bene della vita" corrisponda a un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato.

Applicando tale principio al caso di specie, seppure per il limitato periodo residuo (4 giorni) di efficacia temporale del decreto sindacale impugnato in primo grado, la pretesa dell'appellante è di potersi recare al lavoro, di evitare il rischio di licenziamento, e di recarsi, con le limitazioni in vigore, a effettuare acquisti di beni di prima necessità. Ne consegue che **la pretesa tocca diritti tutelati dall'ordinamento anche a livello costituzionale. Da ciò il decreto ne fa discendere l'ammissibilità dell'appello contro il decreto del Presidente del Tar**.

Resta sullo sfondo l'assenza dell'appellabilità dei decreti monocratici nella disciplina codicistica e le diverse perplessità ancora di recente espresse, a cagione del silenzio del legislatore, sia a livello dottrinario che giurisprudenziale (cfr. ad esempio Consiglio di Stato, sezione VI, decreto 1° aprile 2019 n. 1715).

Nel merito il decreto mette in luce che il provvedimento regionale e il decreto esecutivo del Sindaco **sono stati adottati in giorni caratterizzati dal pericolo concreto e imminente di un trasferimento massivo di persone e di contagi**, dalle regioni già gravemente interessate dalla pandemia, a quelle del mezzogiorno, con la conseguenza che gli atti regionali hanno, ragionevolmente, imposto misure anche ulteriormente restrittive quale prevenzione, tanto che, si auspica, la non massiccia diffusione di Covid-19 al

Il Consiglio di Stato, con il parere della Prima sezione n. 735/2020, pubblicato ieri sera, ha espresso con la massima urgenza, parere favorevole sulla proposta del Ministero dell'interno, pervenuta nella mattinata, per annullamento, in via straordinaria, dell'ordinanza del Sindaco di Messina, n.105 del 5 aprile 2020. L'ordinanza ha imposto a «Chiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina, sia che viaggi a piedi sia che viaggi a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto» l'obbligo di registrarsi, almeno 48 ore prima della partenza, «nel sistema di registrazione on-line www.sipas-saacondizione.comune.messina.it, fornendo una serie di dati identificativi e di informazioni personali, e di Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina del Nulla Osta allo spostamento».

La Sezione ha evidenziato come l'istituto dell'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento evidenzia oggi una sua rinnovata attualità e rilevanza, proprio a fronte di fenomeni di dimensione globale quali l'attuale emergenza sanitaria da pandemia che affligge il Paese, al fine di garantire il razionale equilibrio tra i poteri dello

Stato e tra questi e le autonomie territoriali. Tale potere - ha ribadito la Sezione - trova la sua ragion d'essere nell'obbligo gravante sul Presidente del Consiglio dei ministri, sancito dall'art. 95 Cost., di assicurare il mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo, nel quadro di unità e di indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost. In presenza di emergenze di carattere nazionale - ha concluso il Consiglio di Stato - pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali.

Al parere seguirà deliberazione del Consiglio dei Ministri che dovrà essere recepita con decreto del Presidente della Repubblica.

Fonte: Giustizia amministrativa - Ufficio stampa e comunicazione istituzionale - Comunicato stampa - Roma, 8 Aprile 2020

Sud possa scontare positivamente l'effetto di tali misure. In tale quadro, lo stesso decreto evidenzia come, per la prima volta dal dopoguerra, si siano definite e applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla riservatezza - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè **la salute della generalità dei cittadini**, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo.

Sulla scorta di tali considerazioni il decreto conclude nel senso **che la gravità del danno individuale non può condurre a derogare**, limitare, comprimere la primaria **esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività**, corrispondente a un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo. Ciò anche in quanto le conseguenze dannose per l'appellante non avrebbero il carattere della irreversibilità, giacché nelle disposizioni, statali e regionali, adottate e che verranno adottate a ulteriore completamento e integrazione per fronteggiare il "dopo-pandemia", ci sono misure di tutela del posto di lavoro (oltre alla cassa integrazione), misure di soccorso emergenziale per esigenze alimentari e di prima necessità (non a caso demandate ai Comuni), **tali da mitigare o comunque non rendere irreversibili**, anche nel breve periodo, le conseguenze della doverosa stretta applicazione delle norme di restrizione anti-contagio.

La gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare e comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività

Tra salute ed economia priorità assoluta alla prima Sanità e bioetica

Davide Ponte

La rilevanza dell'impatto delle misure su tutto l'ordinamento giuridico è evidente: dal versante della forma giuridica degli atti al riparto di competenze fra lo Stato e i governi territoriali

Nella stessa ottica del riassunto decreto del Consiglio di Stato n. 1553 paiono muoversi altre statuizioni monocratiche già rese in primo grado.

Altre fattispecie decisorie nei decreti di Tar

A titolo esemplificativo può richiamarsi **Tar Napoli, sezione V, decisione 24 marzo 2020 n. 471**, con cui è stata respinta la richiesta di misure cautelari avanzata da un **giornalista contro l'obbligo di quarantena domiciliare di 14 giorni** disposto nei suoi confronti dall'Asl competente per territorio, in applicazione dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale in tema di misure di contenimento COVID-19.

Secondo tale statuizione, l'applicazione della domiciliazione fiduciaria, misura fissata in relazione a determinate evenienze a esito di specifiche valutazioni proprie del particolare settore medico di riferimento, segue anche precauzionalmente al fatto in sé, comunque e da qualunque autorità riscontrato, non potendosi ritenere che un tale effetto segua unicamente ad accertamenti provenienti dalle forze dell'ordine. Ha aggiunto che l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale.

A fronte di tali statuizioni, che mettono l'accento prevalente sull'urgenza e le esigenze di contenimento del virus, **in altri casi risultano adottate decisioni di segno opposto, fondate anche sul bilanciamento dei fondamentali interessi coinvolti**.

A titolo esemplificativo, in una specifica ipotesi (cfr. **Tar Molise decreto 30 marzo 2020, n. 62**) sono stati **sospesi i provvedimenti della Azienda Sanitaria** nella parte in cui, immotivatamente, dispongono **il ricovero presso una struttura privata accreditata residenziale di una paziente proveniente dal Molise senza aver disposto preventivamente il tampone** di controllo per verificare che la paziente medesima non sia affetta da coronavirus. Secondo tale decreto, i provvedimenti della Azienda Sanitaria Regionale non sarebbero sorretti da una valida motivazione che giustifichi il diverso trattamento previsto per i pazienti residenti nella regione.

In analoga direzione favorevole al ricorrente, può richiamarsi un altro caso (cfr. ad esempio **Tar Napoli, sezione V, decreto, 21 marzo 2020 n. 436**) di decreto cautelare che **ha sospeso il provvedimento di messa in quarantena** per violazione dell'obbligo di non lasciare la propria abitazione qualora l'interessato abbia prodotto documentazione medica, di data anteriore all'accertamento dal quale è scaturita la misura, che **ha certificato le necessità di assistenza dell'anziana madre e di essere l'unico in grado di fornirla**. Secondo tale decreto, l'estrema gravità e d'urgenza che giustifica la tutela cautelare monocratica deve essere apprezzata anche nella adeguata considerazione del fine giustificante le misure adottate con l'ordinanza del Presidente della regione, con la conseguenza che la **tutela cautelare può esser modulata con soluzione**, nel caso, in grado di contemperare l'esigenza primaria esposta dal ricorrente con detto fine.

Analoga statuizione favorevole ha riguardato il caso del decreto che ha sospeso il provvedimento di «diffida e messa in quarantena» disposta per 14 giorni nei confronti di un **avvocato che era uscito dalla propria abitazione per impegni professionali relativi ai giudizi pendenti presso un Tribunale** (cfr. **Tar Napoli, sezione V, decreto, 20 marzo 2020 n. 433**).

Le diverse criticità

La rilevanza dell'impatto delle misure in questioni su tutto l'ordinamento giuridico vigente è evidente.

Dal versante della **forma giuridica degli atti adottati** al riparto di **competenze fra lo Stato e i diversi livelli di governo territoriale**, per giungere sino al versante **processuale** sopra accennato dell'impugnabilità dei decreti cautelari, passando per **l'interpretazione della normativa processuale di emergenza** (articolo 84 del Dl 18 del 2020, su cui cfr. ad esempio Consiglio di Stato, sezione VI, decreto 2 aprile 2020 n. 1641), un primo breve approfondimento va svolto con riferimento al tema del rapporto fra le misure così limitative rispetto ai diritti e alle libertà fondamentali incise.

a. diritto alla salute.

Sul carattere primario della tutela della salute, con conseguente legittimità delle previsioni contenute nei vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, è stata già richiamato l'orientamento (cfr. ad esempio Corte costituzionale, 18 luglio 2019 n. 186, nonché n. 247 del 2018), per cui è rimesso alla competenza esclusiva del legislatore statale **il potere di dettare norme generali sull'istruzione e in materia di profilassi internazionale**, nonché di determinare i principi fondamentali in materia di tutela della salute.

In tale contesto, in relazione all'emergenza derivante dalla pandemia, l'intervento normativo statale, sia primario (decreti legge), sia secondario (Dpcm), non può che ricollegarsi **ai cosiddetta Lea** (livelli essenziali di assistenza) e alla relativa competenza esclusiva in ambito di tutela necessariamente uniforme del bene della salute (cfr. articolo 117, comma 2, lettera m).

Nella stessa ottica fatta propria dal decreto della terza sezione di Palazzo Spada, in dottrina (Nocelli) è stato anche posto in rilievo il risvolto solidaristico della tutela della salute ex articolo 32 della Costituzione, per il quale il relativo diritto non è soltanto un diritto fondamentale della persona, **ma anche un interesse della collettività**, che, di fronte a situazioni di emergenza sanitaria e alla minaccia concreta e effettiva del bene salute, **assurge a un valore superiore**, capace di giustificare le restrizioni alle libertà fondamentali della persona, di cui si è detto sopra nel testo.

In proposito, a giustificazione della duplice valenza della tutela alla salute, viene altresì richiamata altra giurisprudenza (Corte costituzionale, n. 5 del 2018) secondo cui la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale, nonché quella più risalente (Corte costituzionale n. 218 del 1994), secondo cui la tutela della salute implica anche il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri.

b. le "libertà incise"

A fronte della rilevanza primaria della tutela della salute, si pongono diverse libertà fondamentali.

In questo primo commento è possibile solo citarne alcune, al fine di impostare futuri necessari e maggiori approfondimenti.

In primo luogo si pongono la libertà di soggiorno e soprattutto di circolazione.

In proposito, l'articolo 16 della Costituzione pone una riserva di legge rinforzata a tutela di tali libertà, che possono essere limitate soltanto "con legge" e "per motivi di sanità o di sicurezza". Collegata a tale disposizione è poi l'articolo 120, laddove stabilisce che «La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni».

È rimesso alla competenza esclusiva del legislatore statale il potere di dettare regole generali sull'istruzione e in materia di profilassi internazionale

Se è vero che la libertà di circolazione può essere limitata «per motivi di sanità», ora si è giunti a una sostanziale soppressione

Se si ritiene, come sostenuto in dottrina (Barbera, Pace), che la riserva di legge, posta dalla predetta norma costituzionale, abbia carattere assoluto, i vari Dpcm sarebbero di dubbia legittimità; viceversa, se, in linea con la giurisprudenza tradizionale della Corte costituzionale (Corte costituzionale, sentenze n. 2 del 1956 e n. 72 del 1963), si ritiene che la suddetta riserva abbia carattere relativo, la conclusione muta in positivo.

In tale ottica, le norme dei decreti legge richiamati appaiono suscettibile di integrare quella "generale" fonte legislativa richiesta dall'articolo 16 della Costituzione. La norma costituzionale, come interpretata dalla Consulta nei precedenti richiamati, **non esclude infatti spazi di discrezionalità applicativa nelle limitazioni concrete alle libertà da essa stessa tutelate**. È stato così affermato che l'autorità amministrativa può limitare la libertà di singoli o di gruppi **purché non stabilisca illegittime discriminazioni** e ponga regole «con criteri generali e su basi assolutamente obiettive» (così Corte costituzionale n. 72 del 1963). In altri termini, l'espressione «in via generale», utilizzata dall'articolo 16 della Costituzione nel porre la riserva, non impedisce che la legge demandi all'autorità amministrativa «l'accertamento del pericolo per la sanità e la sicurezza di singoli individui e quindi conceda alla predetta autorità i necessari poteri valutativi» (Corte costituzionale n. 161 del 1980).

Resta il fatto che, se è vero che la libertà di circolazione può essere limitata «per motivi di sanità o di sicurezza», nel caso delle misure anti contagio più che una limitazione **si è giunti a una sostanziale soppressione**, tale da far ipotizzare che si sia arrivati a sfiorare l'incisione della stessa libertà personale, di cui all'articolo 13 della Costituzione.

Analoghe considerazioni vanno estese **al cosiddetto diritto di riunirsi**, il quale può incontrare un divieto «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica» (articolo 17, terzo comma, della Costituzione), ma solo se le riunioni che avvengono in luogo pubblico. Infatti nel caso in esame sono state rigorosamente vietate anche tutte le riunioni in luoghi privati, con una estensione estremamente problematica anche in termini di compatibilità costituzionale.

Nell'ottica di ricercare un bilanciamento fra i diritti incisi e tutelati, anche nell'ambito del diritto di famiglia si sono poste da subito questioni di rilevanza fondamentale. A titolo esemplificativo, un decreto della IX sezione del Tribunale di Milano (11 marzo 2020, giudice Gasparini) ha stabilito come anche in tempo di emergenza sanitaria da Covid-19 **sia garantito il diritto di visita e di frequentazione dei figli da parte dei genitori separati e divorziati**; in tale ottica si chiarisce che gli spostamenti effettuati dai genitori separati o divorziati non collocarli dei figli, nell'esercizio del proprio diritto di visita, rientrano tra le situazioni di necessità previste dai Dpcm predetti.

In secondo luogo, si pongono le libertà economiche.

In ordine all'iniziativa economica privata, permangono orientamenti diffusi in dottrina e giurisprudenza sulla esatta estensione del perimetro di cui all'articolo 41 della Costituzione. Preliminarmente, prevale la tesi secondo cui si può escludere la riconducibilità alla sola attività di impresa dell'«iniziativa economica privata», essendo l'impresa una delle varie forme di esercizio dell'attività economica, rintracciando nella disposizione predetta il fondamento costituzionale (e la disciplina) anche di altre attività economiche, sebbene non organizzate a impresa, quali quelle occasionali o anche il lavoro autonomo, fino in alcuni casi a comprendervi, secondo alcuni, l'esercizio di attività economiche consistenti nelle professioni intellettuali. Nel caso delle misure anti contagio l'incisione si estende a tutte le attività predette, **giungendo in alcune Regioni ad esempio alla chiusura degli studi professionali**.

In via generale si discute, inoltre, se l'articolo 41 della Costituzione possa in qualche modo attribuire una copertura costituzionale anche alla libertà contrattuale di cui all'articolo 1322 del codice civile.

In termini di inquadramento, è stato evidenziato come l'esatta delimitazione del principio costituzionale sia funzionale a comprendere i limiti entro i quali il legislatore (o l'autorità da questa delegata) può incidere sulla stessa e, quindi, in quali casi sia necessario **svolgere un contemperamento tra più interessi costituzionali** e quando non sia necessario svolgerlo, ferma la necessità di una base legislativa *ad hoc*.

Talvolta, seppur in relazione ad aspetti di gravità differente da quelli sanitari in esame, il legislatore ha ritenuto necessario precisare che **anche il diritto alla salute possa subire dei condizionamenti o delle limitazioni** collegate alle limitate risorse finanziarie (tra le altre Corte costituzionale 21 luglio 2016 n. 20, che, nel dichiarare infondate le censure di incostituzionalità dell'articolo 15, comma 14, del DL n. 95 del 2012, per violazione degli articoli 32 e 41 della Costituzione, ha osservato che la tutela della salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire risorse finanziarie limitate, mentre la tutela costituzionale della sfera dell'autonomia privata non è assoluta, ma incontra il limite dell'utilità sociale. Invero, tali affermazioni appaiono curiosamente stridenti rispetto a quanto adottato dinanzi al Covid 19; allora **la crisi economico finanziaria ha consentito la pesante incisione di ambiti connessi strumentalmente al diritto alla salute; ora quest'ultimo consente ogni più drastica limitazione al lavoro e alle attività economiche.**

Sempre in termini di parziale compressione del diritto alla salute, con specifico riferimento **all'Ilva di Taranto**, la Corte costituzionale (sentenza 9 maggio 2013 n. 85) ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme speciali di cui al decreto legge 207 del 2012, nella parte in cui prevedono che, presso gli stabilimenti dei quali sia riconosciuto l'interesse strategico nazionale con Dpcm e che occupino almeno duecento persone, l'esercizio dell'attività di impresa, quando sia indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione, **possa continuare per un tempo non superiore a trentasei mesi**, anche laddove sia stato disposto il sequestro preventivo degli impianti, **nel rispetto delle prescrizioni impartite con una autorizzazione integrata ambientale** rilasciata in sede di riesame, al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili, ed indicano l'impianto siderurgico Ilva di Taranto come stabilimento di interesse strategico nazionale, in riferimento agli articoli 2, 3, 9, 2° comma, 24, 1° comma, 32, 41, 2° comma, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112 e 113 della Costituzione.

Peraltro, in linea generale, per quanto concerne il rapporto tra iniziativa **economica privata** e **tutela della salute**, **la giurisprudenza costituzionale ha tradizionalmente attribuito prevalenza a quest'ultima**. Così, fin dagli anni sessanta, la Consulta (Corte costituzionale, 14 marzo 1964, n. 21) ha osservato «che la tutela della sanità possa fornire una delle ragioni di utilità sociale che, a mente dell'art. 41 della Costituzione, giustificano le limitazioni all'iniziativa economica privata, è cosa che la Corte ha già affermato con una sua prima sent. 22 gennaio 1957 n. 29.

Questa affermazione non ha bisogno di ulteriori illustrazioni, basata com'è sopra il principio, consacrato nell'art. 32 della Costituzione, del supremo interesse che lo Stato ha nei riguardi della tutela della pubblica salute».

Nello stesso senso la **giurisprudenza costituzionale ha analogamente ritenuto che il legislatore ben possa imporre limitazioni all'iniziativa economica privata** in vista della tutela della salute, della sicurezza e della dignità umana dello stesso soggetto esercente l'attività in considerazione del valore assoluto della persona umana (articolo 2 della Costituzione) e della primaria rilevanza assegnata alla salute (articolo 32 della Costituzione) (Corte costituzionale 10 dicembre 1987 n. 479).

Il tema del rapporto tra iniziativa economica e tutela della salute è stato affrontato dalla giurisprudenza anche con riferimento alla **vendita di prodotti farmaceutici** ove si ravvisa talvolta una commistione o, comunque, una non difficile scindibilità tra profili attinenti alla libertà di impresa e la tutela della salute. Altra casistica sul rapporto tra salute e iniziativa economica esaminato dalla giurisprudenza riguarda il tema della **ludopatia e delle case da gioco**. La giurisprudenza amministrativa (cfr. ad esempio Consiglio di Stato, sezione III, n. 4509 2019) ha variamente evidenziato che esiste un vero e proprio obbligo dell'amministrazione comunale di porre in essere interventi limitativi nella regolamentazione delle attività di gioco, ispirati per un verso alla tutela della salute, che rischia di essere gravemente compromessa per i cittadini che siano giocatori e quindi clienti delle sale gioco, per altro verso al **principio di precauzione**, citato nell'articolo 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

Tra iniziativa economica privata e tutela della salute, la giurisprudenza costituzionale ha tradizionalmente attribuito prevalenza a quest'ultima

Le istituzioni non vanno in quarantena e continuano a svolgere pienamente le loro funzioni. Importante resta la centralità del Parlamento

(Tfue), il cui campo di applicazione si estende anche alla **politica dei consumatori, alla legislazione europea sugli alimenti, alla salute umana, animale e vegetale.**

Anche nella **giurisprudenza europea** si evidenzia la preminenza della salute rispetto agli interessi di ordine economico. Così la Corte di giustizia Ue ha variamente affermato che «l'obiettivo di tutela della salute riveste un'importanza prevalente rispetto agli interessi di ordine economico e l'importanza di tale obiettivo può giustificare conseguenze economiche negative anche di notevole portata» (Corte giustizia Unione europea, sezione I, 22/11/2018, C-151/17).

La preminenza del diritto alla salute si traduce anche in una peculiare declinazione del rispetto del principio di proporzionalità e del ruolo del principio di precauzione.

Con riferimento al principio di proporzionalità, la Corte europea (Cge, sezione III, 21 settembre 2017, C-125/16) ha infatti ritenuto che al fine di valutare il rispetto, da parte di uno Stato membro, del principio di proporzionalità nel settore della salute pubblica, occorre tener conto del fatto **che la salute e la vita delle persone si collocano al primo posto fra i beni e gli interessi tutelati dal Trattato FUE** e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la protezione della salute pubblica e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto. Poiché detto livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità in tale settore. Al tempo stesso, **la salute pubblica richiede, nel valutare le misure nazionali volte a tutelarla, una vigilanza particolare.**

Con riferimento al **principio di precauzione**, poi, secondo Corte giustizia Unione europea (Grande Sez., 1° ottobre 2019, C-616/17), il principio di precauzione implica che, quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possano essere adottate **misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di detti rischi.** Qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive.

Considerazioni prospettiche

In conclusione, merita di essere ricordato come, in sede dottrinale (Lattanzi), sia stato evidenziato, in termini tanto provocatori quanto condivisibili e suggestivi, che la situazione che stiamo vivendo **appaia paragonabile alla causa di giustificazione penale dello stato di necessità**, che rende non punibili anche fatti gravissimi, quando sono avvenuti per la «necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona», non «altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Rispetto alla salute la proporzione degli altri beni è in generale qualificabile al ribasso, anche se l'incisione delle libertà fondamentali è tale da dover essere sempre trattata con la più profonda delicatezza.

In quest'ottica, attenta dottrina (Mirabelli e Luccioli) ha altresì evidenziato che **le istituzioni non vanno in quarantena e continuano a svolgere pienamente le loro funzioni.** In proposito, se è vero che nessun diritto è più fondamentale del diritto di tutti alla vita e alla salute, viene rilevato come altrettanto importante sia **la centralità del Parlamento**, la quale non può essere dimenticata affidando il governo dell'emergenza alle quotidiane determinazioni dell'esecutivo. In tale ottica il decreto legge n. 19 del 2020 ha introdotto una forma di controllo parlamentare, prevedendo che i decreti presidenziali siano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione e che il presidente del Consiglio ne riferisca ogni quindici giorni alle Camere.

Un'ultima annotazione: a fronte di una pandemia che, per le caratteristiche intrinseche e di estensione **meriterebbe un governo sovranazionale** se non addirittura mondiale, è emersa una elevata conflittualità fra livelli di governo territoriale interni, in cui ogni istituzione si è sentita in dovere (*rectius* diritto) di normare e regolare autonomamente un fenomeno di tale vastità e delicatezza.

Contenimento fino al 13 aprile con una nuova stretta sullo sport

Sanità e bioetica

Giuseppe Buffone

LA NORMA

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° aprile 2020

«Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»

Pubblicato sulla "Gazzetta Ufficiale" del 2 aprile 2020 n. 88

PROROGATI SINO AL 13 APRILE 2020

- 1 Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8 marzo 2020
- 2 Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 9 marzo 2020
- 3 Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dell'11 marzo 2020
- 4 Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 marzo 2020
- 5 Ordinanza del ministro della Salute del 20 marzo 2020
- 6 Ordinanza del ministero della Salute del 28 marzo 2020 adottata di concerto con il ministro delle Infrastrutture e dei trasporti



Per il testo del Dpcm

www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

Nella "Gazzetta Ufficiale" del 2 aprile 2020 è stato pubblicato il decreto del Presidente del consiglio dei ministri, 1° aprile 2020, recante «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale». Non si tratta di un testo innovativo, rispetto all'attuale quadro delle misure, avendo **la finalità di "allungare" il segmento temporale che ospita le disposizioni di contenimento: sono estese dal 3 aprile al 13 aprile incluso.**

Emergenza epidemiologica da COVID-19: il nuovo Dpcm 1° aprile 2020

Il nuovo Dpcm produce i suoi effetti dalla data del 4 aprile 2020 (articolo 1, comma 3).

Oggetto della proroga, come detto, sono le misure vigenti, individuate dallo stesso Dpcm 1° aprile 2020 mediante richiamo (in particolare) ai Dpcm datati 8, 9, 11 e 22 marzo. **A esser onesti, c'è qualche confusione nel sistema di richiamo alle fonti, atteso che le norme interlocutorie avevano, man mano, dichiarato "cessati" gli effetti di questi atti.** Ad esempio, l'articolo 2, comma 2, del Dpcm 9 marzo 2020 aveva previsto che dalla data del 10 marzo 2020 «cessano di produrre effetti le misure di cui agli articoli 2 e 3 del d.P.C.M. 8 marzo 2020 ove incompatibili con le disposizioni dell'art. 1 del d.P.C.M. 9/3/2020». In ogni caso, in virtù dell'articolo 1, comma 1, del Dpcm 1° aprile 2020 «l'efficacia delle disposizioni dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8, 9, 11 e 22 marzo 2020, nonché di quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 e dall'ordinanza del 28 marzo 2020 adottata dal Ministro della salute di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ancora efficaci alla data del 3 aprile 2020 è prorogata fino al 13 aprile 2020».

Gli atti la cui efficacia è prolungata al 13 aprile 2020 sono quelli indicati nel box a sinistra.

Una ulteriore stretta sullo sport

L'articolo 1, comma 2, del Dpcm 1° aprile 2020 introduce una "nuova" stretta nel settore dello sport, sostituendo la lettera d) dell'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 come a seguire: **sono sospesi gli eventi e le competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, in luoghi pubblici o privati. Sono sospese altresì le sedute di allenamento degli atleti, professionisti e non professionisti, all'interno degli impianti sportivi di ogni tipo.** La nuova misure limita, dunque, anche gli allenamenti degli sportivi agonistici e professionali, anche se svolti all'interno dei relativi impianti.

GLI SLITTAMENTI IN SINTESI

Termine originario	Termine prorogato dal Dpcm 1° aprile 2020
3 aprile 2020	13 aprile 2020

IL QUADRO DELLE DECISIONI

Motivi di salute non possono impedire il beneficio della messa alla prova

a cura di

Andrea Alberto Moramarco

LE DECISIONI IN SINTESI

DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

> **Stranieri** - Cassazione - Sezione I - Ordinanza 31 marzo 2020 n. 7620 - *Quotidiano del diritto* 1° aprile 2020

> **Accertamento** - Cassazione - Sezione tributaria - Sentenza 2 aprile 2020 n. 7649 - *Quotidiano del diritto* 3 aprile 2020

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

> **Esecuzione penale** - Cassazione - Sezione IV - Sentenza 30 marzo 2020 n. 10787 - *Quotidiano del diritto* 31 marzo 2020

> **Processo penale** - Corte di cassazione - Sezione I - Sentenza 30 marzo 2020 n. 10867 - *Quotidiano del diritto* 31 marzo 2020

> **Reato continuato** - Cassazione - Sezione V - Sentenza 31 marzo 2020 n. 10904 - *Quotidiano del diritto* 1° aprile 2020

> **Reati contro la Pubblica amministrazione** - Cassazione - Sezione VI - Sentenza 1° aprile 2020 n. 11003 - *Quotidiano del diritto* 2 aprile 2020

DIRITTO AMMINISTRATIVO

> **Coronavirus** - Consiglio di Stato - Sezione III - Decreto 30 marzo 2020 n. 1553 - *Quotidiano del diritto* 2 aprile 2020

> **Sanzioni** - Tar Lombardia - Sezione I - Sentenza 30 marzo 2020 n. 569 - *Quotidiano del diritto* 2 aprile 2020

Coronavirus in primo piano anche nella consueta rassegna settimanale di giurisprudenza. La decisione arriva dal Consiglio di Stato (*decreto 30 marzo 2020 n. 1553*) che, dopo aver ritenuto ammissibile l'appello contro un decreto presidenziale in quanto avente a oggetto un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato, ha sottolineato **l'impossibilità di concedere deroghe** alla misura della **quarantena** imposta dal sindaco e dalla regione per prevenire il diffondersi dell'epidemia da coronavirus. Nello specifico, si trattava di un braccante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi. In ambito amministrativo si segnala anche la sentenza del Tar Lombardia (*sentenza 30 marzo 2020 n. 569*) secondo la quale la **definizione agevolata** può essere chiesta solo in ambito di sanzioni tributarie e **non** anche per quelle legate a **oneri di urbanizzazione**.

I motivi di salute non impediscono la messa alla prova

Molto spazio riservato al diritto penale in questa settimana, in particolar modo alla parte della "pena" con un trittico di sentenze della Cassazione. La prima decisione (*sentenza 30 marzo 2020 n. 10787*) riguarda la **messa alla prova**, con il monito rivolto al giudice di merito, il quale **non può negare l'ammissione al beneficio solo perché l'imputato**, che pure ne ha i requisiti, **non può temporaneamente** svolgere il lavoro di pubblica utilità per **ragioni di salute**. La seconda decisione (*sentenza 30 marzo 2020 n. 10867*) riguarda la **sospensione condizionale**, con una precisazione: nel caso in cui il giudice non abbia stabilito **un termine per il pagamento** della somma di denaro al cui adempimento ha subordinato il beneficio della sospensione condizionale della pena, esso **coincide con quello dell'irrevocabilità della sentenza di condanna**. La terza decisione (*sentenza 31 marzo 2020 n. 10904*) attiene al **reato continuato**, con l'affermata possibilità per la difesa, al fine di ottenere il riconoscimento della continuazione con fatti già giudicati, di **produrre una copia della sentenza anche se presa da una rivista giuridica**, senza dunque il nome delle parti e priva di data.

Sul versante più propriamente sostanziale importante è la pronuncia della Suprema corte (*sentenza 1° aprile 2020 n. 11003*), in tema di reati contro la Pa, per la quale **non è configurabile il reato di peculato per il medico ospedaliero per il mancato versamento** all'azienda sanitaria delle parcelle **ricevute per tre visite in intra moenia** su un totale di oltre 600 consulti in tre anni, non essendoci in tal caso dolo bensì mera negligenza.

Accertamento, invalidi i documenti prodotti in appello

In ambito civile si segnalano la sentenza della Cassazione (*sentenza 2 aprile 2020 n. 7649*) per la quale **l'atto impositivo è nullo** nell'ipotesi in cui **l'Ufficio integra i documenti nel corso dell'appello**, dopo aver ommesso di allegarli o riportarli nell'iniziale accertamento, **difettando** in tal caso la stessa **motivazione** dell'atto, la quale deve essere completa anche della prova della pretesa; e l'ordinanza con cui la Suprema corte (*ordinanza 31 marzo 2020 n. 7620*) ha ricordato che il giudice di pace **non può procedere all'espulsione dello straniero** basandosi soltanto sulla **valutazione dei suoi precedenti penali**, ma deve effettuare un **accertamento oggettivo** e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni.

GIURISPRUDENZA

SEPARAZIONE E DIVORZIO

IL TESTO DELLA SENTENZA

Se in una separazione con negoziazione assistita si trasferiscono diritti reali serve un atto notarile

Corte di cassazione - Sezione II civile -

Sentenza 11 luglio 2019-21 gennaio 2020 n. 1202

» PAG 40

IL COMMENTO

Ha portata generale la norma sull'autentica delle sottoscrizioni

di Marcella Fiorini

» PAG 47

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

IL MASSIMARIO

Rassegna delle massime della Cassazione civile

a cura di Mario Finocchiaro e Mario Piselli

» PAG 52

Rassegna delle massime dei giudici di merito

a cura di Andrea Alberto Moramarco

» PAG 62

IL TESTO DELLA SENTENZA

Corte di cassazione - Sezione II civile - Sentenza 11 luglio 2019-21 gennaio 2020 n. 1202

Presidente Petitti; Relatore Varrone; Pm - parzialmente conforme - Pepe

Se in una separazione con negoziazione assistita si trasferiscono diritti reali serve un atto notarile

LA MASSIMA

Separazione e divorzio - Separazione personale dei coniugi - Negoziazione assistita ex articolo 6 del Dl n. 132 del 2014 - Accordo - Contenente trasferimento di diritti reali immobiliari - Trascrizione nei registri immobiliari - Autentica minore - Inidoneità - Autentica formale ex articoli 2703 del codice civile e articoli 62 e 72 della legge n. 89 del 1913 - Necessità. (Cc, articolo 2703; legge 16 febbraio 1913 n. 89, articoli 62 e 72)

Ove i coniugi raggiungano in sede di negoziazione assistita una soluzione consensuale di separazione

personale, ai sensi dell'articolo 6 del Dl n. 132 del 2014 (convertito in legge n. 162 del 2014), e l'accordo da essi concluso ricomprenda anche il trasferimento di uno o più diritti di proprietà su beni immobili, la disciplina del citato articolo 6 deve necessariamente integrarsi con quella dell'articolo 5, comma 3, del medesimo Dl n. 132 del 2014, con la conseguenza che per procedere alla trascrizione nei registri immobiliari di tale negozio è necessaria l'autenticazione del verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale autorizzato.

Fatti di causa

1. Il notaio (OMISSIS) proponeva reclamo avverso la decisione numero 164 del 2017 emessa dalla Co.Re.Di. del Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia e Veneto il 12 maggio 2017, con la quale, previa concessione delle circostanze attenuanti di cui alla L. n. 89 del 1913, articolo 144 (di seguito legge notarile o l.n.), erano state irrogate plurime sanzioni pecuniarie: Euro 45 per la violazione dell'articolo 62 l.n., che impone l'iscrizione degli atti al repertorio; Euro 5000 per la violazione dell'articolo 72 l.n., che disciplina le forme dell'autentica, e dell'articolo 138, lettera c), l.n. che sanziona la negligenza del notaio nella conservazione degli atti; Euro 5000 per la violazione dell'articolo 147, lettera a), l.n. per avere il notaio (OMISSIS) compromesso il decoro e il prestigio della funzione notarile.

La vicenda trae origine dall'autentica delle sottoscrizioni di due coniugi in calce al verbale dell'accordo di separazione personale concluso ai sensi del Decreto Legge n. 132 del 2014, articolo 6, convertito in L. n. 162 del 2014, che conteneva la regolamentazione degli aspetti personali della separazione riguardanti i coniugi, l'affidamento condiviso del figlio minore di età, la determinazione dell'assegno mensile dovuto dal marito per il mantenimento del minore, il trasferimento in favore della moglie della proprietà della quota di metà dell'immobile

adibito a casa coniugale, dietro corrispettivo della somma di Euro 12.000 con accollo dell'obbligo di pagamento del mutuo ipotecario, la previsione dell'obbligo della moglie di curare la trascrizione del verbale presso l'agenzia del territorio servizio di pubblicità immobiliare.

In calce alla scrittura privata con la firma dei coniugi autenticata dagli avvocati, il notaio (OMISSIS) aveva posto la propria autentica con una forma identica a quella in uso per l'autentica formale prevista dall'articolo 72 l.n. con lettura alle parti della scrittura dell'orario di sottoscrizione, ma senza il numero di repertorio e il numero di raccolta.

Ciò in quanto, secondo la tesi del notaio, si trattava di un'autentica cosiddetta minore per la quale non era necessario il controllo di legalità dell'atto. Successivamente il 24 giugno 2016 il pubblico ministero rilasciava la propria autorizzazione ma il conservatore rifiutava la trascrizione del verbale di accordo dandone notizia al consiglio notarile.

Dopo la convocazione, nel corso della quale il consiglio notarile aveva contestato al notaio (OMISSIS) l'illegittimità del suo comportamento, il notaio reclamante aveva ricevuto, in data 28 settembre 2016, un atto notarile di trasferimento, in forza del quale il marito cedeva alla moglie i propri diritti sull'abitazione familiare in conformità all'obbligo assunto nell'accordo del 17 giu-

gno 2016. L'atto in questione veniva trascritto il 29 settembre 2016.

La commissione regionale di disciplina aveva ritenuto la condotta del notaio come colpevole inadempimento delle modalità con cui doveva essere effettuata, ai fini dell'articolo 2657 c.c., l'autentica richiesta dalla L. n. 162 del 2014, articolo 5, comma 3.

Il notaio aveva effettuato un'autentica del verbale dell'accordo di separazione senza rispettare le modalità previste dall'articolo 72 l.n. e senza procedere all'iscrizione a repertorio, alla conservazione dell'atto a raccolta e senza neanche curarne la trascrizione atteso che tale incombente era stato espressamente posto a carico di uno dei coniugi.

Tale condotta integrava oltre alla violazione degli articoli 62 e 72 e articolo 138, lettera c), l.n. anche una grave violazione dell'articolo 147, lettera a), della medesima legge, avendo compromesso il decoro e il prestigio della classe notarile. Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita, infatti, è finalizzato alla trascrizione dei negozi di trasferimento immobiliare e l'agire del notaio (OMISSIS) era stato sbrigativo, sintomatico dell'intento di accaparramento di clientela malgrado il discredito che tale condotta determini alla funzione notarile.

2. La Corte d'Appello di Venezia rigettava integralmente il reclamo proposto. In particolare, quanto alle contestazioni circa la regolarità della procedura la Corte d'Appello rilevava che l'iniziativa del procedimento disciplinare spettava formalmente al presidente del consiglio notarile del distretto in cui è iscritto il notaio ma in sostanza spettava al consiglio notarile che poteva delegare anche uno dei consiglieri. Il consiglio notarile di Rovigo aveva delegato il notaio (OMISSIS). La delega, dunque, era stata conferita dall'organo collegiale titolare della legittimazione a chiedere l'avvio del procedimento disciplinare e non dal suo presidente anche in ragione dell'eventualità che quest'ultimo potesse essere chiamato a rendere informazioni sui fatti da lui personalmente appresi. La volontà dell'organo collegiale era stata espressa unanimemente e l'espressione contestata dalla reclamante era frutto di una verbalizzazione necessariamente sintetica.

L'interpretazione del Decreto Legge n. 132 del 2014, articoli 5 e 6 e degli articoli 2657 e 2703 c.c. era coerente con la funzione del notaio che, anche nel procedimento di negoziazione assistita, deve autenticare la sottoscrizione degli accordi aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari, esercitando i tradizionali controlli di legalità per assicurare certezza nella circolazione dei beni immobili.

Nella specie era pacifico che il notaio (OMISSIS) avesse autenticato il verbale recante l'accordo di separazione consensuale in maniera difforme da quella prevista dall'articolo 2703 c.c. e articolo 72 legge notarile e, ai fini della trascrizione, dall'articolo 2657 c.c.

Del resto, non poteva trovare accoglimento la tesi difensiva secondo la quale si trattava comunque di un'autentica cosiddetta minore che non necessitava del cosiddetto controllo di legalità.

A parere della Corte d'Appello, trattandosi di un atto di trasferimento immobiliare era necessaria l'autentica ex articolo 72 legge notarile che impone al notaio il con-

trollo di legalità, essendogli vietato di ricevere e autenticare atti espressamente proibiti dalla legge, manifestamente contrari al buon costume e all'ordine pubblico ex articolo 28 l.n.

Tale obbligo, dunque, comportava il conseguente obbligo di iscrizione dell'atto nel repertorio ex articolo 62 l.n. di conservazione e raccolta ex articolo 138 della medesima legge, nonché quello di effettuare la trascrizione nel più breve tempo possibile ex articolo 2671 c.c.

Il notaio non aveva adempiuto a tali obblighi incorrendo negli illeciti disciplinari contestati, in quanto solo a seguito della ripetizione dell'atto di trasferimento a oltre tre mesi dal rilascio dell'autorizzazione da parte del pubblico ministero, aveva proceduto alla trascrizione del verbale dell'accordo di separazione personale.

Peraltro, il fatto che mancasse l'autorizzazione del pubblico ministero non rilevava perché poteva essere indicata come condizione.

Infine, la condotta del notaio aveva anche compromesso il decoro e il prestigio della classe notarile, violando l'articolo 147, lettera a), l.n.

Il notaio, infatti, aveva disatteso le regole fondamentali poste a tutela del principio di autenticità del titolo e della trascrizione e aveva posto in essere plurime violazioni nella formazione del titolo, costituendo un elemento di sicura valenza dimostrativa della compromissione del decoro e del prestigio della classe notarile, atteso l'innegabile svilimento della funzione del notaio agli occhi delle parti e anche del conservatore.

3. Il notaio (OMISSIS) ha proposto ricorso per cassazione avverso la suddetta ordinanza sulla base di sette motivi.

4. Il consiglio notarile distrettuale di Rovigo ha resistito con controricorso.

Ragioni della decisione

1. Il primo motivo di ricorso è così rubricato: violazione ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 degli articoli 153 e 155 legge notarile per avere la Corte d'Appello di Venezia ritenuto idonea la delega al consigliere notaio (OMISSIS) a partecipare in luogo del presidente del consiglio notarile di Rovigo, notaio (OMISSIS), al procedimento disciplinare a carico della ricorrente avanti la CO.RE.Di. Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia e Veneto con conseguente nullità del provvedimento disciplinare e del decreto emesso dalla Corte d'Appello di Venezia.

A parere del ricorrente la possibilità per il presidente del consiglio notarile di conferire delega di rappresentanza ad altro consigliere, peraltro sulla base di un ragionamento di pura opportunità, senza alcun riferimento normativo è erronea ed è anche smentita dalla presenza del presidente (OMISSIS) a due udienze del procedimento disciplinare contro il notaio (OMISSIS).

La delega conferita al suddetto consigliere violerebbe apertamente l'articolo 90 l.n., secondo cui in mancanza del presidente e del segretario, ne faranno rispettivamente le veci il più anziano ed il meno anziano in ufficio fra i membri del Consiglio.

Sicché sarebbe del tutto inconferente il richiamo agli articoli 153 e 155 legge notarile.

1.2. Il motivo è infondato.

Il procedimento disciplinare a carico dei notai è stato radicalmente innovato a seguito del Decreto Legislativo 1 agosto 2006, n. 249 (Norme in materia di procedimento disciplinare a carico dei notai, in attuazione della L. 28 novembre 2005, n. 246, articolo 7, comma 1, lettera e)) che ha previsto numerose modifiche della L. n. 89 del 1913 (legge notarile) in particolare riguardo alle sanzioni disciplinari e al relativo procedimento.

La L. n. 89 del 1913, articolo 153 prevede che: «L'iniziativa del procedimento disciplinare spetta: a) al procuratore della Repubblica presso il Tribunale nel cui circondario ha sede il notaio ovvero nel cui circondario il fatto per il quale si procede è stato commesso; b) al presidente del Consiglio notarile del distretto nel cui ruolo è iscritto il notaio ovvero del distretto nel quale il fatto per il quale si procede è stato commesso; c) al capo dell'archivio notarile territorialmente competente per l'ispezione di cui all'articolo 128, limitatamente alle infrazioni rilevate durante le ispezioni di cui agli articoli 128 e 132 o nel corso di altri controlli demandati allo stesso capo dell'archivio dalla legge, nonché al conservatore incaricato ai sensi dell'articolo 129, comma 1, lettera a), secondo periodo».

Ai sensi degli articoli 93, 93-bis e 93-ter l.n. è consentita la più ampia facoltà istruttoria in capo al Consiglio o al suo Presidente per delega dello stesso, come il potere di «assumere informazioni presso le amministrazioni e gli uffici pubblici» o anche la possibilità di «richiedere informazioni a soggetti privati», così come l'audizione dell'incolpato.

Il comma 2 del citato articolo 153 l.n. prevede che: «Il procedimento è promosso senza indugio, se risultano sussistenti gli elementi costitutivi di un fatto disciplinarmente rilevante. Nella richiesta di procedimento l'organo che lo promuove indica il fatto addebitato e le norme che si assumono violate e formula le proprie conclusioni».

La censura relativa alla violazione dell'articolo 153 l.n., pertanto, si rivela del tutto infondata, in quanto correttamente la Corte d'Appello ha richiamato tale norma riferendola alla diversa fase dell'iniziativa disciplinare, distinguendola dalla fase successiva del procedimento cui si riferiva, invece, la delibera con la quale il consiglio notarile di Rovigo aveva delegato un suo componente a rappresentarlo dinanzi alla Commissione Regionale di disciplina.

A tal proposito giova precisare che la CO.RE.DI ex articolo 148 l.n., è un organo amministrativo e non giurisdizionale, sicché in tale fase deve farsi applicazione delle regole del procedimento amministrativo e non di quelle processuali.

In tale fase del procedimento disciplinare, successiva all'incolpazione, l'articolo 155 l.n. prevede che il Presidente della Commissione assegni il procedimento al collegio nei cinque giorni successivi al ricevimento della richiesta, designi il relatore e dia immediato avviso dell'inizio del procedimento all'organo richiedente e, se diverso, al consiglio notarile del distretto in cui il notaio ha sede, nonché al notaio incolpato. Il presidente del collegio, entro i quindici giorni successivi alla scadenza

del termine per presentare la memoria fissa la data per la discussione, che deve aver luogo nei successivi trenta giorni, e ne dà avviso alle parti almeno venti giorni prima.

A sua volta il successivo articolo 156-bis l.n. stabilisce che: «Il notaio può comparire personalmente o a mezzo di procuratore speciale munito di procura rilasciata con atto pubblico o scrittura privata autenticata anche dal difensore. Il notaio può farsi assistere da un altro notaio, anche in pensione, o da un avvocato nominato anche con dichiarazione consegnata alla Commissione dal difensore. Il presidente del consiglio notarile ed il conservatore dell'archivio notarile possono farsi assistere da un avvocato. La discussione si svolge in camera di consiglio e possono parteciparvi l'organo che ha proposto il procedimento, il notaio e i loro difensori, se nominati».

La procedura ora descritta, dunque, nella fase istruttoria ammette la possibilità di delega da parte del Consiglio dell'Ordine notarile al Presidente e per la discussione davanti alla CO.RE.DI. prevede che possa parteciparvi l'organo che ha proposto il procedimento, anche mediante l'assistenza di un avvocato.

La ricorrente non precisa nel ricorso, se davanti la CO.RE.DI. il Consiglio dell'Ordine Notarile fosse rappresentato o meno da un avvocato o se fosse presente esclusivamente per mezzo del delegato del Presidente e non chiarisce quali attività si erano svolte nella due occasioni in cui era presente il suddetto delegato e quale lesione al diritto di difesa la delega avrebbe comportato.

In ogni caso, in disparte le ragioni di inammissibilità del motivo per difetto di specificità ex articolo 366 c.p.c., comma 1, n. 4, deve affermarsi che non vi è alcun impedimento alla possibilità per il Presidente del Consiglio dell'Ordine Notarile di delegare per la partecipazione alla discussione davanti la CO.RE.DI. un altro componente del medesimo organo, qualora non abbia ritenuto di farsi rappresentare da un avvocato e che la Corte d'Appello di Venezia ha correttamente interpretato le norme che governano il procedimento disciplinare.

Del tutto inconferente, infatti, è il richiamo all'articolo 90 della legge notarile, che disciplina la differente ipotesi del funzionamento del Consiglio dell'Ordine Notarile in caso di mancanza del Presidente e del segretario, prevedendo che gli stessi siano sostituiti rispettivamente dal più anziano e dal meno anziano tra i membri del Consiglio.

D'altra parte, anche in altri casi è espressamente prevista la facoltà di delega del Presidente del consiglio notarile ad altro componente dell'Organo (ad es. articolo 39 l.n.).

In conclusione, la delega in oggetto era del tutto legittima e mai avrebbe potuto inficiare la procedura amministrativa che si è svolta davanti la Commissione Regionale di disciplina, nel regolare contraddittorio tra le parti, senza alcuna lesione del diritto di difesa della ricorrente.

2. Il secondo motivo di ricorso è così rubricato: violazione ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 della L. n. 162 del 2014, articolo 6, comma 3, disciplinante la negoziazione assistita in materia familiare per avere la Corte

d'Appello di Venezia negato la qualità di *tertium genus* e negato l'autonoma causa familiare all'accordo raggiunto ai sensi della L. n. 162 del 2014, articolo 6 dei coniugi (OMISSIS)- (OMISSIS) e autenticato, quanto alle sottoscrizione degli stessi, dal notaio (OMISSIS), qualificandolo, invece, come scrittura privata, con conseguente nullità dell'intera decisione impugnata.

La ricorrente evidenzia che il legislatore ha distinto l'accordo raggiunto ai sensi della L. n. 162 del 2014, articolo 5 con la procedura di negoziazione assistita e il medesimo accordo, raggiunto con la procedura ex articolo 6 della medesima legge, in tema di separazione personale dei coniugi, cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione e divorzio. Tale accordo non ha carattere negoziale, nella procedura è previsto l'intervento del pubblico ministero e si producono gli effetti dei provvedimenti giudiziari. Non si tratta, dunque, di un atto notarile e non può nemmeno essere ricondotto ad una semplice scrittura privata, proprio perché, L. n. 162 del 2014, ex articolo 6, deve essere approvato dal pubblico ministero ed equivale a un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria.

Pertanto, la L. n. 162 del 2014, articolo 5, comma 3, che si applica anche agli accordi di negoziazione assistita in materia familiare, prevede che in caso di trasferimento immobiliare il pubblico ufficiale debba autenticare la sottoscrizione del processo verbale.

Dunque, al pubblico ufficiale è richiesta la sola autenticazione delle sottoscrizioni ossia l'autentica cosiddetta minore.

Il suddetto accordo non può essere assimilato ad un titolo stragiudiziale quale potrebbe essere un'ordinaria scrittura privata e, dunque, vi sarebbe stata violazione della L. n. 162 del 2014, articolo 6, comma 3. Infine, trattandosi di un provvedimento equiparato a quello giudiziale, non troverebbe applicazione neanche l'articolo 2671 c.c. che prevede che il pubblico ufficiale curi nel più breve tempo possibile la trascrizione dell'atto che riceve.

3. Il terzo motivo di ricorso è così rubricato: violazione ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, della L. n. 162 del 2014, articolo 5, comma 2, in materia di negoziazione assistita per avere la Corte d'Appello di Venezia inteso attribuire al notaio (OMISSIS) gli obblighi di controllo di legalità in ordine all'accordo raggiunto dai coniugi a seguito della negoziazione assistita, nonostante la norma suindicata attribuisca espressamente tale funzione agli avvocati delle parti.

La L. n. 162 del 2014, articolo 5, comma 2, prevede che gli avvocati certifichino l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, tale norma si lega, a parere della ricorrente, al successivo comma 3 che prevede che all'autentica debba provvedere «un pubblico ufficiale a ciò autorizzato» che, pertanto, non necessariamente deve essere un notaio ma anche un cancelliere o un segretario comunale che, dunque, non avrebbe alcun obbligo di controllo di legalità.

4. Il quarto motivo di ricorso è così rubricato: violazione ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 della L. n. 162

del 2014, articolo 5, comma 3, in materia di negoziazione assistita per avere la Corte d'Appello di Venezia erroneamente identificato il pubblico ufficiale indicato nella predetta norma con la sola categoria del notaio.

L'articolo 5, comma 3, fa riferimento al pubblico ufficiale in relazione all'autentica della sottoscrizione del processo verbale di accordo mentre la Corte d'Appello, nel provvedimento impugnato, afferma che tale attività è riservata al notaio e che dunque non si può considerare un caso di autentica c.d. minore.

Pertanto, il notaio, avendo agito in qualità di mero pubblico ufficiale, non aveva l'onere di rispettare le norme della legge notarile, quali gli articoli 62 e 72 e articolo 138, lettera c), e articolo 147, lettera a), della legge notarile.

4.1. I motivi secondo, terzo e quarto che, stante la loro evidente connessione, possono essere trattati congiuntamente, sono infondati.

In sintesi, la ricorrente ritiene di essersi limitata ad un'autentica minore senza ricevere alcun atto notarile e, pertanto, di non avere alcun obbligo di controllare la legalità - formale e sostanziale - del verbale di accordo comportante il trasferimento immobiliare sottoscritto dai coniugi nell'ambito della convenzione conclusa in sede di negoziazione assistita per la loro separazione consensuale, e conseguentemente di non aver alcun obbligo di iscrizione del medesimo verbale a repertorio, di metterlo a raccolta e, tantomeno, di provvedere alla celerazione trascrizione dello stesso.

4.2. La tesi della ricorrente non può essere condivisa.

Il Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. procedura di negoziazione assistita da avvocati, nuovo strumento di composizione amichevole delle liti (capo II del suddetto decreto).

L'articolo 5, dispone che l'accordo che compone la controversia venga sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono i quali certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Il comma 3 del citato articolo 5 prevede che, quando le parti, con l'accordo, concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso è necessario che la sottoscrizione del processo verbale di accordo sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

La procedura di negoziazione assistita ricomprende anche la possibilità di addivenire a soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione e divorzio. Il Decreto Legge n. 132 del 2014, articolo 6 delinea un procedimento articolato in più fasi, i cui tratti caratterizzanti sono da individuarsi nella necessaria presenza di almeno un avvocato per parte e nel coinvolgimento del Procuratore della Repubblica. In tal caso, il comma 3 dell'articolo 6 prevede che l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di

cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Nell'accordo si deve dare atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. L'avvocato della parte è anche obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5.

Da quanto sopra riportato emerge che è lo stesso legislatore, nel disciplinare i poteri certificativi dell'avvocato nell'ambito della negoziazione assistita delle separazioni e dei divorzi, a fare rinvio a quanto dispone in materia l'articolo 5, il quale, come si è detto, in caso di trasferimenti immobiliari prevede, ai fini della trascrizione dell'accordo, che la sottoscrizione del verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Sicché, il combinato disposto del Decreto Legge n. 132 del 2014, articolo 5, comma 3, e dell'articolo 6, impone, per procedersi alla trascrizione dell'atto di trasferimento immobiliare (eventualmente) contenuto nell'accordo di separazione o divorzio, l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni del processo verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, non potendosi riconoscere analogo potere certificativo agli avvocati che assistono le parti. Ciò anche in conformità con il disposto dell'articolo 2657 c.c., comma 1, secondo cui «la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente».

Tale interpretazione è conforme all'orientamento della giurisprudenza di questa Corte che ha costantemente affermato il carattere tassativo della disposizione di cui all'articolo 2657 c.c. e che, con riferimento alla trascrivibilità dell'accordo di separazione che riconosca ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, ovvero ne operi il trasferimento a favore di uno di essi, ha ritenuto che tale accordo, in quanto inserito nel verbale d'udienza (redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato), assume forma di atto pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2699 c.c., e solo in quanto tale, dopo l'omologazione che lo rende efficace, costituisce, titolo per la trascrizione a norma dell'articolo 2657 c.c. (Sez. 1, Sent. n. 4306 del 1997).

Ne consegue che il fatto che l'accordo di separazione o cessazione degli effetti civili del matrimonio raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio non incide sulla necessità che, quando il suddetto accordo comprenda anche un atto di trasferimento immobiliare, ai fini della trascrizione, debba essere autenticato dal pubblico ufficiale a ciò preposto.

Deve, infine, sottolinearsi che è infondata anche la prospettazione della ricorrente secondo la quale, poiché il Decreto Legge n. 132 del 2014, articolo 5, comma 2, attribuisce agli avvocati che certificano l'autografia delle firme l'obbligo del controllo della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, tale controllo di legalità formale e sostanziale dell'atto grava sui medesimi anche nelle ipotesi di cui al successivo articolo 5, comma 3, e, in tali casi, il notaio non deve compiere alcun controllo, trovandosi in presenza di una cd. "autentica minore".

Infatti, nel caso di trasferimento immobiliare, ai fini della pubblicità immobiliare e della certezza nella circolazione giuridica dei beni, il legislatore ha ritenuto insufficiente sia il potere di certificazione e autenticazione delle firme sia il controllo di legalità da parte degli avvocati che procedono alla negoziazione assistita e, ha ribadito espressamente che, quando nell'accordo è compreso un contratto o un atto soggetto a trascrizione, è necessaria l'autenticazione del processo verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

La legge, infatti, non conosce deroghe espresse alla regola della previa autentica delle scritture private ai fini della trascrizione, in quanto la necessità di un controllo pubblico è principio essenziale e cardine del sistema della pubblicità immobiliare e del complesso sistema delle trascrizioni e delle intavolazioni diretto a garantire la certezza dei diritti.

L'articolo 2657, infatti, è strettamente correlato ad altre disposizioni del codice civile, quali quelle che attribuiscono la competenza al ricevimento degli atti pubblici, o all'autenticazione delle scritture private, al notaio o ad altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato (articoli 2699 e 2703 c.c.), e quella che impone al conservatore l'obbligo di rifiutare la trascrizione se il titolo non ha i requisiti prescritti dalla legge (articolo 2674 c.c.). Tali norme sono, a loro volta, strettamente correlate con le disposizioni della legge notarile (L. 16 febbraio 1913, n. 89) e compongono un quadro normativo articolato da cui emergono i tratti caratterizzanti del sistema di pubblicità immobiliare, anche sotto il profilo delle condizioni cui è subordinata la trascrizione, di un determinato titolo, nei registri immobiliari.

Ai fini della trascrizione dell'accordo, peraltro, ai sensi del Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78, articolo 19, comma 14, conv. in L. 30 luglio 2010, n. 122 il notaio deve attestare la coerenza dei dati catastali con le risultanze dei registri immobiliari e con lo stato di fatto dell'immobile. I dati catastali, infatti, costituiscono elementi oggettivi di riscontro delle caratteristiche patrimoniali del bene, rilevanti ai fini fiscali e l'omissione della dichiarazione di cui alla norma citata determina la nullità assoluta dell'atto, perché la norma ha una finalità pubblicistica di contrasto all'evasione fiscale, conseguendone la responsabilità disciplinare del notaio, ai sensi della L. 16 febbraio 1913, n. 89, articolo 28, comma 1.

In conclusione, si deve affermare il seguente principio di diritto: «ogni qualvolta l'accordo stabilito tra i coniugi, al fine di giungere ad una soluzione consensuale di separazione personale, ricomprenda anche il trasferimento di uno o più diritti di proprietà su beni immobili,

la disciplina di cui al Decreto Legge n. 132 del 2014, articolo 6, conv. in L. n. 162 del 2014, deve necessariamente integrarsi con quella di cui al medesimo Decreto Legge n. 132 del 2014, articolo 5, comma 3, con la conseguenza che per procedere alla trascrizione dell'accordo di separazione contenente anche un atto negoziale comportante un trasferimento immobiliare, è necessaria l'autenticazione del verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ai sensi dell'articolo 5, comma 3».

Da quanto detto discende la sussistenza dell'illecito disciplinare contestato, in quanto la ricorrente aveva l'obbligo di procedere nelle forme previste dall'articolo 2703 c.c., con il conseguente obbligo di iscrizione dell'atto nel repertorio ex articolo 62 l.n. e di conservazione e raccolta ex articolo 72 l.n. 89 del 1913, nonché quello di effettuare la trascrizione nel più breve tempo possibile ex articoli 2643 e 2671 c.c.

5. Il quinto motivo di ricorso è così rubricato: violazione ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 dell'articolo 147, lettera a), l.n., in relazione all'articolo 2671 c.c., per avere la Corte d'Appello di Venezia ritenuto che, con la propria condotta di vita pubblica o privata, il notaio (OMISSIS) abbia compromesso il decoro ed il prestigio dell'intera classe notarile, con conseguente nullità del decreto della Corte d'Appello di Venezia, nella parte in cui ha confermato la sanzione ex articolo 147, lettera a), l.n.

La ricorrente evidenzia che l'articolo 147 l.n. è una norma di chiusura del sistema volta sanzionare una serie indifferenziata di comportamenti non previsti da altre norme e, quindi, condotte non tipizzate, sicché la mancata tenuta e raccolta dell'autentica in oggetto poteva essere sanzionata ex articolo 137 legge notarile e non ai sensi dell'articolo 147, lettera a). Peraltro, nessuno svilimento del ruolo del notaio era stato posto in essere dalla ricorrente, sia nei confronti dei coniugi che avevano sottoscritto l'accordo di separazione, sia nei confronti del conservatore. La ricorrente aggiunge che, l'attività professionale non rientra nelle ipotesi di condotte tenute nella vita pubblica o privata e che l'atto è stato successivamente trascritto senza che la Corte ne tenesse conto.

Non vi sarebbe stato, pertanto, alcun pregiudizio neanche potenziale nel comportamento del notaio che non è stato percepito all'esterno come travalicante il proprio ruolo.

5. Il quinto motivo è infondato.

La Corte d'Appello ha ritenuto con giudizio di merito sottratto al sindacato di questa Corte che la condotta della ricorrente abbia compromesso il decoro e il prestigio della classe notarile in quanto, sia pure in una sola occasione, il notaio ha agito in spregio dei più elementari canoni di diligenza professionale, disattendendo le regole fondamentali poste a tutela del principio di autenticità del titolo della trascrizione, la cui essenziale ragione risiede nell'esigenza di assicurare un adeguato controllo sulla legalità sostanziale dell'atto oltre che sulla capacità e legittimazione delle parti.

Le plurime violazioni nella formazione del titolo della trascrizione riscontrate anche dal conservatore, oltre che

dalle parti che si sono viste rifiutare la trascrizione, costituiscono, secondo la Corte d'Appello, un elemento di sicura valenza dimostrativa della compromissione del decoro e del prestigio della classe notarile, atteso l'inevitabile svilimento della funzione del notaio.

La motivazione ora riportata è immune dalle censure di violazione di legge lamentate dalla ricorrente che sostanzialmente con il motivo in esame richiede un'innammissibile rivalutazione in fatto circa l'effettiva capacità lesiva del prestigio e della funzione notarile riconducibile alla sua condotta.

La Corte d'Appello, peraltro, ha tenuto conto anche del fatto che il notaio aveva eliminato le conseguenze dannose delle proprie azioni mediante la ripetizione dell'atto e la successiva trascrizione, sostituendo, ex articolo 144 legge notarile, la sanzione della sospensione prevista dall'articolo 147 con quella pecuniaria di Euro 5000.

Infine, il fatto che la compromissione del decoro e del prestigio della professione sia stata causata da comportamenti che costituiscono a loro volta illeciti disciplinari tipizzati non impedisce il concorso formale tra illeciti, essendo le norme sanzionatorie poste a presidio di beni giuridici distinti ed essendo plurime le violazioni contestate, sia pure nell'ambito di un'unica vicenda fattuale.

6. Il sesto motivo di ricorso è così rubricato: falsa applicazione ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 degli articoli 62 e 72 e articolo 138, lettera c), l.n., in relazione alla L. n. 162 del 2014, articoli 5 e 6 per avere la Corte d'Appello di Venezia applicato all'accordo di negoziazione assistita dei coniugi le norme della legge notarile relative alle scritture private raccolte o sottoscritte dal notaio, con conseguente nullità delle tre sanzioni confermate dal decreto della corte d'appello di Venezia L. n. 89 del 1913, ex articoli 62 e 72 e articolo 138, lettera c).

A parere della ricorrente la L. n. 162 del 2014, articolo 6, comma 3, non comporta l'applicabilità degli articoli 62 e 72 e articolo 138, lettera c), della legge notarile, che presuppongono che il notaio sia chiamato a ricevere un atto pubblico, una scrittura autenticata o l'autentica di una scrittura privata. Si tratta, infatti, di un accordo equiparabile a un provvedimento dell'autorità giudiziaria. L'articolo 138, lettera c), l.n. punisce il notaio che non conserva gli atti da lui ricevuti o presso di lui depositati mentre il notaio (OMISSIS) non aveva ricevuto alcun atto pubblico o scrittura privata.

6.1. Il sesto motivo è infondato.

La censura è ripetitiva di quelle proposte con i motivi secondo, terzo e quarto sicché vale quanto già esposto in relazione alle ragioni di infondatezza dei suddetti motivi, mentre per quanto attiene alla violazione dell'articolo 138, lettera c), l.n. la censura è assorbita dall'accoglimento del settimo motivo di ricorso secondo quanto di seguito si dirà.

7. Il settimo motivo di ricorso è così rubricato: falsa applicazione ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 della sanzione ex articolo 138, lettera c), l.n., per avere la Corte d'Appello di Venezia applicato tale sanzione in relazione all'autentica cosiddetta minore apposta dal notaio (OMISSIS), nonostante la sanzione per tale violazione sia prevista dall'articolo 137, comma 1, l.n. e conseguen-

te nullità della sanzione ex articolo 138, lettera c), l.n. di Euro 5000.

L'articolo 138, lettera c), legge notarile si riferisce alla più grave situazione della mancata custodia materiale dell'atto originale con conseguente perdita e definitivo smarrimento dello stesso o di un suo allegato per negligenza imputabile al notaio mentre quand'anche si volesse ritenere che l'autentica in oggetto non rivestiva la forma di autentica minore ma doveva necessariamente avere quella di autentica formale, essa presentava tutti i requisiti previsti ad eccezione dei numeri di repertorio e raccolta e dunque la fattispecie era eventualmente sanzionabile ai sensi dell'articolo 62 legge notarile e dell'articolo 137, comma 1, medesima legge.

7.1. Il motivo è fondato.

La norma citata, infatti, dispone che è punito con la sospensione da uno a sei mesi il notaio che non conserva, per negligenza, gli atti da lui ricevuti o presso lui depositati.

Nel caso di specie, come si è detto, la condotta negligente del notaio, fondata sull'erroneo presupposto che il verbale di accordo autenticato non fosse un atto notarile, si è concretizzata nella diversa fattispecie dell'omessa iscrizione dell'atto a repertorio ex articolo 62 legge notarile, nell'omessa tenuta a raccolta dello stesso, come imposto dall'articolo 72 legge notarile per le scritture private autenticate soggette a pubblicità immobiliare.

Tale condotta ricade nell'illecito disciplinare di cui al-

l'articolo 137 l.n. e non in quella di cui al successivo articolo 138, lettera c), che presuppone che l'atto sia messo a raccolta dal notaio o sia depositato presso di lui e che, successivamente, venga distrutto o disperso per negligenza nella sua conservazione materiale.

Nella specie, invece, la restituzione dell'atto ai coniugi ha realizzato l'illecito di cui all'articolo 72 l.n. ma impedisce il sorgere dell'obbligo di conservazione materiale dell'atto. Una diversa interpretazione del rapporto tra i due illeciti, infatti, comporterebbe un'inammissibile sovrapposizione o concorrenza tra la violazione dell'articolo 72, sanzionata dall'articolo 137, e l'omessa conservazione di uno o più atti per negligenza, di cui all'articolo 138, lettera c), in modo che al ricorrere della prima, ricorrerebbe sempre anche la seconda.

8. In conclusione, la Corte accoglie il settimo motivo di ricorso, rigetta i restanti sei, cassa il provvedimento impugnato e rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Venezia, che dovrà rideterminare la sanzione alla luce dell'accoglimento del settimo motivo e che dovrà provvedere anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio

P.Q.M.

La Corte accoglie il settimo motivo, rigetta i restanti motivi di ricorso, cassa l'ordinanza impugnata in relazione al motivo accolto, e rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Venezia che provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.



CONSULTA ON LINE IL MERITO

Gratis per gli abbonati a Guida al Diritto la rivista mensile Il Merito

che offre un'ampia panoramica della giurisprudenza di merito civile, penale ed amministrativa, attraverso commenti autorali e rassegne delle pronunce più significative ed innovative.

Vai su www.guidaaldirittoitalianale24ore.com e consulta il numero di aprile.

CIVILE

Tutela cautelare urgente in caso di discriminazione collettiva indiretta

Il decreto del 22 ottobre 2019 della Sezione Lavoro del Tribunale di Firenze si occupa di una questione importante che ancora oggi costituisce

un problema di non facile soluzione: quello delle discriminazioni indirette subite dai genitori-lavoratori, in particolare dalle madri-lavoratrici.

di Camilla Insardà

PENALE

Il concorso morale di persone nel reato

Il Tribunale di Trieste con la sentenza in commento affronta un caso apparentemente semplice di concorso di persone nell'ambito della fattispecie di danneggiamento ex art. 635 co. 2 c.p. aggravato ai sensi dell'art 625 n. 7 c.p.

di Nicola Scodnik

AMMINISTRATIVO

Illecito antitrust ed esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto

Il caso in rassegna trae origine dal ricorso presentato da una società per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara volta alla stipula di una convenzione per l'affidamento in concessione di un punto ristoro a mezzo di distributori automatici.

di Samuele Miedico

Ha portata generale la norma sull'autentica delle sottoscrizioni

Separazione e divorzio

Marcella Fiorini

Necessaria l'autentica notarile formale delle sottoscrizioni dei coniugi poste in calce all'accordo di negoziazione assistita quando contenga atti dispositivi di diritti reali soggetti a trascrizione. È questo il principio espresso dai giudici della terza sezione civile con la sentenza 21 gennaio 2020 n. 1202.

La decisione in sostanza chiarisce i seguenti aspetti:

- › la specificità e autonomia dell'accordo di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, prevista dall'articolo 6 del decreto legge 132/2014, non giustifica un diverso trattamento della forma richiesta per la fattispecie generale cui si riferisce il precedente articolo 5;
- › la ricostruzione che - partendo dall'assimilazione di effetti tra accordo di negoziazione e provvedimenti giurisdizionali - per escludere la forma notarile è valida solo per i profili che incidono sullo *status* coniugale, sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e non anche per gli accordi da trascrivere;
- › fa importanti precisazioni sul potere di autentica delle sottoscrizioni dei coniugi, riservato ai notai, allorché i loro accordi debbano essere assoggettati a pubblicità immobiliare (articolo 2657 del codice civile);
- › rimarca il ruolo del notaio, pubblico ufficiale autorizzato ad autenticare accordi di negoziazione assistita in materia familiare destinati alla trascrizione, che ha la precisa funzione di verificare la corrispondenza del negozio voluto dalle parti alle norme inderogabili dell'ordinamento;
- › consente di meglio comprendere quale sia il diverso ruolo dell'avvocato nella negoziazione assistita, cui sono senz'altro riservati i poteri di verifica e certificazione della provenienza dell'accordo da inviare all'Ufficiale dello stato civile, come pure della conformità a legge di quest'ultimo nella sua parte "necessaria", vale a dire quella relativa allo scioglimento del matrimonio e - soprattutto - all'affidamento e mantenimento dei figli.

Ebbene, passiamo in rassegna la particolarità della vicenda per poi procedere all'esame dettagliato dei diversi aspetti di novità.

La negoziazione assistita su separazione e divorzio non è caratterizzata da specificità e autonomia

La fattispecie

A un notaio sottoposto a procedimento disciplinare viene contestata la violazione delle norme della legge notarile (legge n. 89 del 1913) **sulla reperibilità e conservazione degli atti** (in particolare gli articoli 62 e 72).

Al pubblico ufficiale era stato esibito un accordo di negoziazione assistita ex articolo 6 del D.L. n. 132 del 2014, perché ne autenticasse le sottoscrizioni e quindi procedesse alla trascrizione nei registri immobiliari. Egli, tuttavia, **in calce al documento non aveva redatto un'autentica formale**, secondo quanto previsto dagli articoli 2703 del codice civile e 72 della legge notarile, **bensì una semplice autentica minore** (limitata alla sola identificazione delle parti senza controlli sostanziali sull'accordo), come tale inidonea a essere impiegata per gli atti negoziali.

L'applicazione di dette disposizioni gli avrebbe invece imposto sia il rispetto delle norme sulla conservazione degli atti che l'espletamento del controllo di legalità sul contenuto patrimoniale dell'accordo.

**L'accordo raggiunto produce
gli effetti degli atti giudiziali
che definiscono
i procedimenti di separazione**

L'opzione per l'autentica minore aveva determinato il rifiuto del Conservatore dei registri immobiliari a eseguire la formalità richiesta, negando di dare pubblicità all'accordo per mancanza della necessaria autenticità del titolo da trascrivere, ai sensi dell'articolo 2657 del codice civile.

La trascrizione veniva successivamente effettuata dal notaio sulla base di un atto ulteriore, correttamente autenticato, ma con un ritardo di tre mesi.

Nel giudizio disciplinare la difesa del notaio aveva sostenuto che l'impiego dell'autentica minore era giustificata dal fatto che all'accordo di negoziazione assistita non poteva attribuirsi carattere negoziale, dovendosi esso equiparare a un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria, sul quale infatti si esprime il parere del Procuratore della Repubblica, in base all'articolo 6, comma 2, del DL n. 132/2014.

Secondo tale ricostruzione il notaio autenticante non era tenuto a procedere ad alcun controllo di legalità sul contenuto del documento, per verificarne che non fosse *contra legem*; non avrebbe avuto pertanto alcun obbligo di repertoriarlo e di conservarlo tra i suoi atti; non sarebbe stato neppure obbligato a trascriverlo nei registri immobiliari nel più breve tempo possibile, non venendo in considerazione l'articolo 2671 del codice civile.

Sia la Commissione regionale di disciplina in primo grado che la Corte d'appello in secondo grado ritenevano il notaio responsabile. La Corte di cassazione confermava i provvedimenti assunti, ribadendo la **necessità dell'autentica notarile formale delle sottoscrizioni dei coniugi** poste in calce all'accordo di negoziazione assistita, quando esso contenga atti dispositivi di diritti reali soggetti a trascrizione.

Unitarietà della negoziazione assistita

Un primo aspetto della pronuncia in esame, che merita senz'altro di essere evidenziato, è quello che chiarisce come la fattispecie dell'**accordo di negoziazione assistita** in materia di separazione e divorzio, prevista dall'articolo 6 del DL 132/2014, **non sia caratterizzata da specificità e autonomia** rispetto alla fattispecie generale cui si riferisce il precedente articolo 5.

Gli interessi della famiglia e dei minori, sottesi alla negoziazione dell'articolo 6 citato, pur arricchendo lo schema generale con la presenza di un avvocato per parte e con il particolare *iter* procedimentale (che comprende la necessaria sottoposizione dell'accordo raggiunto alle verifiche del Procuratore della Repubblica), **non sono tali da far ritenere**, come chiarito dalla pronuncia in esame, **che si sia in presenza di un *tertium genus* di negoziazione**, caratterizzato da autonomia causale (in questo senso cfr. Tribunale di Catania, decreto 24 novembre 2015 e Tribunale di Genova, decreto 29 marzo 2016, in "Guida al Diritto" n. 16 del 2017; in dottrina F. P. Luiso, "La negoziazione assistita", in "Le Nuove leggi civili e commentate", 2015, 4, 649; G. Frezza, "Degiurisdizionalizzazione", negoziazione assistita e trascrizione, in "Le Nuove leggi civili e commentate", 2015, 1, 18).

In altri termini l'articolo 5 del decreto legge 132/2014 è disposizione che **riguarda in generale tutti gli aspetti esecutivi**, collegati al raggiungimento di un accordo a seguito della negoziazione assistita.

Ha dunque portata generale e non limitata per materie, la previsione richiedente l'autenticazione delle sottoscrizioni sul verbale di accordo e quella in tema di trascrizione di cui al comma 3 dell'articolo 5 (Tribunale di Genova, decreto 29 marzo 2016, citato), sebbene non venga ripetuta nel successivo articolo 6 anche nell'ambito della negoziazione in materia familiare.

Come è stato evidenziato, una diversa interpretazione che limitasse la lettura dell'articolo 5 alle sole parti espressamente richiamate riducendone la portata **si rivelerebbe irragionevole**, imponendo di verificare pedissequamente se la disciplina stabilita in via generale per gli accordi di negoziazione assistita trovi applicazione anche per quelli in materia di famiglia, allorché non sia stata espressamente richiamata. Fino a chiedersi cioè se, nell'ambito di tali accordi, si possano e debbano applicare le disposizioni dell'articolo 5 non solo in tema di trascrizione (articolo 5, comma 3), ma anche in ordine all'idoneità dell'accordo concluso *ex* articolo 6 a costituire «titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale» (articolo 5, comma 1), quelle sulla for-

ma del precetto (articolo 5, comma 2-*bis*) o, infine, se sussista o meno per gli avvocati il divieto sanzionato sul piano deontologico, di impugnare l'accordo di negoziazione alla cui redazione abbiano partecipato (articolo 5, comma 4) (cfr. M. Leo, commento a Tribunale di Pordenone del 17 marzo 2017, in "Guida al Diritto", n. 16/2017).

Negoziazione assistita e provvedimento giurisdizionale

A sostegno dell'unitarietà dell'istituto della negoziazione assistita i giudici chiariscono il significato della frase contenuta nell'articolo 6, comma 3, del Dl 132/2014, in base al quale «l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio».

Sul punto la Corte richiama l'orientamento giurisprudenziale che, partendo dalla tassatività dei titoli idonei alla trascrizione, ha **ammesso la trascrivibilità dell'accordo di separazione contenente negozi dispositivi di diritti** reali immobiliari, ma alla sola condizione che esso sia contenuto nel verbale di udienza omologato (Cassazione 15 maggio 1997 n. 4306 in "Famiglia e diritto", 1997, pagina 417).

In sostanza la trascrizione dei verbali di separazione consensuale, contenenti trasferimenti immobiliari, è stata ritenuta possibile non in virtù del decreto di omologazione ma a seguito del riconoscimento della forma di "atto pubblico" al verbale di udienza (contenente l'accordo di separazione e i relativi trasferimenti), in quanto redatto da un cancelliere quale ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato.

L'inciso «produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali» non deve pertanto portare a ritenere *tout court* che l'accordo di negoziazione assistita sia equiparabile a un provvedimento giudiziale, come invece ritenuto dal notaio ricorrente, compresa la possibilità di inquadrare detto accordo tra i titoli idonei alla trascrizione in quanto assimilabile alla sentenza (giusto il disposto dell'articolo 2657 del codice civile).

Tale impostazione della Cassazione limita quindi - *a contrario* - **il parallelismo tra l'accordo di negoziazione ex articolo 6 e i provvedimenti giurisdizionali** ivi richiamati, ai soli profili che incidono sullo *status* coniugale, sull'affidamento e sul mantenimento dei figli (in questi termini Tribunale di Catania, decreto 24 novembre 2015, citato; analogamente G. Frezza, citato, il quale ha osservato come l'espressione dell'articolo 6, comma 3, non sia in grado di conferire all'accordo di negoziazione la natura di una sentenza, alla stregua di quanto preteso dall'articolo 2671 del codice civile ai fini della trascrizione).

Appare a questo punto **decisamente indebolita quella ricostruzione** che, partendo dall'assimilazione di effetti tra accordo di negoziazione e provvedimenti giurisdizionali, era giunta a sostenere una **perfetta sovrapposizione del primo ai secondi**. L'analogia aveva condotto a ritenere che, non essendo necessaria per i provvedimenti giurisdizionali - ove contengano cessioni di diritti reali immobiliari - l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte dei pubblici ufficiali competenti, allo stesso modo tale formalità non poteva ritenersi richiesta per gli accordi di negoziazione in materia familiare «pena la vanificazione della predetta espressa equiparazione ai provvedimenti giudiziali» (in questo senso Tribunale di Pordenone, 17 marzo 2017, in "Guida al Diritto", n. 16/2017, pronuncia poi riformata dalla Corte d'appello di Trieste del 30 maggio 2017, in *Judicium.it* con nota di S. Izzo).

È stato evidenziato in proposito come una simile interpretazione non trovi assonanza con le finalità proprie della legge sulla negoziazione assistita, volta espressamente a introdurre misure urgenti di degiurisdizionalizzazione del processo civile. Sarebbe infatti da escludere che tra le intenzioni del legislatore vi fosse anche quella di introdurre (in maniera peraltro non espressa) nell'articolo 2657 del codice civile, nuovi titoli idonei per eseguire la trascrizione oltre alla sentenza, all'atto pubblico o alla scrittura privata con sottoscrizione autenticata (M.Leo).

La Cassazione ha colto l'occasione per rimarcare un preciso ruolo del notaio, pubblico ufficiale

**La certificazione del legale
è la condizione
per il conseguimento dell'efficacia
esecutiva dell'accordo**

Autentica notarile e accordi di negoziazione assistita da trascrivere

L'estensione alla negoziazione assistita in materia familiare della disciplina generale dell'articolo 5 porta la Suprema corte a compiere delle importanti **precisazioni sul potere di autentica** delle sottoscrizioni dei coniugi, allorché i loro accordi debbano essere assoggettati a pubblicità immobiliare (articolo 2657 del codice civile).

Viene cioè espressamente chiarito che simile potere spetta a «un pubblico ufficiale a ciò autorizzato - così come avverrebbe per un qualunque accordo da trascrivere nei registri immobiliari stipulato con la negoziazione assistita ex art. 5 - non potendosi riconoscere analogo potere certificativo agli avvocati». Ne discende che per i Giudici di legittimità costituisce **titolo idoneo per la trascrizione nei registri immobiliari** (articolo 2657 del codice civile) solo **quello autentico**, vale a dire l'atto pubblico notarile o la scrittura privata autenticata dal notaio.

Tutto ciò perché il principio di autenticità del titolo, che soprassiede all'accesso degli atti ai registri immobiliari, non è circoscritto alla mera esigenza di identificare gli autori del negozio cui dare pubblicità, per la quale sarebbe senz'altro sufficiente l'autenticazione da parte di altro pubblico ufficiale, come ad esempio quella svolta dai soggetti indicati dall'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000.

La ragione dell'**esclusività della competenza notarile** per la formazione degli atti autentici si spiega, come precisato dal Suprema corte, con la «**necessità di un controllo pubblico**» che è «principio essenziale e cardine del sistema della pubblicità immobiliare e del complesso sistema delle trascrizioni e delle intavolazioni diretto a garantire la certezza dei diritti» (in questo senso già G. Petrelli, «L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato», in «Rivista di diritto civile», 2007, pagine 585 e seguenti).

Autenticità del titolo per la trascrizione ed esigenze di tutela

Il quadro normativo complessivo ricordato dalla pronuncia, ruotante sul richiamato principio di autenticità del titolo per la trascrizione (articolo 2657 del codice civile), fa leva sulle disposizioni che attribuiscono al notaio o ad altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato la competenza al ricevimento degli atti pubblici o all'autenticazione delle scritture private (articoli 2699 e 2703 del codice civile), su quelle che impongono al Conservatore l'obbligo di rifiutare la trascrizione se il titolo non ha i requisiti previsti dalla legge (articolo 2674 del codice civile) e infine sull'intero apparato normativo della legge notarile.

Secondo autorevole dottrina nessun sistema giuridico efficiente potrebbe ammettere una pubblicità immobiliare che prescindere da qualsiasi controllo preventivo di legalità, identità, capacità e legittimazione delle parti dell'atto. Ciò perché occorre tutelare, pur con diverse possibili gradazioni, sia l'affidamento della collettività riguardo alle risultanze dei pubblici registri (mediante misure adeguate al fine di evitarne la falsità o ingannevolezza, in presenza di vizi più o meno gravi dei titoli); sia l'interesse dell'alienante a non essere privato del proprio diritto se non in presenza di titoli regolari e validi (G. Petrelli, *L'autenticità*, cit., 631).

La Cassazione ha colto l'occasione per rimarcare, con la sentenza in commento, **un preciso ruolo del notaio**, pubblico ufficiale autorizzato ad autenticare accordi di negoziazione assistita in materia familiare destinati alla trascrizione, rimarcando la sua funzione di verifica della corrispondenza del negozio voluto dalle parti alle norme inderogabili dell'ordinamento.

Si tratta proprio di quel **controllo di legalità** che il notaio esplica in base all'articolo 28 della legge notarile, attuato con le medesime modalità sia nell'atto pubblico che nella scrittura privata autenticata, così che non siano posti in essere atti contrari a norme imperative, ordine pubblico o buon costume.

A questo si aggiungono altri **controlli**, come quelli in materia di **antiriciclaggio**, quelli sulla **regolarità fiscale** in materia di imposizione indiretta (per i quali il notaio è responsabile di imposta per gli atti da lui redatti, ri-

cevuti o autenticati, oltre che solidalmente obbligato «insieme con» le parti contraenti), quelli sulla conformità urbanistica e catastale degli immobili, che la legge ha affidato in via esclusiva al notaio (articolo 19, comma 4, della legge 122/2010 che ha novellato l'articolo 29 della legge 27 febbraio 1985 n. 52).

Il ruolo dell'avvocato

La sentenza n. 1202 del 2020 si sofferma su tale ruolo nel rimarcare l'**inidoneità della certificazione della sottoscrizione** del verbale di accordo da parte degli avvocati ai fini della trascrizione.

Qual è allora il ruolo dell'avvocato nella negoziazione assistita in materia familiare e la funzione della sua dichiarazione di conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, richiesta dall'articolo 5, comma 2, del decreto legge 132/2014?

Può ritenersi che l'avvocato certifichi l'autografia delle firme, previa identificazione delle parti, al precipuo scopo di completare la fattispecie formativa dell'accordo di negoziazione assistita, da destinare all'Ufficiale di Stato civile per la successiva inserzione nei relativi registri.

In tal senso dispone il comma 3 dell'articolo 6, in base al quale «l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale di stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5».

Si comprende quindi come per le finalità della registrazione riservata all'Ufficiale dello stato civile sia importante che egli abbia certezza della provenienza dell'accordo da trascrivere, come pure della conformità a legge di quest'ultimo nella sua parte "necessaria", vale a dire quella relativa allo scioglimento del matrimonio e - soprattutto - all'affidamento e mantenimento dei figli. Su questo punto l'autonomia contrattuale delle parti è parzialmente limitata da alcuni principi di natura inderogabile (bigenitorialità, partecipazione proporzionale agli oneri di mantenimento, istruzione, cura, ecc).

E proprio a questa finalità risponde l'altra certificazione dell'articolo 5, comma 2, richiamata dall'articolo 6, vale a dire che l'accordo sia conforme «alle norme imperative e all'ordine pubblico».

La funzione della certificazione dell'autografia dell'avvocato, quindi, (congiuntamente a quella sulla conformità a norme imperative e all'ordine pubblico) è quella di **contribuire a formare uno dei documenti che alimentano i registri dello stato civile**, per il cui approvvigionamento l'ordinamento non richiede sempre titoli autentici.

Secondo il decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000 n. 396, infatti, è possibile che siano inseriti in questi registri non solo dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà (autocertificazioni) per comprovare stati, fatti o qualità (cfr. articolo 21), rilasciate secondo quanto prescrive la disciplina sulla documentazione amministrativa, ma anche dichiarazioni provenienti direttamente dai privati e non rese dinanzi a ufficiale di stato civile, come ad esempio le dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione, per far cessare gli effetti della sentenza di separazione (articolo 63; articolo 157 del codice civile).

La certificazione dell'avvocato risponde anche a un altro scopo.

Essa è condizione per il conseguimento dell'**efficacia esecutiva dell'accordo**, o per farlo divenire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, poiché è indubitabile che il legislatore abbia condizionato tali effetti a quella dichiarazione di conformità dell'avvocato.

In sostanza il decreto legge n. 132 del 2014 **affida agli avvocati la gestione delle vicende familiari e coniugali della coppia che si separa** - istituendo anche lo specifico statuto di responsabilità a loro carico, per l'ipotesi che non diano prontamente seguito all'aggiornamento dei registri dello stato civili (articolo 6, comma 4) - mentre **ai notai affida il compito di inserire nei registri immobiliari gli eventuali atti di trasferimento di diritti reali immobiliari**, frutto degli accordi di negoziazione.

**Avvocati responsabili
se non danno prontamente
seguito all'aggiornamento
dei registri dello stato civile**

IL MASSIMARIO

a cura di
Mario Finocchiaro
e Mario Piselli

Rassegna delle massime della Cassazione civile

GIURISDIZIONE

Domande poste dagli investitori nei confronti di Banca d'Italia e Consob - Per mancata o inadeguata vigilanza - Giurisdizione ordinaria - Sussiste. (Cc, articolo 2043; Dlgs 80/1998, articoli 33 e 34)

Sezioni Unite, ordinanza 5 marzo 2020 n. 6324 - Pres. Curzio; Rel. Lamorgese; Ric. Banca d'Italia; Controric. Ruffini

IL PRINCIPIO

Sulle domande proposte dagli investitori e azionisti nei confronti delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob) per i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza nei confronti delle banche e intermediari, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo la contestazione di poteri amministrativi, ma di comportamenti doverosi a loro favore

che non investono scelte e atti autoritativi, essendo dette autorità tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari relativi al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del *neminem laedere*.

LA NOTA

Le sezioni Unite hanno ribadito il principio in forza del quale alla Banca d'Italia e alla Consob sono attribuiti, secondo le rispettive competenze, poteri-doveri di azione a tutela del risparmio e, dunque, a favore degli investitori, che non investono scelte e atti autoritativi, ma comportamenti doverosi che sono soggetti al rispetto del principio generale del *neminem laedere*, da adempiere mediante l'osservanza di regole tecniche, ovvero di comuni canoni di diligenza e prudenza, la cui violazione può essere denunciata davanti al giudice ordinario. Il fatto che detti comportamenti siano di-

sciplinati dalla legge non li fa diventare atti autoritativi sindacabili in sede di giurisdizione amministrativa, posto che la nozione di colpa extracontrattuale per i danni cagionati a terzi dalla pubblica amministrazione si riferisce, a norma dell'articolo 43 del codice penale, non solo alle situazioni in cui questa abbia agito senza rispettare i canoni della diligenza, prudenza e perizia propri di chiunque operi nel mondo esterno, ma anche quando abbia violato norme di leggi o regolamenti relative all'organizzazione o allo svolgimento di un pubblico servizio. (M.Pis.)

SENTENZA CIVILE

Sentenza civile in genere - Effetti circa il dedotto e il deducibile relativo allo stesso oggetto - Ammissibilità. (Cc, articolo 2909; Cpc, articolo 324)

Sezione II, sentenza 4 marzo 2020 n. 6091 - Pres. San Giorgio; Rel. Varrone; Pm (conf.) Pepe; Ric. Cresta; Contro-ric. Chiesa

IL PRINCIPIO

Il giudicato copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto e, pertanto, non soltanto le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio ma anche tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione, che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono

precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia, ma non può spiegare i suoi effetti in ordine alle questioni che non potevano essere proposte prima che sorgesse il fatto giuridico da cui scaturiscono.

Nella decisione in esame la Corte ha anche affermato il principio secondo cui l'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo a un ordinario giudizio di cognizione, nel quale il giudice deve accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'opposto, che assume la posizione sostanziale di attore, mentre l'opponente, il quale assume la posizione sostanziale di convenuto, ha l'onere di contestare il diritto azionato con il ricorso, facendo valere l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda o l'esistenza di fatti estintivi o

modificativi di tale diritto, potendo quest'ultimo proporre domanda riconvenzionale a fondamento della quale può anche dedurre un titolo non strettamente dipendente da quello posto a fondamento dell'ingiunzione, quando non si determini in tal modo spostamento di competenza e sia pur sempre ravvisabile un collegamento obiettivo tra titolo fatto valere con l'ingiunzione e domanda riconvenzionale, tale da rendere opportuno la celebrazione del *simultaneus processus*. (M.Pis.)

ADOZIONE E AFFIDAMENTO

Adozione - Adozione in genere - Adozione legittimante - Accertamento giurisdizionale - Articolazione - Diversità degli oggetti - Conseguenze - Adozione in casi particolari - Caratteristiche. (Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 8, 27, 44 e 46)

La adozione legittimante o piena di un minore consegue a un accertamento giurisdizionale articolato in due giudizi separati, caratterizzati da una radicale diversità dell'oggetto della decisione. Il secondo giudizio non può essere introdotto se non in funzione del preventivo accertamento della condizione di abbandono del minore cui si attribuisce lo *status* di figlio adottivo. Dunque questo ultimo giudizio non ha autonomia, non potendo che conseguire da uno solo degli esiti possibili del giudizio precedente. Nei procedimenti *ex* articolo 44 della legge n. 184 del 1983, la adottabilità non è un antecedente processuale del successivo giudizio ma, al contrario che nella adozione legittimante, il procedimento *ex* articolo 44 non deve seguire a una dichiarazione di adottabilità e all'accertamento di una condizione di abbandono, certificata da una pronuncia passata in giudicato. Questi diversi modelli di filiazione adottiva sono, infatti, caratterizzati dalla partecipazione dei genitori biologici del minore (salvo che il minore sia orfano di entrambi) i quali - ai sensi dell'articolo 46, comma 1 - devono prestare il loro consenso, salvo l'intervento sostitutivo del Tribunale, secondo le modalità procedurali stabilite nel comma 2. Il legislatore ha introdotto, nella adozione in casi particolari, una pluralità di percorsi che conducono alla genitorialità adottiva, incentrati sulla continuità delle relazioni con i genitori biologici o, comunque, con il nucleo parentale originario. I giudizi che hanno a oggetto questi diversi modelli adottivi si fondano su un esame rigoroso della idoneità degli adottanti o del singolo richiedente, essendo l'adozione *ex* articolo 44 non soltanto bigenitoriale. In particolare, tale forma di adozione può riguardare minori che conservano non solo lo status filiale rispetto a uno dei genitori biologici ma anche la continuità relazionale con tale genitore, come previsto nella ipotesi disciplinata nella lettera b) dell'articolo 44 e non escluso nella ipotesi di cui all'articolo 44, lettera d). (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 13 febbraio 2020 n. 3643 - Pres. Giancola; Rel. Acerno; Pm (diff.) Zeno

Adozione - Adozione legittimante - *Extrema ratio* - Conseguenze - Assenza di qualsiasi interesse a conservare una relazione con i genitori biologici. (Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 1, 8 e 27)

La adozione legittimante è la *extrema ratio* cui si deve pervenire quando non si ravvisa alcun interesse per il minore di conservare una relazione con i genitori biologici, attesa la condizione di abbandono materiale e morale nella quale si troverebbe a vivere e si reputa che tale perdurante legame generi un forte pregiudizio o in assoluto, o alla luce di una valutazione complessiva e bilanciata del diritto a non allontanarsi dal nucleo originario con quello a non esserne gravemente danneggiato nello sviluppo equilibrato della personalità individuale. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 13 febbraio 2020 n. 3643 - Pres. Giancola; Rel. Acerno; Pm (diff.) Zeno

Adozione - Stato di adottabilità - Condizione di abbandono - Condizioni - Conseguenze - Recisione di qualsiasi rapporto con i genitori biologici - Esclusione. (Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 7, 8 e 27)

La condizione di abbandono di un minore, che giustifica la pronuncia del decreto di adottabilità si riscontra quando il minore sia privo di assistenza materiale e morale non per causa di forza maggiore a carattere transitorio. La principale conseguenza giuridica della dichiarazione di adottabilità consiste nella sospensione della responsabilità genitoriale e nella nomina definitiva del tutore. Il minore che sia stato dichiarato adottabile versa nella condizione giuridica di essere posto in affidamento preadottivo. Non è prevista da alcuna norma espressa come conseguenza automatica della dichiarazione di adottabilità la recisione di qualsiasi rapporto e contatto con i genitori biologici, mentre tale effetto si determina definitivamente ai sensi dell'articolo 27 della legge n. 184 del 1983 con la adozione. La cessazione dei rapporti e dei contatti con la famiglia di origine è, tuttavia, una conseguenza diretta dell'affidamento preadottivo perché costituisce una modalità di attuazione di questa cruciale fase del rapporto tra adottante e adottando, diretta a culminare nella dichiarazione di adozione. Può, pertanto, ritenersi che

con la dichiarazione di adottabilità, in quanto finalizzata alla adozione legittimante (ancorché possa verificarsi in alcune ipotesi la assenza di tale esito finale) si determina la cessazione dei rapporti con i genitori biologici, non essendo compatibile con la finalità ultima dell'istituto la perpetuazione di una relazione che è destinata a recidersi definitivamente con la assunzione di un diverso status filiale mediante l'adozione. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 13 febbraio 2020 n. 3643 - Pres. Giancola; Rel. Acierno; Pm (diff.) Zeno

Adozione - Stato di adottabilità - Condizioni - Presupposti. (Legge 4 maggio 1983 n. 184, articoli 1, 7 e 8)

Lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità ricorre allorché i genitori non siano in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, di calore affettivo e di aiuto psicologico indispensabili allo sviluppo e alla formazione della sua personalità, senza che tale situazione sia dovuta a motivi di carattere transitorio, considerati in base a una valutazione che, involgendo un accertamento di fatto, spetta al giudice di merito. In particolare in tema di adozione, il prioritario diritto fondamentale del figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i suoi genitori e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia, sancito dall'articolo 1 della legge n. 184 del 1983, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, ai fini del perseguimento del suo superiore interesse, potendo quel diritto essere limitato solo ove si configuri un endemico e radicale stato di abbandono - la cui dichiarazione va reputata come *extrema ratio* - a causa della irreversibile incapacità dei genitori di allevarlo e di curarlo per loro totale inadeguatezza. (M.Fin.)

¶ Sezione I, sentenza 13 febbraio 2020 n. 3654 - Pres. Giancola; Rel. Caiazzo; Pm (conf.) Zeno

CIRCOLAZIONE STRADALE

Codice della strada - Responsabilità e risarcimento - Presunzione di colpa del veicolo investitore - Limiti - Conseguenze. (Cc, articoli 1227 e 2054)

La presunzione di colpa del conducente di un veicolo investitore, prevista dall'articolo 2054, comma 1, del codice civile, non opera in contrasto con il principio della responsabilità per fatto illecito, fondata sul rapporto di causalità fra evento dannoso e condotta umana, e dunque non preclude, anche nel caso in cui il conducente non abbia fornito la prova idonea a vincere la presunzione, l'indagine sull'imprudenza e pericolosità della condotta del pedone investito, che va apprezzata ai fini del concorso di colpa ai sensi dell'articolo 1227, comma 1, del codice civile, e integra un giudizio di fatto che, come tale, si sottrae al sindacato di legittimità se sorretto da adeguata motivazione. (M.Fin.)

¶ Sezione III, ordinanza 17 gennaio 2020 n. 842 - Pres. Armano; Rel. Cricenti; Ric. X e altri; X S.p.a. e altri

CONTRATTO

Nullità - Nullità ex articolo 47 del Dpr 380/2001 e articoli 17 e 40 della legge n. 47 del 1985 - Nullità testuale - Conseguenze - Dichiarazione dell'alienante del titolo urbanistico riferibile all'immobile - Sufficienza. (Cc, articolo 1418; legge 28 febbraio 1985 n. 47, articoli 17 e 40; Dpr 6 giugno 2001 n. 380, articolo 46)

La nullità comminata dall'articolo 46 del Dpr n. 380 del 2001 e dagli articoli 17 e 40 della legge n. 47 del 1985 va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'articolo 1418 Cc, di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità testuale, con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi a effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'immobile. Pertanto, in presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato. (M.Fin.)

Sezione III, ordinanza 15 gennaio 2020 n. 538 - Pres. Armano; Rel. Scoditti; Ric. Diemer Frank Alexander e altro; Controric. Russo e altro

EDILIZIA E URBANISTICA

Violazioni - Sanzioni - Immobili privi della concessione edificatoria - Atti dispositivi - Nullità - In caso di contratti con efficacia obbligatoria - Esclusione. (Cc, articoli 1351 e 1418; legge 28 febbraio 1985 n. 47, articolo 40)

La sanzione della nullità prevista dall'articolo 40 della legge n. 47 del 1985 con riferimento a vicende negoziali relative a immobili privi della necessaria concessione edificatoria trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 7 febbraio 2020 n. 2908 - Pres. D'ascola; Rel. Sabato; Pm (conf.) Mistri; Ric. Erasmi e altro; Controric. Rocchi e altri. In senso conforme: sezione II, sentenza 12 febbraio 2020 n. 3461 - Pres. San Giorgio; Rel. Dongiacomo; Pm (conf.) Celeste; Ric. Marsellis e altro; Controric. e ric. inc. Maraglino

FALLIMENTO

Azione revocatoria - Atti esclusi - Atti esecutivi di un piano attestato di risanamento a norma dell'articolo 67, comma 3, lettera d), della legge Fallimentare - Poteri del giudice - Conseguenze - Fattispecie. (Regio de-

creto 16 marzo 1942 n. 267, articolo 67; decreto legge 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 14 agosto 2012 n. 134, articolo 33)

Per ritenere esenti dalla domanda di revocatoria fallimentare, proposta dalla curatela, gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento a norma dell'articolo 67, comma 3, lettera d), della legge Fallimentare (nel testo previgente al decreto legge 83/2012, convertito con modificazioni nella legge 134/2012), il piano deve apparire idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa. Deve, quindi, ritenersi che sia attribuito al giudice un potere di valutazione del piano, sia pure nei limiti della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi, fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori. Considerata la natura del piano attestato, che viene predisposto unilateralmente dal debitore e non è soggetto a omologa, né ad alcuna forma di pubblicità, la suddetta valutazione non può che essere effettuata avuto riguardo alla situazione *ex ante* (ora per allora) e parametrata sulla condizione del terzo contraente, il quale farà valere l'esenzione, deducendo che sul piano attestato aveva fatto affidamento e va, dunque, senz'altro affermata la necessaria valutazione di veridicità dei dati, quale elemento costitutivo dell'attestazione che qualifica il piano, onde in difetto di essa il piano redatto non è neppure riconducibile all'istituto (non può parlarsi dunque di piano attestato) e dunque non può operare l'esenzione. Inoltre, la specifica previsione dell'articolo 67, comma 3, lettera d), laddove prevede che il piano debba apparire idoneo al risanamento e a assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, attribuisce al giudice un potere valutativo, seppure in termini di macroscopica inidoneità, ai fini dell'applicazione dell'esenzione. (Nel caso di specie, ha osservato la Suprema corte, nel cassare la pronuncia impugnata, è mancata sia l'attestazione di veridicità dei dati sia la valutazione di idoneità, seppure in negativo, ai fini di escludere una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore alla realizzazione dei suoi scopi). (MFin.)

¶ Sezione I, ordinanza 10 febbraio 2020 n. 3018 - Pres. Didone; Rel. Federico; Ric. Curatela del Fallimento Ponente S.r.l.; Controric. Banco Popolare Soc. coop.

Concordato preventivo - Cessione beni ai creditori - Vendita dei beni - Decreto del giudice delegato - Reclamo - Provvedimento del tribunale - Ricorso straordinario per cassazione - Ammissibilità. (Costituzione, articolo 111; Cpc, articoli 617 e 618; regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, articoli 26 e 182)

È assoggettabile a ricorso per cassazione, a norma dell'articolo 111, comma 7, della Costituzione, il provvedimento con cui il tribunale accolga (o rigetti) il reclamo proposto contro un decreto emesso dal giudice delegato in tema di vendita dei beni del debitore, nella fase esecutiva di un concordato preventivo con cessione dei beni omologato dal medesimo tribunale, dovendo-

si estendere - sulla base di un'interpretazione sistematica dell'ordinamento, imposta dalla necessità di rispettare il principio di uguaglianza - il regime di ricorribilità applicabile, a norma degli articoli 617 e 618 del Cpc, per i provvedimenti del giudice dell'esecuzione non altrimenti impugnabili. Infatti, i suddetti provvedimenti del giudice delegato rientrano nel novero degli atti di giurisdizione esecutiva, assolvendo a una funzione corrispondente a quella dei provvedimenti di analogo tenore emessi nell'ambito della liquidazione fallimentare. (MFin.)

¶ Sezione I, ordinanza 10 febbraio 2020 n. 3023 - Pres. Didone; Rel. Pazzi; Ric. Eleven Finance S.r.l.; Controric. Casagni

Decreti - Ricorso straordinario per cassazione - Termine - Decorrenza - Comunicazione del provvedimento alla parte. (Costituzione, articolo 111; Cpc, articolo 136; disposizioni di attuazione del Cpc, articolo 45; regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, articolo 26)

Il termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione, avverso i decreti emessi dal tribunale fallimentare in sede di reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato inizia a decorrere dalla comunicazione del provvedimento alla parte, come eseguita dalla cancelleria - di regola - ai sensi degli articoli 136 del Cpc e 45 delle disposizioni di attuazione del Cpc, o anche in forme equipollenti, purché risulti certa la presa di conoscenza dell'atto da parte del destinatario e la relativa data. (MFin.)

¶ Sezione I, ordinanza 10 febbraio 2020 n. 3023 - Pres. Didone; Rel. Pazzi; Ric. Eleven Finance S.r.l.; Controric. Casagni

Decreti - Ricorso straordinario per cassazione - Termine - Sospensione nel periodo feriale - Esclusione - Applicazione del principio in ambito concordatario. (Costituzione, articolo 111; Cpc, articoli 615 e 617; regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12, articolo 92; regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, articoli 26, 36-bis e 182; legge 7 ottobre 1969 n. 742, articolo 3)

Il termine per proporre ricorso per cassazione, ex articolo 111 della Costituzione, avverso i decreti emessi dal Tribunale fallimentare in sede di reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato non è soggetto, per la generale previsione introdotta dall'articolo 36-bis della legge Fallimentare, alla sospensione feriale ex articolo 3 della legge n. 742 del 1969, in relazione all'articolo 92 dell'ordinamento giudiziario, svolgendo tale reclamo, nella procedura concorsuale, funzione sostitutiva delle opposizioni previste dagli articoli 615 e 617 del Cpc nel processo esecutivo individuale. Il principio trova applicazione anche in ambito concordatario, ove, al pari di quanto avviene in sede fallimentare, il reclamo avverso i provvedimenti del giudice delegato in materia di liquidazione dell'attivo messo a disposizione dei creditori, da cedere secondo le modalità previste dall'articolo 182 della legge Fallimentare, ha funzione sostitutiva delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi della procedura esecutiva in-

dividuale (articoli 615 e 617 del Cpc), per le quali la legge (articolo 3 della legge n. 742 del 1969, che richiama l'articolo 92 dell'ordinamento giudiziario) pone una eccezione alla regola della sospensione. (M.Fin.)

¶ *Sezione I, ordinanza 10 febbraio 2020 n. 3023 - Pres. Didone; Rel. Pazzi; Ric. Eleven Finance S.r.l.; Controric. Casagni*

MARCHI E BREVETTI

Marchio complesso - Inclusione dell'unico elemento di un marchio semplice precedentemente registrato - Contraffazione - Conseguenze. (Cc, articolo 2569)

La inclusione in un marchio complesso dell'unico elemento, nominativo o emblematico, che caratterizza un marchio semplice precedentemente registrato si traduce in una contraffazione, anche se il nuovo marchio sia costituito da altri elementi che lo differenziano da quello precedente. In tale caso ai fini dell'accertamento dell'esistenza della contraffazione non può essere attribuita a ciascun elemento del marchio complesso uguale funzione individualizzante e differenziatrice, ma è necessario stabilire a quali dei molteplici elementi del marchio complesso può essere diretta di preferenza l'attenzione dei consumatori. (M.Fin.)

¶ *Sezione I, ordinanza 7 febbraio 2020 n. 2976 - Pres. Scotti; Rel. Scotti; Ric. Tufano Gomme S.r.l.; Controric. Tufano Luigi Gomme S.r.l.*

PROPRIETÀ

Accessione - Alluvione - Terreni abbandonati da acque correnti - Alveo abbandonato - Regime anteriore alla legge n. 37 del 1994. (Cc, articoli 941, 942, 944, 946 e 947; legge 5 gennaio 1994 n. 37)

Le norme degli articoli 941, 942 (nel vecchio testo), 944 (nella versione antecedente), 946 e 947 (sempre con riguardo al vecchio testo), del Cc, disciplinavano anche anteriormente alla legge 37/1994 i fenomeni dell'accessione, dell'alluvione, dell'avulsione e dell'insula in flumine nata, secondo il principio romanistico essenzialmente mirato di dirimere i conflitti tra titoli di acquisto originario. In questa prospettiva i fenomeni naturali a seguito dei quali venivano ad aumentare le superfici dei terreni emersi, oppure emergevano terreni prima coperti dalle acque ovvero, ancora, si distaccavano dai terreni parti riconoscibili come tali, davano luogo a fattispecie acquisitive in favore di quel proprietario di fondi che, caso per caso, si trovava in una situazione ritenuta meritevole di rilevanza. Pertanto il precedente testo dell'articolo 946 del Cc regolamentava una forma di accessione in base alla quale il conflitto possibile tra due rivieraschi opposti in ordine alla proprietà del terreno lasciato libero dalle acque del fiume per essersi questo naturalmente formato un nuovo alveo, veniva risolto con la divisione del medesimo tra i

predetti. L'articolo 947 del Cc (vecchio testo) stabiliva, quindi, che le norme di cui ai citati articoli 941, 942, 945 e 946 del Cc non si dovevano applicare nel caso in cui le alluvioni e i mutamenti del letto dei fiumi derivano da regolamento del loro corso, da bonifiche o da altre consimili cause. La norma, pertanto, implicava, in via di principio ovvero per tutte le fattispecie previste dalla legge e perciò anche per l'accessione, che a tal fine si dovesse porre riferimento al presupposto della naturalità dell'evento causativo. (M.Fin.)

¶ *Sezione II, sentenza 17 febbraio 2020 n. 3854 - Pres. Lombardo; Rel. Carrato; Pm (conf.) Celentano; Ric. Beneditto; Controric. Ministero dell'Economia e delle finanze e altro*

Accessione - Alveo abbandonato - Mutamento del letto del fiume - Legge n. 37 del 1994 - Efficacia retroattiva - Esclusione. (Cc, articoli 946 e 947; legge 5 gennaio 1994 n. 37, articoli 3 e 4)

Le disposizioni degli articoli 3 e 4 della legge n. 37 del 1994 (recante Norme per la tutela ambientale delle aree demaniali dei fiumi, dei torrenti, dei laghi e delle altre acque pubbliche), sostitutive degli articoli 946 e 947 del Cc - le quali escludono la sdemanializzazione dei terreni comunque abbandonati per fenomeni di inalveamento, a seguito sia di eventi naturali che di fatti artificiali indotti dall'attività antropica - sono prive di efficacia retroattiva, ragion per cui, con riferimento alla vicenda di cui trattasi, trova applicazione la versione precedente di detti articoli e, in particolare, quella di cui all'articolo 947 del codice civile. (M.Fin.)

¶ *Sezione II, sentenza 17 febbraio 2020 n. 3854 - Pres. Lombardo; Rel. Carrato; Pm (conf.) Celentano; Ric. Beneditto; Controric. Ministero dell'Economia e delle finanze e altro*

Accessione - Fluviale - Presupposti - Regime anteriore alla legge n. 37 del 1994. (Cc, articoli 942 e 947; legge 5 gennaio 1994 n. 37)

In tema di accessione fluviale, il presupposto perché possa originarsi il diritto di accessione in favore dei proprietari confinanti dell'alveo derelitto di un fiume o torrente, secondo il disposto degli articoli 942-947 del Cc (nel testo precedente alla novella introdotta con n. 37 del 1994 e applicabile *ratione temporis* qualora la situazione ambientale cui si fa riferimento si sia verificata prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina), è che il corso d'acqua abbia abbandonato il letto per una forza spontanea, e non per l'opera dell'uomo, ovvero che non sia stata determinata da attività. (M.Fin.)

¶ *Sezione II, sentenza 17 febbraio 2020 n. 3854 - Pres. Lombardo; Rel. Carrato; Pm (conf.) Celentano; Ric. Beneditto; Controric. Ministero dell'Economia e delle finanze e altro*

PROVA CIVILE

Consulenza tecnica - D'ufficio - Compenso - Liquidazione

zione - Opposizione - Litisconsorzio - Consulente in materia penale. (Cpc, articolo 102; Cpp, articolo 535; Dpr 30 maggio 2002 n. 115, articoli 4, 5 e 170)

Nel giudizio di opposizione promosso dal consulente tecnico in relazione al pagamento del suo compenso sono litisconsorti necessari le parti del procedimento civile, nell'ambito del quale la consulenza fu svolta, posto che in definitiva sono i soggetti sui quali - a esito del procedimento - graverà - secondo il canone della soccombenza - il peso economico del compenso riconosciuto al consulente. Anche in relazione al procedimento penale l'indagato ovvero l'imputato sono parti necessarie del procedimento di opposizione ex articolo 170 del Dpr n. 115 del 2002 avviato dall'ausiliario del Pm posto che, a esito del procedimento in caso di condanna, lo stesso sarà gravato - articoli 4 e 5 del Dpr n. 115 n. 2002 e articolo 535 del Cpp - anche delle spese anticipate dall'Erario per l'espletamento delle indagini da parte del magistrato. Di conseguenza in presenza di indagati individuati e nominati nel decreto di affidamento incarico - segno che non v'è questione di riservatezza delle indagini nei confronti dell'indagato -, il giudizio di opposizione promosso dall'ausiliario per la determinazione del suo compenso va incardinato non solo verso il ministero della Giustizia - soggetto tenuto all'anticipazione delle spese fatte dall'Ufficio giudiziario - ma pure verso gli indagati o imputati, soggetti sui quali verrà a gravare il peso economico in questione nell'eventualità di loro condanna. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 21 gennaio 2020 n. 1206 - Pres. Gorjan; Rel. Gorjan; Pm (diff.) Sgroi; Ric. Monguzzi; Controric. Ministero della Giustizia

Prova - Prova documentale - Scritti provenienti da un terzo - Valore probatorio. (Cc, articolo 2702; Cpc, articolo 214)

Gli scritti provenienti da un terzo, i quali, invero, pur non potendo produrre gli effetti di piena prova e non essendo soggetti al regime sostanziale di cui all'articolo 2702 del Cc né a quello processuale previsto dall'articolo 214 del Cpc, possono solo essere liberamente apprezzati dal giudice nel loro valore meramente indiziario, ragion per cui il loro contenuto deve essere supportato da ulteriori elementi che ne confortino l'attendibilità e la verosimiglianza e, quindi, supportino la possibilità per il giudice di merito di conferire a essi il valore di prova effettivamente convincente. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 16 gennaio 2020 n. 792 - Pres. Lombardo; Rel. Carrato; Pm (conf.) Celentano; Ric. Vighi; Controric. Boldoni

Prova - Prova documentale - Scrittura privata - Riconoscimento - Effetti - Limiti. (Cc, articoli 2702 e 2703; Cpc, articoli 214, 215, 216 e 221)

L'avvenuto riconoscimento, anche tacito, di una scrittura privata esclude unicamente che colui al quale la sottoscrizione è attribuita possa limitarsi a disconoscere la sottoscrizione, addossando l'onere della verifica alla parte che del documento voglia avvalersi, ma non si pone come accertamento di autenticità non altrimenti impugnabile. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 24 gennaio 2020 n. 1616 - Pres. Manna; Rel. Cosentino; Pm (conf.) Capasso; Ric. ISAM S.r.l.; Controric. Gabrele Carosella Lavori S.r.l.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Responsabilità della Pa - In genere - Minore disabile - Danni non patrimoniali - Fruizione durante l'orario scolastico di un numero di ore di didattica di sostegno inferiore a quello necessario - Giurisdizione del giudice ordinario. (Cpa, articolo 133; legge 5 febbraio 1992 n. 104, articolo 1)

È devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda risarcitoria proposta dal genitore di un minore disabile, nei confronti della amministrazione scolastica, in relazione ai danni non patrimoniali patiti dal minore per avere fruito, durante l'orario scolastico, di un numero di ore di didattica di sostegno (a mezzo di insegnanti specializzati) inferiore a quello necessario in relazione alle sue condizioni di salute. (M.Fin.)

¶ Sezioni Unite, ordinanza 28 gennaio 2020 n. 1870 - Pres. Curzio; Rel. Lombardo; Pm (conf.) Sanlorenzo

RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

Conservazione della garanzia patrimoniale - Azione revocatoria - Contratto definitivo - Compravendita - Eventus damni per il creditore - Elemento soggettivo in capo all'acquirente - Diverso momento rilevante. (Cc, articoli 1351 e 2901)

Ove oggetto di revocatoria sia il contratto definitivo di compravendita la sussistenza del presupposto dell'*eventus damni*, per il creditore procedente va accertata con riferimento alla stipula del medesimo, verificandosi solo in quel momento il compimento di un atto dispositivo del patrimonio del debitore, mentre l'elemento soggettivo richiesto dall'articolo 2901 del codice civile in capo all'acquirente va valutato con riguardo al momento della conclusione del contratto preliminare, momento in cui si consuma la libera scelta delle parti. (M.Fin.)

¶ Sezione III, ordinanza 18 febbraio 2020 n. 4010 - Pres. Spirito; Rel. Gorgoni; Ric. Sotgiu; Controric. Costalonga e altri

Conservazione della garanzia patrimoniale - Azione revocatoria - Contratto preliminare - Esclusione - Definitivo conseguente - Ammissibilità - Condizioni. (Cc, articoli 1351 e 2901)

Deve escludersi possa essere oggetto di revocatoria il contratto preliminare. Lo stesso, infatti, essendo privo di effetti traslativi, non rientra nella tassonomia degli atti di disposizione oggetto della azione di cui all'articolo 2901 del codice civile. È possibile, per contro, che la revocatoria investa il contratto definitivo, anche se atto

compiuto in adempimento di un obbligo preesistente, a condizione che al momento della stipulazione del contratto preliminare ricorressero gli stati soggettivi a tale fine rilevanti, perché è in quel momento che si forma la volontà di disporre, sebbene l'effetto non sia ancora prodotto. (M.Fin.)

¶ Sezione III, ordinanza 18 febbraio 2020 n. 4010 - Pres. Spirito; Rel. Gorgoni; Ric. Sotgiu; Controric. Costalonga e altri

RICORSO

Ricorso per cassazione - Contenuto - Elementi indispensabili a costituire la ragioni per cui si chiede la cassazione - Esposizione - Necessità. (Cpc, articoli 360 e 366)

Il ricorso per cassazione - per il principio di necessaria specificità che lo deve caratterizzare in virtù del disposto di cui all'articolo 366, comma 1, n. 6, del codice di procedura civile - deve contenere in sé tutti gli elementi indispensabili a costituire le ragioni per cui si chiede la cassazione della sentenza di merito e, altresì, a permettere la valutazione della fondatezza di tali ragioni, senza poter far meramente rinvio a fonti esterne allo stesso ricorso e, quindi, a elementi o atti attinenti al pregresso giudizio di merito, sicché - anche quando denuncia l'omessa valutazione di prove documentali (alla quale si possa ricondurre il mancato esame di fatti potenzialmente decisivi ai fini della controversia) - il ricorrente ha l'onere di indicarne specificamente, a pena di inammissibilità, oltre al luogo in cui ne è avvenuta la produzione, gli atti processuali e i documenti su cui il ricorso è fondato mediante la riproduzione - e, quindi, la trascrizione - del contenuto che sorregge la censura. (M.Fin.)

¶ Sezione II, ordinanza 16 gennaio 2020 n. 793 - Pres. Lombardo; Rel. Carrato; Ric. Morini; Controric. Morini

Ricorso per cassazione - Contenuto - Vizi, carenze - Sanatoria - Memoria ex articolo 380-bis del Cpc - Esclusione - Querela di falso. (Cpc, articoli 360, 366, 378 e 380-bis)

I vizi e le carenze del ricorso per cassazione non possono essere sanati da integrazioni, aggiunte o chiarimenti contenuti nella memoria di cui all'articolo 380-bis, comma 2, del Cpc, la cui funzione - al pari della memoria prevista dall'articolo 378 del pc, sussistendo identità di *ratio* - è di illustrare e chiarire le ragioni giustificatrici dei motivi debitamente enunciati nel ricorso e non già di integrarli. Deriva da quanto precede, pertanto, che con le memorie di cui all'articolo 378 del Cpc, destinate esclusivamente ad illustrare e a chiarire i motivi della impugnazione, ovvero alla confutazione delle tesi avversarie, non possono essere dedotte nuove censure né sollevate questioni nuove, che non siano rilevabili d'ufficio, e neppure può essere specificato, integrato o ampliato il contenuto dei motivi originari di ricorso, sicché è irrituale la querela di falso proposta in detta sede. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 7 febbraio 2020 n. 2976 - Pres. Scotti; Rel. Scotti; Ric. Tufano Gomme S.r.l.; Controric. Tufano Luigi Gomme S.r.l.

Ricorso per cassazione - Improcedibilità - Deposito copia autentica della sentenza impugnata e della istanza di trasmissione del fascicolo di ufficio - Menzione del loro deposito nel ricorso - Necessità - Esclusione. (Cpc, articolo 369)

In tema di ricorso per cassazione l'articolo 369 del codice di procedura civile sanziona - a pena di improcedibilità - il mancato deposito della copia autentica della sentenza impugnata e della istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio dal giudice *a quo* alla Corte di cassazione, non la mancata menzione del loro deposito nel ricorso per cassazione. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 24 gennaio 2020 n. 1616 - Pres. Manna; Rel. Cosentino; Pm (conf.) Capasso; Ric. ISAM S.r.l.; Controric. Gabrele Carosella Lavori S.r.l.

Ricorso per cassazione - Motivi - Articolazione del motivo in più profili di doglianza - Ammissibilità - Condizioni. (Cpc, articolo 360)

In materia di ricorso per cassazione, il fatto che un singolo motivo sia articolato in più profili di doglianza, ciascuno dei quali avrebbe potuto essere prospettato come un autonomo motivo, non costituisce, di per sé, ragione d'inammissibilità dell'impugnazione, dovendosi ritenere sufficiente, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, che la sua formulazione permetta di cogliere con chiarezza le doglianze prospettate onde consentirne, se necessario, l'esame separato esattamente negli stessi termini in cui lo si sarebbe potuto fare se esse fossero state articolate in motivi diversi, singolarmente numerati. (M.Fin.)

¶ Sezione III, ordinanza 21 gennaio 2020 n. 1169 - Pres. Travaglino; Rel. Giaime Guizzi; Ric. Marlett; Controric. Vacirca

Ricorso per cassazione - Motivi - Mancato esame di un documento - Denuncia - Condizioni - Limiti. (Cpc, articoli 116 e 360)

Il mancato esame di un documento può essere denunciato per cassazione solo nel caso in cui determini l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia e, segnatamente, quando il documento non esaminato offra la prova di circostanze di tale portata da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di fondamento. In conseguenza di quanto sopra esposto, pertanto, ne deriva che la denuncia in sede di legittimità deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione delle ragioni per le quali il documento trascurato avrebbe senza dubbio dato luogo a una decisione diversa. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 10 febbraio 2020 n. 3027 - Pres. Scotti; Rel. Caiazzo; Ric. Caserta e altri; Controric. Caserta

Ricorso per cassazione - Motivi - Omessa ammissione prova - Denuncia in cassazione - Condizioni - Limiti. (Cpc, articolo 360)

La omessa ammissione della prova testimoniale o di altro mezzo di prova può essere denunciata per cassazione solo nel caso in cui essa abbia determinato l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia e, quindi, ove la prova non ammessa ovvero non esaminata in concreto sia idonea a dimostrare circostanze tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di fondamento. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 7 febbraio 2020 n. 2978 - Pres. Scotti; Rel. Nazzicone; Ric. Triangle Production S.r.l.; Controric. Reti Televisive Italiane S.p.a.

Ricorso per cassazione - Motivi - Omessa pronuncia - Condizioni - Limiti. (Cpc, articoli 112 e 360)

Il vizio di omessa pronuncia su una domanda o eccezione di merito, o su un motivo d'appello, che integra una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex articolo 112 del Cpc, è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui sia mancata del tutto da parte del giudice ogni statuizione sulla domanda o eccezione proposta in giudizio o sul motivo di gravame, mentre rientra nell'ambito dell'articolo 360, comma 1, n. 5, del Cpc e soggiace pertanto ai relativi limiti di ammissibilità ogni altra censura che riguardi il quomodo della motivazione. (M.Fin.)

¶ Sezione III, sentenza 15 gennaio 2020 n. 543 - Pres. Amendola; Rel. Iannello; Pm (diff.) Patrone; Ric. Autostrada dei Fiori S.p.a.; Controric. Ferrari

Ricorso per cassazione - Motivi - Omessa pronuncia - Poteri della Cassazione. (Costituzione, articolo 111; Cpc, articoli 112, 360 e 384)

Alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo di cui all'articolo 111, comma 2, della Costituzione, nonché di una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 384 del Cpc, una volta verificata la omessa pronuncia da parte del giudice di appello, la Corte di cassazione può omettere la cassazione con rinvio della sentenza impugnata e esaminare il merito del ricorso, allorché la questione posta con il motivo di appello sia infondata, essendo in tale caso inutile il ritorno della causa alla fase di merito. (M.Fin.)

¶ Sezione III, ordinanza 15 gennaio 2020 n. 538 - Pres. Armano; Rel. Scoditti; Ric. Diemer Frank Alexander e altro; Controric. Russo e altro

Ricorso per cassazione - Motivi - Omesso esame di un documento - Formulazione - Modo specifico - Necessità - Conseguenze - Fattispecie. (Cpc, articoli 360 e 366)

È inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con cui si denunci l'omesso esame di un documento ma non si specifichi né il come, né il quando, esso è

stato sottoposto all'esame della Corte di appello. (Nel ricorso si, deduce, osserva la Suprema corte, da una parte, genericamente che il fatto è stato ampiamente dibattuto dalle parti, dall'altra, altrettanto genericamente che del documento si è discusso in sede processuale e, in particolare, nelle comparse conclusionali e nelle repliche, ma tali generici richiami non soddisfanno il requisito di specificità richiesto a colui che intende denunciare per cassazione una siffatta omissione, mentre i riferimenti alle comparse conclusionali e alle repliche sono comunque insignificanti, in relazione alla funzione puramente illustrativa di tali scritti). (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 17 gennaio 2020 n. 882 - Pres. Manna; Rel. Tedesco; Pm (conf.) Pepe; Ric. Alessandrini e altro; Controric. Famà e altro

Ricorso per cassazione - Motivi - Questione implicante accertamento in fatto - Totale obliterazione da parte del giudice del merito - Denuncia - Onere del ricorrente - Contenuto. (Cpc, articoli 360 e 366)

Qualora una determinata questione giuridica, implicante un accertamento di fatto, sia stata del tutto ignorata dal giudice di merito, il ricorrente, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegarne l'avvenuta deduzione dinanzi al giudice di merito, ma anche, per il principio di specificità del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dare modo alla Corte di controllare de visu la veridicità della asserzione. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 7 febbraio 2020 n. 2978 - Pres. Scotti; Rel. Nazzicone; Ric. Triangle Production S.r.l.; Controric. Reti Televisive Italiane S.p.a.

Ricorso per cassazione - Motivi - Questioni ritenute assorbite - Inammissibilità - Difetto di interesse. (Cpc, articoli 100 e 360)

In tema di giudizio di cassazione, è inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale condizionato allorché proponga censure che non sono dirette contro una statuizione della sentenza di merito bensì a questioni su cui il giudice di appello non si è pronunciato ritenendole assorbite, atteso che in relazione a tali questioni manca la soccombenza che costituisce il presupposto dell'impugnazione, salva la facoltà di riproporre le questioni medesime al giudice del rinvio, in caso di annullamento della sentenza. (M.Fin.)

¶ Sezione III, ordinanza 18 febbraio 2020 n. 4003 - Pres. Amendola; Rel. Sestini; Ric. Bonelli; Controric. Curatela del Fallimento del dott. Luigi Garzone

Ricorso per cassazione - Motivi - Valutazione volontà negoziale - Errore di diritto, vizio logico - Onere del ricorrente - Contenuto. (Cc articolo 1362; cpc, articoli 360 e 366)

La parte la quale, con il ricorso per cassazione, sostenga che il giudice del merito sia incorso in un errore di diritto o in un vizio logico nella valutazione della volontà negoziale, risultante dai documenti che la ripro-

ducono, non può limitarsi a richiamare genericamente le norme che ritiene siano state disapplicate o erroneamente applicate, né a enunziare apoditticamente quello che ritiene essere il *nomen iuris* della fattispecie, ma deve specificare le ragioni di diritto così del denunziato errore del giudice, come della contrapposta tesi sostenuta, e, in particolare, denunziare e dimostrare la violazione di specifiche norme di ermeneutica; diversamente, la critica della ricostruzione della volontà negoziale operata dal giudice e la prospettazione di una difforme interpretazione investono il merito delle valutazioni del giudice stesso, e sono, pertanto, inammissibili in sede di legittimità. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 16 gennaio 2020 n. 792 - Pres. Lombardo; Rel. Carrato, Pm (conf.) Celentano; Ric. Vighi; Controric. Boldoni

Ricorso per cassazione - Motivi - Violazione dell'articolo 2697 del Cc - Condizioni - Limiti. (Cc, articolo 2697; Cpc, articolo 360)

Sussiste violazione dell'articolo 2697 del Cc se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'oneri della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'*onus probandi* a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni, ma non anche laddove si contesti il concreto apprezzamento delle risultanze istruttorie, assumendosi che le stesse non avrebbero dovuto portare al convincimento raggiunto dal giudice di merito. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 24 gennaio 2020 n. 1634 - Pres. Manna; Rel. Criscuolo; Pm (conf.) Miistri; Ric. Marmondi; Controric. Sangiorgi S.p.a.

Ricorso per cassazione - Motivi - Violazione articoli 115 e 116 del Cpc - Erronea valutazione materiale probatorio - Esclusione. (Cpc, articoli 115, 116 e 360)

In tema di ricorso per cassazione, una questione di violazione o di falsa applicazione degli articoli 115 e 116 del Cpc non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma, rispettivamente, solo allorché si alleggi che quest'ultimo abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali, o abbia disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 16 gennaio 2020 n. 792 - Pres. Lombardo; Rel. Carrato, Pm (conf.) Celentano; Ric. Vighi; Controric. Boldoni

Ricorso per cassazione - Poteri della cassazione - Ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza impugnata - Sindacato - Esclusione - Conseguenze. (Cpc, articolo 360)

Compito della Corte di cassazione non è quello di condividere o non condividere la ricostruzione dei fatti contenuta nella decisione impugnata, né quello di procedere a una rilettura degli elementi di fatto posti a

fondamento della decisione, al fine di sovrapporre la propria valutazione delle prove a quella compiuta dai giudici del merito, dovendo invece la Corte di legittimità limitarsi a controllare se costoro abbiano dato conto delle ragioni della loro decisione e se il ragionamento probatorio, da essi reso manifesto nella motivazione del provvedimento impugnato, si sia mantenuto entro i limiti del ragionevole e del plausibile. (M.Fin.)

¶ Sezione II, ordinanza 24 gennaio 2020 n. 1625 - Pres. Manna; Rel. Criscuolo; Ric. Coco; Controric. Sorelle Romano Maria e Rosaria S.d.f.

SENTENZA CIVILE

Sentenza civile in genere - Pronuncia secondo diritto - Ricerca delle fonti di diritto applicabili alla fattispecie - Obbligo del giudice - Limiti. (Preleggi, articolo 1; Cpc, articolo 113)

L'obbligo del giudice di ricercare le fonti del diritto applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio non opera con riferimento alle norme giuridiche secondarie e agli atti amministrativi, che devono essere depositati tempestivamente dalla parte che intende avvalersene. (M.Fin.)

¶ Sezione III, ordinanza 18 febbraio 2020 n. 3997 - Pres. Amendola; Rel. Di Florio; Ric. Cosenza; Controric. Polisportiva SMOG Associazione Dilettantistica

Sentenza civile in genere - Sentenze della terza via - Divieto - Condizioni - Limiti. (Cpc articoli 101, 132 e 279)

Deve respingersi una interpretazione del divieto delle sentenze della terza via, secondo la quale ogniquale volta il giudicante intenda accingersi a dare di uno degli atti del giudizio una lettura diversa da quella prospettata dalla parte, deve prima sottoporre quest'ultima alle parti. Attraverso tale divieto, infatti, non si tutela il diritto al contraddittorio fino al punto da garantire alla parte di interloquire sui singoli passaggi argomentativi e prima che essi siano anche solo ipotizzati in mente sua dal giudicante, trattandosi di momenti obiettivamente riservati al foro interno del decidente e propri della sua attività propriamente intellettuale di elaborazione del materiale istruttorio, dovendo alle parti assicurarsi solo la facoltà di dire e contraddire in merito all'oggetto della questione nel suo complesso. (M.Fin.)

¶ Sezione III, sentenza 21 gennaio 2020 n. 1147 - Pres. Vivaldi; Rel. Giaime Guizzi; Pm (conf.) Cardino; Ric. Di Piedi e altro; Controric. Puccio

SEPARAZIONE E DIVORZIO

Assegno di divorzio - Spettanza - Accertamento del giudice del merito - Contenuto - Quantificazione. (Legge 1° dicembre 1970 n. 898, articolo 5; legge 6 marzo 1987 n. 74)

Ai sensi della legge n. 898 del 1970, articolo 5, comma 6, dopo le modifiche introdotte con la legge n. 74 del 1987,

il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento della inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarsi per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma, i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, e in particolare alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto. (Principio enunciato in motivazione, ai sensi dell'articolo 384 del Cpc). (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 13 febbraio 2020 n. 3662 - Pres. Giancola; Rel. Pazzi

Mantenimento dei figli - Figli maggiorenni - Raggiungimento della autonomia economica - Domanda di ripetizione - Ammissibilità. (Cc, articoli 2033, 445 e 447; Cpc, articolo 545; legge 1° dicembre 1970 n. 898, articolo 6; decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154, articolo 98)

La irripetibilità delle somme versate dal genitore obbligato all'ex coniuge si giustifica solo ove gli importi abbiano assunto una concreta funzione alimentare, che non ricorre ove ne abbiano beneficiato figli maggiorenni ormai indipendenti economicamente in un periodo in cui era noto il rischio restitutorio. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 13 febbraio 2020 n. 3659 - Pres. Di Virgilio; Rel. Lamorgese

Modifica delle condizioni della separazione - Procedimento - Caratteristiche - Rispetto delle regole del contraddittorio - Diritto delle parti a un termine per presentare scritti difensivi - Esclusione. (Cpc, articolo 710)

Il procedimento ex articolo 720 Cpc è un procedimento contenzioso che si svolge nel pieno contraddittorio delle parti titolari di confliggenti e si connota per un rito caratterizzato: dalla pubblicità degli atti depositati nel fascicolo di causa e accessibili a chiunque vi abbia interesse; dalla ammissione delle parti ad esporre le rispettive ragioni oralmente, di persona o con la assistenza tecnica di un difensore, oppure di farsi rappresentare da altri al fine di tale trattazione orale; dal controllo delle parti medesime sulle fasi del procedimento; dal contenuto della decisione che, come tale deve essere motivata nella osservanza del canone di congruità argomentativa, resa pubblica con il deposito e comunicata alle parti costituite essendo così assoggettata al successivo controllo di opinione, che appare

idoneo a metterla al riparo da rischi di arbitrarietà. In tale modo è anche assicurato il pieno rispetto delle regole del contraddittorio e garantite le posizioni delle parti dotate del potere di impulso processuale. Tale rito è idoneo a assicurare il pieno sviluppo del diritto di difesa e del contraddittorio attraverso la trattazione orale e non prevede il diritto delle parti a un termine per presentare scritti difensivi. (M.Fin.)

¶ Sezione I, ordinanza 10 febbraio 2020 n. 3028 - Pres. Giancola; Rel. Tricomi

SOCIETÀ E IMPRESE

Scioglimento e liquidazione - Cancellazione dal registro delle imprese - D'ufficio - Venire meno delle pretese avanzate dalla società - Esclusione. (Cc, articoli 1218, 2490 e 2495)

La estinzione di una società, determinata dalla avvenuta sua cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese, come nel caso di omesso deposito del bilancio per oltre tre anni consecutivi, non determina il venire meno delle pretese vantate dalla società, dovendosi escludere che sussista la presunzione che ricollega alla cancellazione volontaria una volontà abdicativa da parte della società, non potendosi quindi reputare insussistente la trasmissione successoria delle stesse ai soci. (M.Fin.)

¶ Sezione II, ordinanza 24 gennaio 2020 n. 1625 - Pres. Manna; Rel. Criscuolo; Ric. Coco; Controric. Sorelle Romano Maria e Rosaria S.d.f.

VENDITA

Garanzia - Vizi - Denuncia - Tempestività - Difetto di motivazione - Motivo di ricorso per cassazione - Onere della parte. (Cc, articolo 1495; Cpc, articoli 360 e 366)

In tema di specificità dei motivi di ricorso per Cassazione, quando si lamenta il difetto di motivazione in ordine alla tempestività della denuncia dei vizi della cosa venduta, occorre indicare il momento in cui si assume di aver denunciato, e dare comunque tutti i riferimenti temporali che permettano di controllare gli elementi eventualmente pretermessi dai giudici di merito e il loro carattere decisivo, e quindi di individuare i punti in cui la motivazione si dimostri carente. (M.Fin.)

¶ Sezione II, sentenza 17 gennaio 2020 n. 882 - Pres. Manna; Rel. Tedesco; Pm (conf.) Pepe; Ric. Alessandrini e altro; Controric. Famà e altro

SMART **24** LAVORO
www.smart24lavoro.com



24ORE
PROFESSIONALE

a cura di
Andrea Alberto Moramarco

Rassegna delle massime dei giudici di merito

CONTRATTO DI LEASING

Locazione finanziaria - Risoluzione per inadempimento - Inadempimento del compratore ex articolo 1525 del Cc - Operatività limitatamente per la vendita a rate con riserva di proprietà. (Cc, articoli 1453, 1456 e 1525)
Tribunale di Milano - Sezione VI civile - Sentenza 15-23 luglio 2019 n. 7371 - Giudice Carbone

IL PRINCIPIO

È fondata e deve essere accolta la domanda volta a ottenere la risoluzione per inadempimento, ex articoli 1453 e 146 del Cc, del contratto di locazione finanziaria avente a oggetto un complesso immobiliare, con conseguente rilascio ed effettiva restituzione dei beni, a causa del mancato

pagamento delle rate mensili del canone, così come previsto dal contratto sottoscritto dalle parti. A tale fattispecie non può ritenersi applicabile la norma relativa all'inadempimento del compratore ex articolo 1525 del Cc, dettata in tema di vendita con riserva della proprietà.

LA NOTA

Il Tribunale ha respinto la tesi sostenuta dalla parte convenuta volta a paralizzare la pretesa restitutoria, basata sulla nullità della clausola risolutiva espressa per violazione dell'articolo 1525 del codice civile. Secondo la prospettazione di parte convenuta, infatti, la fattispecie concreta andrebbe ricondotta nell'alveo del leasing traslativo con conseguente applicazione analogica delle norme del codice civile previste per la vendita a rate, in particolare la norma dell'articolo 1525 del codice civile che, a tutela della parte contrattualmente debole, prevede la non risoluzione del contratto «no-

nostante patto contrario» nel caso in cui il mancato pagamento di una sola rata non superi l'ottava parte del prezzo. Per il giudice, tuttavia, tale norma trova applicazione esclusivamente per la vendita a rate con riserva di proprietà risiedendone la *ratio* nelle peculiari caratteristiche di tale forma di compravendita e inquadrandosi tra le cautele predisposte in favore dell'acquirente, già penalizzato dal patto di riservato dominio, per cui non è suscettibile d'applicazione analogica al di fuori del ristretto ambito dello schema negoziale cui inerisce.

CONDOMINIO

Tabelle millesimali - Modifica - Impossibilità di procedere alla revisione - Requisiti richiesti. (Cc, articoli 1118 e 1123; Disposizioni di attuazione del Cc, articoli 68 e 69)

Il diritto di chiedere la revisione delle tabelle millesimali è condizionato dall'esistenza di uno o entrambi i presupposti indicati dall'articolo 69 delle disposizioni di attuazione del Cc, ovvero la presenza di un errore o di alterazione di un quinto del valore proporzionale dell'unità immobiliare, in seguito a sopraelevazione, incremento di superfici o incremento o diminuzione delle unità immobiliari, la cui ricorrenza va dimostrata, in base alla regola generale del riparto dell'onere probatorio, da chi intende modificare le tabelle. Tuttavia,

se i condomini hanno espressamente dichiarato di accettare che le loro quote nel condominio vengano determinate in modo difforme da quanto previsto negli articoli 1118 del Cc e 68 delle disposizioni di attuazione del Cc, essi danno vita alla «diversa convenzione» di cui all'articolo 1123 comma 1 del Cc. Tale dichiarazione di accettazione ha valore negoziale e consiste in un impegno irrevocabile a determinare le quote in un certo modo, impedendo di ottenerne la revisione ai sensi dell'articolo 69 delle disposizioni di attuazione del Cc, che attribuisce rilievo esclusivamente all'obiettivo divergenza tra il valore effettivo delle singole unità immobiliari dell'edificio e il valore proporzionale a esse attribuito nelle tabelle.

¶ **Tribunale di Gorizia, sezione civile, sentenza 14-21 agosto 2019 n. 312 - Giudice Sette**

CONTRATTO**Rappresentanza - Falsus procurator - Stipulazione del contratto - Negozio in stato di pendenza - Ratifica - Modalità. (Cc, articolo 1398 e 1399)**

Il negozio concluso dal *falsus procurator* è una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, che si perfeziona con la ratifica del *dominus*. Si tratta di un negozio in stato di pendenza, non nullo né annullabile, ma soltanto inefficace nei confronti del *dominus* sino alla ratifica di questi. Tale ratifica può essere anche tacita e comporta che il soggetto falsamente rappresentato nel compimento del negozio si appropria della dichiarazione negoziale fatta dal *falsus procurator* e dei suoi effetti. Ai fini della configurabilità di tale atto, sia nel caso in cui essa riguardi una dichiarazione negoziale unilaterale, sia nel caso in cui riguardi un negozio bilaterale, occorre che, rispettivamente, il controinteressato al negozio unilaterale o la parte che ha trattato con il *falsus procurator* nel negozio bilaterale siano posti in grado di percepire l'appropriazione, in modo da poter regolare di conseguenza il loro agire, venendo in gioco il loro affidamento.

¶ Tribunale di Pordenone, sezione civile, sentenza 16-22 agosto 2019 n. 677 - Giudice Risolo

FALLIMENTO**Revocatoria fallimentare - Presupposto soggettivo - Scientia decoctionis - Prova - Elementi necessari. (Cc, articoli 2727 e 2729; Rd 267/1942)**

Il presupposto soggettivo dell'azione revocatoria fallimentare, ex articolo 67 della legge Fallimentare, consiste nella conoscenza effettiva e non solo potenziale da parte del terzo dello stato d'insolvenza del debitore. La dimostrazione di una tale conoscenza può fondarsi anche su elementi indiziari purché gravi, precisi e concordanti, ai sensi degli articoli 2727 e 2729 del Cc. Queste condizioni non possono essere riscontrate nella mera esistenza di esecuzioni individuali, in quanto non soggette a forme pubblicitarie, o nelle iscrizioni ipotecarie a carico del debitore, quando non si sia dato conto di circostanze, quali la contiguità territoriale tra creditore e luogo delle procedure e l'esistenza di rapporti professionali tra creditore e debitore, che, in virtù di concreti collegamenti, permettano di ritenere effettivamente conosciuta e non solo conoscibile la "*scientia decoctionis*".

¶ Tribunale di Pordenone, sezione civile, sentenza 16 agosto-22 agosto 2019 n. 675 - Giudice Risolo

OBBLIGAZIONI**Pagamento prestazioni - Azienda sanitaria - Farmacista - Ritardo - Interessi - Computo al tasso legale - Fonte legale e amministrativa - Inapplicabilità del DL-**

gs n. 231/2002. (Cc, articolo 1284, comma 1; Dlgs 502/1992, articolo 8, comma 2)

Gli interessi spettanti al titolare di farmacia per il ritardato pagamento delle prestazioni erogate da parte dell'azienda sanitaria devono essere computati al tasso legale di cui all'articolo 1284 comma 1 del Cc. Difatti, per i crediti derivanti dall'erogazione dell'assistenza farmaceutica per conto delle Asl, va esclusa l'applicazione del saggio di interessi previsto dal Dlgs 231/2002, trattandosi di rapporto derivante da una fonte, non negoziale, bensì legale e amministrativa, ovvero l'articolo 8 comma 2 del Dlgs 502/1992 e dal relativo regolamento, che ne esclude la riconducibilità al paradigma della transazione commerciale.

¶ Tribunale di Frosinone, sezione civile, sentenza 28-29 agosto 2019 n. 862 - Giudice Petraccone

PROPRIETÀ**Regolamento di confini - Finalità - Poteri del giudice - Mezzi di prova - Mappe catastali - Carattere meramente sussidiario. (Cc, articolo 950)**

Il giudizio di regolamento di confini, regolato dall'articolo 950 del Cc, ha per oggetto l'accertamento di un confine obiettivamente e soggettivamente incerto tra due fondi. In tale giudizio il giudice ha un ampio potere di scelta e di valutazione dei mezzi probatori acquisiti al processo. A tal fine, il ricorso alle indicazioni delle mappe catastali costituisce un sistema di accertamento di carattere meramente sussidiario, cui è possibile far riferimento solo in assenza di altri elementi idonei alla determinazione del confine. Pertanto, la prova della proprietà dei beni immobili non può essere fornita con la sola produzione dei certificati catastali, i quali costituiscono solo elementi sussidiari in materia di regolamento di confini.

¶ Tribunale di Ravenna, sezione civile, sentenza 22-27 agosto 2019 n. 886 - Giudice Farolfi

RESPONSABILITÀ E RISARCIMENTO**Responsabilità extracontrattuale - Sinistro provocato da fauna selvatica - Assenza segnaletica di pericolo - Responsabilità della Regione - Fattispecie. (Cc, articolo 2043; Legge 157/1992, articolo 19 comma 2)**

Sussiste la responsabilità dell'Amministrazione regionale in relazione ai danni subiti dall'automobilista in conseguenza dell'impatto del proprio veicolo con un cinghiale in fase di attraversamento della sede stradale, se sul tratto di strada in questione non siano presenti segnali di pericolo circa il possibile attraversamento di animali selvatici. L'omessa apposizione della segnaletica verticale di pericolo, infatti, integra una condotta omissiva imputabile alla Regione, avente una efficienza causale rispetto alla concreta verifica del sinistro. Nel caso di specie, il Tribunale, in funzione di giudice d'appello, ha confermato la sentenza di

condanna al risarcimento a carico della Regione Molise che, invece, sosteneva che il compito del controllo sulla fauna selvatica spettasse alla Provincia.

¶ *Tribunale di Campobasso, sezione civile, sentenza 8-9 agosto 2019 n. 489 - Giudice Previati*

Risarcimento del danno non patrimoniale - Riferimento ai valori contenuti nelle Tabelle del Tribunale di Milano - Necessità di procedere a una personalizzazione del risarcimento - Onere della prova gravante sul danneggiato - Fattispecie. (Cc, articolo 2049)

Il danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psicofisica deve liquidarsi unitariamente ed è comprensivo di ogni pregiudizio che vada a incidere sulla vita quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamiche relazionali. Ai fini liquidatori, è consuetudine utilizzare le tabelle elaborate dal Tribunale di Milano che tengono conto del danno non patrimoniale conseguente a lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona non solo nei suoi risvolti anatomico-funzionali, ma anche in quelli relazionali e in termini di sofferenza soggettiva. Laddove, poi, il danneggiato ritenga che il suo caso concreto presenti, sotto uno di tali profili, delle peculiarità che richiedono una personalizzazione del risarcimento, sarà suo onere allegare e provare tali peculiarità, anche in via presuntiva, al fine di ottenere una maggiorazione percentuale della somma liquidata. Nel caso di specie, avente a oggetto la liquidazione dei danni non patrimoniali subiti a seguito di incidente stradale, il danneggiato non ha adempiuto a tale onere probatorio, non trovando l'aumento percentuale di liquidazione richiesto alcuna giustificazione negli atti di causa.

¶ *Corte d'appello di L'Aquila, sezione civile, sentenza 23 luglio-8 agosto 2019 n. 1372 - Pres. Iannaccone, rel. Orlandi*

RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

Avvocato - Responsabilità - Sussistenza - Imperizia - Ignoranza o violazione di disposizioni di legge - Questioni giuridiche prive di opinabilità - Scelta processuale - Valutazione del giudice ex ante - Fattispecie. (Cc, articolo 1176, comma 2, e 1218)

In tema di responsabilità professionale dell'avvocato, è configurabile imperizia del professionista nel caso in cui questi ignori o violi precise disposizioni di legge, ovvero erri nel risolvere questioni giuridiche prive di margine di opinabilità, mentre la scelta di una determinata strategia processuale può essere fonte di responsabilità a condizione che la sua inadeguatezza al raggiungimento del risultato perseguito dal cliente sia valutata e motivata dal giudice di merito *ex ante* e non *ex post*, sulla base dell'esito del giudizio, restando comunque esclusa in caso di questioni rispetto alle quali le soluzioni fornite da dottrina e/o giurisprudenza presentino margini di opinabilità tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive compiute dal legale, anche se il giudizio si sia concluso con la soccombenza del cliente. Nel caso di specie, il Tribunale non ha ritenuto sussistente la responsabilità professionale di un avvocato, incaricato da una società di ottenere un credito, il quale aveva optato per una procedura monitoria anziché per un ordinario giudizio di cognizione e, all'esito dell'opposizione, aveva proposto in via riconvenzionale e subordinata domanda di arricchimento senza causa, poi dichiarata inammissibile. La dichiarazione di inammissibilità, infatti, non poteva secondo il giudice ritenersi pacifica sulla base degli orientamenti giurisprudenziali sul punto.

¶ *Tribunale di Isernia, sezione civile, sentenza 1-2 agosto 2019 n. 283 - Giudice Picano*

SMART **24** LEX

www.smart24lex.com



24 ORE
PROFESSIONALE

GIURISPRUDENZA

REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

IL TESTO DELLA SENTENZA

Attività di tipo mafioso applicabile al concorrente se questo è consapevole dell'altrui finalità criminale

Corte di cassazione - Sezioni Unite penali -

Sentenza 19 dicembre 2019-3 marzo 2020 n. 8545

» PAG 66

IL COMMENTO

La Cassazione fa chiarezza sull'aggravante agevolatrice

di Giuseppe Amato

» PAG 76

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

IL MASSIMARIO

Rassegna delle massime della Cassazione penale

a cura di Giuseppe Amato

» PAG 79

Rassegna delle massime dei giudici di merito

a cura di Andrea Alberto Moramarco

» PAG 83

IL TESTO DELLA SENTENZA

Corte di cassazione - Sezioni Unite
penali - Sentenza 19 dicembre
2019-3 marzo 2020 n. 8545
Presidente Carcano;
Relatore Petruzzellis;
Pm - conforme - Di Leo

Attività di tipo mafioso applicabile al concorrente se questo è consapevole dell'altrui finalità criminale

LA MASSIMA

Reati contro l'ordine pubblico - Associazione di tipo mafioso - Circostanza aggravante dell'aver commesso il fatto al fine di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso - Natura soggettiva - Applicabilità al concorrente - Condizioni. (Cp, articoli 70, 110, 118, 416-bis e 416-bis.1)
L'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa pre-

vista dall'articolo 416-bis.1 del codice penale (l'aver commesso il fatto al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose), pur avendo natura soggettiva, nel reato concorsuale si applica anche al concorrente non animato da tale scopo, laddove questi risulti però consapevole dell'altrui finalità.

Ritenuto in fatto

1. La Corte d'appello di Firenze, con sentenza del 27 novembre 2018, ha respinto l'appello proposto da (OMISSIS) avverso la decisione del giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Firenze del 14 marzo 2014 e, ritenuta la sua responsabilità per i reati di usura, tentata estorsione, ed abusiva attività finanziaria contestati ai capi 1, 3, 6, 7 ed 11, aggravati dalla finalità di agevolazione mafiosa svolta in favore del clan dei (OMISSIS), ha confermato la condanna alla pena di anni tre e mesi dieci di reclusione ed Euro 2.400,00 di multa.

In particolare, si è accertato che (OMISSIS) agiva quale intermediario tra coloro i quali ricercavano dei finanziatori ed i coimputati (OMISSIS) e (OMISSIS), che tali crediti riconoscevano a tassi usurari, e svolgeva la successiva attività di recupero crediti, sollecitando i debitori all'adempimento, anche con il ricorso a violenze e minacce.

2. Avverso tale decisione è stato proposto ricorso dal difensore di (OMISSIS) che, con unico motivo ha dedotto violazione di legge e vizio di motivazione, ai sensi dell'articolo 606 c.p.p., comma 1, lettera b) ed e), in relazione all'applicazione del Decreto Legge n. 152 del 1991, articolo 7.

Con il ricorso si deduce che le due sentenze di merito, pur convergenti nell'esito finale, hanno espresso valutazioni antitetiche quanto alla natura della richiamata aggravante, in quanto il primo giudice l'ha ritenuta "oggettiva", pertanto estensibile a tutti i concorrenti, mentre la Corte d'appello "soggettiva", pur pervenendo

alle medesime conseguenze in punto di applicabilità al caso concreto.

Nella sentenza impugnata si è ritenuta la sussistenza della prova della consapevolezza della funzione agevolatrice dell'associazione mafiosa da parte del concorrente (OMISSIS), senza argomentazioni di sostegno, e si è confermata, su tale assertivo presupposto, l'applicazione dell'aggravante.

Le pronunce di merito hanno accertato il collegamento di (OMISSIS) e (OMISSIS), partecipi dei reati unitamente a (OMISSIS), giudicati separatamente, con il gruppo mafioso del clan dei (OMISSIS), del quale gli stessi non facevano parte, e, quanto all'odierno ricorrente, i suoi rapporti esclusivi con i concorrenti nei reati attribuitigli, senza alcuna connessione diretta o collegamento personale con i componenti dell'associazione di stampo mafioso. Cosicché, mentre per i sodali è stata verificata la sussistenza della prova del dolo di agevolazione, tale aggravante è stata applicata anche nei confronti di (OMISSIS) sulla base dell'assunto, indimostrato, della conoscenza dei rapporti dei suoi concorrenti con il clan. Quest'ultimo passaggio argomentativo, svolto senza individuazione degli elementi dimostrativi, secondo il ricorrente, ripropone una configurazione oggettiva dell'aggravante, a fronte di una esplicitazione astratta della qualificazione soggettiva della stessa, contenuta in premessa nella medesima pronuncia.

Si illustra che nella sentenza impugnata si ritiene l'esistenza del dolo specifico di agevolazione da parte del (OMISSIS) sulla base della sua risalente conoscenza

dei sodali, e dal suo collegamento, altrettanto risalente, con lo zio di (OMISSIS), mentre nessuna conferma dell'assunto può trarsi dalle dichiarazioni delle parti lese. Inoltre, si assume accertato che il ricorrente agiva di concerto con i concorrenti, anche per soddisfare sue esigenze di finanziamento, il che escluderebbe una condivisione di intenti agevolativi della compagine mafiosa.

Si deduce, inoltre, l'intrinseca contraddizione contenuta nella sentenza, che ha desunto l'applicabilità dell'aggravante al (OMISSIS) dall'appartenenza dei suoi sodali al clan dei (OMISSIS), e dalla sua consapevolezza al riguardo, mentre l'affiliazione dei sodali alla compagine illecita è stata radicalmente smentita dalla pronuncia di primo grado; per contro, la Corte ha ricostruito il rapporto dei correi con il clan mafioso in termini di contiguità, circostanza che ha creato una insanabile contraddizione interna nel provvedimento.

Si sottolinea un'ulteriore discrasia della decisione impugnata, laddove attribuisce valenza al metodo usato da (OMISSIS) presso i debitori, in assenza di contestazione dell'aggravante del metodo mafioso.

Si chiede conseguentemente l'annullamento della sentenza, in relazione all'aggravante ritenuta.

Con motivi aggiunti, la difesa ha formulato ulteriori deduzioni quanto all'aggravante di cui all'articolo 416-bis c.p., comma 1, in cui è stata trasfusa quella prevista dal Decreto Legge cit., articolo 7 con le quali ha posto in rilievo il contrasto sulla natura della circostanza nelle due pronunce e la mancata verifica negli atti della finalità agevolatrice della compagine mafiosa in capo al ricorrente.

3. La Seconda Sezione penale, cui è stato assegnato il ricorso, preso atto del contrasto interpretativo sussistente nelle pronunce della Corte di Cassazione in ordine alla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa, prevista dal Decreto Legge n. 152 del 1991, articolo 7, oggi trasfusa nell'articolo 416-bis c.p., comma 1, ha rimesso il procedimento alla cognizione di questo Collegio, ai sensi dell'articolo 618 c.p.p.

4. Con decreto dell'11 ottobre 2019, il Presidente Aggravato, preso atto del contrasto giurisprudenziale ravvisato nell'ordinanza di remissione, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

5. La difesa ha depositato note di udienza il 4 dicembre 2019.

Considerato in diritto

1. La questione di diritto per la cui soluzione il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può illustrarsi nei termini seguenti: «se l'aggravante speciale già prevista dal Decreto Legge n. 152 del 1991, articolo 7, ed oggi inserita nell'articolo 416-bis c.p., comma 1, che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose, abbia natura oggettiva concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura soggettiva concernendo la direzione della volontà».

2. L'aggravante prevista dal Decreto Legge 13 maggio

1991, n. 152, articolo 7, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, il cui contenuto è oggi trasfuso nell'articolo 416-bis c.p., comma 1, norma cui si farà riferimento nel prosieguo, rappresenta garanzia di una maggiore efficacia della funzione preventivo-repressiva del fenomeno mafioso.

La novella normativa è intervenuta a seguito della verifica dell'assoluta pericolosità dell'attività mafiosa in quel periodo storico ove si accertò che le associazioni illecite di stampo mafioso evidenziavano una sempre maggiore pervasività, e per la prima volta mostravano di estendersi anche a finalità eversive. Tale constatazione impose l'intervento finalizzato al tentativo di isolare l'attività illecita, comunque riferibile a quel contesto, con la previsione di una circostanza di carattere generale.

Appare sintomatica di tale finalità l'uniformità delle risposte che emergono dalla strutturazione testuale della fattispecie nei medesimi termini previsti per i reati in materia di terrorismo o eversione dell'ordine democratico dal Decreto Legge 15 dicembre 1979, n. 625, articolo 1, convertito con modificazioni dalla L. 6 febbraio 1980 n. 15.

La disposizione dell'articolo 416-bis c.p., comma 1, prevede anche l'aggravante del metodo mafioso, la cui applicazione ha dato luogo a minori problemi interpretativi. Con essa si dispone l'aumento della pena prevista per qualsiasi reato, nell'ipotesi in cui l'illecito sia stato realizzato con l'utilizzazione di una forza intimidatoria che - a prescindere da qualsiasi legame del suo autore con l'organizzazione mafiosa o con l'esistenza stessa di tale compagine in quel contesto - ne mutui le modalità di azione, per proporre il clima di assoggettamento che le è caratteristico. Sotto questo profilo, la norma evidenzia un duplice carattere preventivo: evitare fenomeni emulativi, essi stessi forieri di un rafforzamento della tipica struttura mafiosa, volta alla sopraffazione, e liberare i soggetti passivi dal potenziale gioco conseguente a tali atti, restituendo loro strumenti per una pronta reazione, a tutela della libertà di autodeterminazione.

Pacifica la natura oggettiva di questa circostanza, che si caratterizza e si esaurisce per le modalità dell'azione.

Controversa invece la natura dell'aggravante prevista nella seconda parte dell'articolo 416-bis c.p., comma 1, caratterizzata dalla finalità di agevolazione.

3. Appare utile esaminare le varie letture interpretative cui ha dato origine l'istituto che prevede l'aggravamento di pena ove qualsiasi reato sia stato commesso «al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'articolo 416-bis c.p.», per poi individuare la disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato.

3.1. Secondo un primo orientamento tale circostanza è integrata da un atteggiamento di tipo psicologico dell'agente, che richiama i motivi a delinquere ed è riconducibile alle circostanze indicate nell'articolo 118 c.p.: quindi non estensibile ai concorrenti nel reato.

Secondo un contrapposto orientamento, l'aggravante è integrata da un elemento obiettivo, attinente alle modalità dell'azione, ed è quindi riconducibile alle circo-

stanze di natura oggettiva ai sensi dell'articolo 70 c.p., non contemplate dall'articolo 118 c.p., con conseguente estensibilità ai concorrenti, ai sensi dell'articolo 59 c.p., comma 2, purché conosciuta e conoscibile.

Secondo un ulteriore orientamento, la natura dell'aggravante e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato dipendono da come la stessa si atteggi in concreto e dal reato cui essa acceda.

3.2. Secondo l'orientamento che ritiene l'aggravante di natura soggettiva, essa sarebbe integrata da un atteggiamento psicologico, per lo più definito in termini di dolo specifico: occorre cioè che l'agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale integrante l'elemento oggettivo del reato base, agisca per un fine particolare (quello di agevolare l'attività dell'associazione di tipo mafioso), la cui realizzazione non è necessaria per l'integrazione dell'aggravante. Questa viene quindi ritenuta di natura soggettiva, in quanto concernente i motivi a delinquere o l'intensità del dolo, e riconducibile nell'ambito di quelle contemplate dall'articolo 118 c.p., che «sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono» e non si estendono, pertanto, ai concorrenti nel reato.

Nell'ambito di questo orientamento non è tuttavia pacifico come deve individuarsi l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, se cioè occorra che l'agente persegua esclusivamente come scopo finale quello di agevolare l'associazione, in quanto molte sentenze ritengono che l'aggravante non sia esclusa dal fatto che l'agente persegua un diverso scopo, purché sia sicuramente consapevole di avvantaggiare l'associazione mafiosa.

Analogamente non appare pacifico, nell'ambito del medesimo orientamento, quale sia il requisito necessario ai fini dell'applicazione della circostanza in caso di concorso di persone nel reato, ai sensi dell'articolo 118 c.p., e cioè se sia necessario individuare in capo a ciascun concorrente il dolo specifico richiesto dalla norma o se, invece, sia sufficiente che il concorrente abbia arrecato il proprio contributo nella consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente.

Infatti, mentre in alcune pronunce la Corte richiede la necessità di accertare il dolo specifico di agevolazione in capo a ciascun concorrente a cui deve essere applicata, secondo molte altre l'aggravante dell'agevolazione mafiosa può essere applicata al concorrente nel reato, in base all'articolo 118 c.p., non soltanto quando risulti che lo stesso abbia agito con lo scopo di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, ma anche quando abbia fatta propria tale finalità, perseguita da altro concorrente. Ciò in linea con quanto ritenuto per altre aggravanti di natura soggettiva, quali quelle del nesso teleologico, dei motivi abiecti o futili o della premeditazione.

Nelle pronunce che seguono questo percorso esegetico è poi generalmente richiesta la necessaria presenza, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, di un elemento di natura oggettiva, costituito dalla direzione o dall'idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa.

Se tale requisito è prevalentemente richiesto a fini di

prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante, tuttavia talora la giurisprudenza ne ha evidenziato la necessità, quale ulteriore elemento costitutivo dell'aggravante, ai fini del rispetto del principio di offensività.

Nel senso della natura soggettiva dell'aggravante cd. agevolativa si sono già espresse le Sezioni Unite, nelle due decisioni che si sono occupate di questioni, diverse da quella oggi rimessa, concernenti l'applicazione del Decreto Legge n. 152 del 1991, articolo 7.

Nella sentenza n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218378, l'aggravante dell'agevolazione - a differenza di quella del metodo mafioso - è stata ritenuta di «tipo soggettivo», rilevando che essa «si sostanzia nella volontà specifica di favorire ovvero di facilitare, con il delitto posto in essere, l'attività del gruppo» ed è «relativa alla semplice volontà di favorire, indipendentemente dal risultato, l'attività del gruppo, e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo»; concetto, quest'ultimo che non coincide con il perseguimento dei fini sociali in cui si sostanzia invece il dolo dell'illecito tipizzato dall'articolo 416-bis c.p.

Secondo quanto ritenuto dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 337 del 18/12/2008, dep. 2009, Antonucci, Rv. 241575, l'aggravante in esame è di «natura soggettiva», giacché è «costituita dallo scopo di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività dell'associazione di tipo mafioso», e, inoltre, si pone in rapporto di specialità con l'aggravante comune dei motivi abiecti o futili.

Tra le pronunce delle sezioni semplici che hanno valutato in senso analogo la natura della richiamata circostanza cfr. da ultimo Sez. 6, n. 24883 del 15/05/2019, Crocitta, Rv. 275988; Sez. 6, n. 52910 del 24/10/2018, Vitale, non mass.; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosia, Rv. 274280; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017, dep. 2018, Lamanna, Rv. 276150; Sez. 6, n. 8891 del 19/12/2017, dep. 2018, Castiglione, Rv. 272335; Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017, dep. 2018, Lombardo, Rv. 272007; Sez. 1, n. 54085 del 15/11/2017, Quaranta, Rv. 271641; Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017, dep. 2018, Ardente, Rv. 272525; Sez. 6, n. 54481 del 06/11/2017, Maddaffari, Rv. 271652; Sez. 6, n. 28212 del 12/10/2017, dep. 2018, Barallo, Rv. 273538; Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098. Alcune di esse precisano di non ritenere che la direzione della volontà nel senso agevolativo debba essere esclusiva: Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Sez. 3, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464; Sez. 3, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso, non mass.; Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713; Sez. 1, n. 49086 del 24/05/2012, Acanfora, Rv. 253962.

3.3. Il contrapposto orientamento è nel senso che la circostanza in esame sia integrata da un elemento oggettivo, consistente nell'essere l'azione «rivolta ad agevolare un'associazione di tipo mafioso», e che sia quindi di natura oggettiva ai sensi dell'articolo 70 c.p., in quanto concernente le modalità dell'azione. In tal senso, si sono espresse: Sez. 2, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300; Sez. 6, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261; Sez. 2, n. 52025 del 24/11/2016, Vernengo, Rv. 268856; Sez. 5, n. 9429

del 13/10/2016, dep. 2017, Mancuso, Rv. 269365; Sez. 5, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206.

Secondo le sentenze riconducibili a tale orientamento, quindi, l'aggravante dell'agevolazione non è riconducibile a quelle contemplate dall'articolo 118 c.p., ed è pertanto estensibile ai concorrenti nel reato.

Dette pronunce, per quanto è dato comprendere dalle motivazioni, non ritengono però sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, un atteggiamento riconducibile all'ignoranza incolpevole.

L'ignoranza incolpevole può essere sufficiente ai fini dell'estensione della circostanza ai concorrenti nel reato, ma non per l'integrazione dell'aggravante, per la quale sembra richiesta la sussistenza, in capo ad almeno uno dei concorrenti, o del dolo specifico o della consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso.

Si rileva quindi che, anche la classificazione della circostanza quale oggettiva, non si sottrae alla necessità di verifica dell'elemento psicologico caratterizzante la finalizzazione della condotta.

L'analisi del percorso valutativo appena riportata chiarisce che in entrambe le chiavi di lettura si conferisce rilievo, nel primo caso, ad una ricaduta oggettiva dell'aspirazione dell'agente, e nel secondo ad una direzione di volontà, che comunque deve accompagnare l'utilità potenziale ed astratta del risultato per la compagine illecita, sotto l'aspetto della previsione dell'agente.

3.4. L'orientamento intermedio è nel senso che la natura dell'aggravante (e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato) dipende da come la stessa si atteggi in concreto e dal reato a cui accede: quando l'aggravante, in concreto, si configura come un dato oggettivo, che travalica la condotta del singolo agente, e che, piuttosto che denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente, finisce per agevolare la commissione del reato, deve ritenersi estensibile ai concorrenti, in base al principio *ubi commoda ibi incommoda* che deve guidare l'interpretazione nei casi dubbi, e far ritenere oggettive le aggravanti che abbiano facilitato la commissione del reato.

Ciò viene ritenuto ravvisabile, con riferimento al reato associativo, allorquando la finalità di agevolare un'associazione mafiosa risulti direttamente connessa alla concreta struttura organizzativa dell'associazione semplice, perché questa si pone in collegamento con l'associazione mafiosa (vuoi perché la seconda le garantisce spazi di operatività nei territori controllati, oppure avallo e protezione in cambio dello svolgimento a suo vantaggio di parte della propria attività, vuoi perché la prima sostiene la seconda o ne reimpiega i profitti, o contribuisce a formare una cassa comune, o comunque la agevola con altre modalità), e rappresenta un dato oggettivo e strutturale, che riguarda il modo di essere della associazione e dunque le modalità di commissione del fatto di reato.

Anche tale orientamento richiede, in via generale, ai fini dell'integrazione dell'aggravante, che l'attività dell'agente esprima comunque una oggettiva capacità di agevolare, almeno potenzialmente, l'associazione cri-

minale, ritenendo necessaria un'interpretazione della norma che prevede l'aggravante in termini che, non confinandosi entro il tenore letterale della disposizione, si conformino alla struttura di un diritto penale (quale è quello del vigente sistema italiano) del comportamento.

3.5. L'ordinanza di rimessione fonda il rilevato contrasto sulla considerazione che l'orientamento secondo cui l'aggravante di natura soggettiva non richiederebbe, ai fini dell'integrazione, il dolo specifico, ma il solo dolo generico, in quanto, postulando la necessità di un elemento di natura oggettiva, ridurrebbe la rilevanza dell'elemento psicologico alla «copertura volitiva» di tale elemento obiettivo. Conseguentemente il contrasto sarebbe ridotto alla «copertura volitiva» dell'elemento materiale consistente nella «concreta funzionalizzazione dell'attività criminosa contestata all'agevolazione di un'associazione mafiosa», nel senso cioè che il contrasto si configurerebbe tra una tesi che ritiene necessaria «la volizione piena e specifica ovvero la piena consapevolezza» della oggettiva finalità agevolatrice della condotta, ed una contrapposta tesi per la quale «è sufficiente che il nesso funzionale tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretto da una "volizione attenuata" cioè l'ignoranza colposa».

3.6. In realtà, dall'analisi delle sentenze riconducibili all'orientamento che ritiene l'aggravante di natura soggettiva emerge che, quando è richiesto un ulteriore elemento, di natura oggettiva, attinente alle «modalità dell'azione», questo, prevalentemente, non viene configurato come elemento costitutivo della fattispecie che prevede la circostanza aggravante, bensì quale fatto da cui desumere la prova della sussistenza dell'elemento psicologico, che rappresenta l'unico elemento costitutivo dell'aggravante.

Non si tratta quindi di stabilire quale sia la «copertura volitiva di tale elemento», perché questo rileva, unicamente, ai fini di prova dell'elemento psicologico integrante l'aggravante, prevalentemente individuato nel dolo specifico.

Pertanto, diversamente da quanto ritenuto nell'ordinanza di rimessione, dalla lettura dei precedenti in argomento risulta che la richiesta di tale ulteriore requisito, di natura oggettiva, attenendo alla prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante, e non essendo quindi configurato quale ulteriore elemento costitutivo della fattispecie che prevede la circostanza, non escluda che quest'ultima possa essere inquadrata tra quelle relative ai motivi a delinquere.

3.7. Peraltro, all'esclusione della configurabilità dell'aggravante come relativa ai motivi a delinquere non conduce neppure la tesi che ha valorizzato la necessità di tale ulteriore elemento obiettivo non a meri fini di prova del dolo specifico, bensì quale ulteriore elemento costitutivo dell'aggravante, nell'ottica di rendere la disposizione di cui all'articolo 416-bis c.p., comma 1, maggiormente aderente al principio di offensività.

Tale tesi, infatti, ritiene elementi costitutivi dell'aggravante tanto l'elemento soggettivo del dolo specifico, quanto l'ulteriore elemento, di natura oggettiva, individuato nell'idoneità del fatto a realizzare il fine del-

l'agente, e quindi nell'idoneità del fatto ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa: in tal modo sembra configurare una circostanza mista, i cui elementi costitutivi sono uno di natura soggettiva e uno di natura oggettiva, riconducibili tanto a quelle attinenti ai motivi a delinquere, quanto a quelle oggettive inerenti le modalità della condotta.

3.8. D'altra parte, l'orientamento che ritiene di natura oggettiva l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, non considera sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, un atteggiamento riconducibile all'ignoranza incolpevole, per essa richiedendo la sussistenza, in capo ad almeno uno dei concorrenti, o del dolo specifico o della consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso.

Pertanto, non potendosi escludere che l'orientamento secondo cui la natura soggettiva dell'aggravante richieda anche la prova del dolo specifico dell'agente, e non potendosi ritenere che per l'orientamento che ritiene la natura oggettiva dell'aggravante sia sufficiente ai fini della sua integrazione la colpevole ignoranza dell'elemento oggettivo della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso, il contrasto non sembra poter essere ricondotto alla contrapposizione tra una tesi che ritiene necessaria «la volizione piena e specifica ovvero la piena consapevolezza della finalità agevolatrice» della condotta e una contrapposta tesi per la quale «è sufficiente che il nesso funzionale tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretta da una "volizione attenuata" cioè l'ignoranza colposa».

3.9. L'analisi delle sentenze che hanno seguito gli oposti orientamenti, e la loro lettura, anche alla luce delle fattispecie in cui si sono pronunciate, conduce a ravvisare il contrasto sotto i seguenti profili:

- l'individuazione dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, dovendosi stabilire se esso consista nel dolo specifico ovvero nella mera consapevolezza della direzione (o idoneità) della condotta ad agevolare l'attività dell'organizzazione criminale (con la puntualizzazione che entrambe le tesi sono sostenute nell'ambito di ciascuno dei contrapposti orientamenti);

- il requisito necessario per l'"estensione" o l'applicabilità dell'aggravante ai concorrenti nel reato, individuato nel dolo specifico o nella consapevolezza dalle sentenze riconducibili all'orientamento che la ritiene di natura soggettiva, ovvero nella mera ignoranza colposa dalle sentenze che la ritengono di natura oggettiva.

Infatti, per quanto attiene all'individuazione dell'elemento soggettivo integrante l'aggravante dell'agevolazione mafiosa:

- nell'ambito dell'orientamento che ritiene soggettiva l'aggravante, l'elemento psicologico necessario ad integrarla, per alcune sentenze, consiste nel dolo specifico, mentre, per altre, si esaurisce nella consapevolezza che la condotta sia funzionale ad agevolare l'organizzazione criminale;

- analogamente, anche nell'ambito del contrapposto orientamento che ritiene oggettiva l'aggravante, ai

fini della sua integrazione, oltre all'elemento oggettivo inerente alle modalità della condotta, è richiesto che in capo ad almeno uno dei concorrenti sia configurabile il dolo specifico, oppure, secondo alcune sentenze, è sufficiente la mera consapevolezza della oggettiva finalizzazione dell'azione all'agevolazione dell'attività dell'associazione mafiosa.

4. Analizzando le decisioni che si occupano di individuare la disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato, il contrasto non si riduce alla mera alternativa tra chi sostiene l'applicabilità dell'articolo 118 c.p. e chi ritiene, invece, applicabile l'articolo 59 c.p., comma 2 e quindi sufficiente l'ignoranza colposa per l'estensione dell'aggravante al concorrente.

Infatti, nell'ambito dell'orientamento che ritiene di natura soggettiva l'aggravante si distingue la tesi che richiede per la sua applicazione al concorrente nel reato che anch'esso sia animato dal dolo specifico, da quella che ritiene sufficiente la mera consapevolezza della finalità perseguita dall'agente o, addirittura, la sola ignoranza colposa dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa.

L'individuazione dei requisiti necessari per l'applicazione della circostanza in esame al concorrente dipende da come si ricostruisce l'elemento soggettivo integrante la stessa aggravante, essendo evidente che là dove si ritenga sufficiente la mera consapevolezza dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, ai fini del riferimento dell'aggravante tanto a carico dell'agente, quanto a carico del concorrente, ai sensi dell'articolo 118 c.p., risulterebbe sufficiente tale mera consapevolezza.

Il tema oggetto del contrasto è poi complicato dal fatto che spesso le sentenze riconducibili ad entrambi i contrapposti orientamenti si sono pronunciate in fattispecie nelle quali il delitto, in relazione al quale era contestata l'aggravante in esame, aveva in concreto agevolato l'attività dell'associazione di tipo mafioso, nelle quali cioè il fine richiesto per l'integrazione dell'aggravante si era realizzato.

Si tratta, per lo più, di fattispecie in cui il delitto commesso (in genere, ma non solo, si tratta di favoreggiamento personale) agevoli un partecipe dell'associazione mafiosa e, quale conseguenza (diretta o indiretta), l'associazione stessa.

La peculiarità di tali fattispecie incide sulla ricostruzione, in concreto, dell'elemento psicologico integrante l'aggravante, in quanto, se il fine previsto dall'articolo 416-bis c.p., comma 1, si è realizzato, da un lato può essere ravvisabile la consapevolezza del vantaggio arrecato all'associazione mafiosa dal delitto commesso (e non solo dell'idoneità del delitto ad agevolare l'associazione), e, dall'altro lato, il dato oggettivo del vantaggio arrecato (anche) all'associazione è spesso ritenuto sufficiente ai fini della prova del dolo specifico.

5. È bene evidenziare che alle oscillazioni giurisprudenziali sulla natura della aggravante in oggetto non ha fatto sponda l'analisi dottrinale, che proprio sulla base del dato testuale ha sostenuto la sua natura soggettiva, limitandosi ad esigere che tale rappresentazione si accompagni ad elementi di fatto di natura oggettiva.

tiva, proprio per evitare di punire più severamente un'azione la cui potenzialità lesiva si esaurisca nell'elaborazione intenzionale, così giungendo a punire il pericolo del pericolo. Solitamente si ritiene quindi che l'aggravante si configuri in maniera simile ai reati di pericolo, con dolo di danno.

La ricerca della concreta potenzialità offensiva, che deve caratterizzare ogni condotta illecita, ha suggerito un parallelo tra i reati a dolo specifico o intenzionale, ai quali si ascrive, per quanto detto, il reato aggravato ai sensi dell'articolo 416-bis c.p., comma 1 ed il reato tentato, richiedendo per la configurazione della fattispecie, non solo l'intenzione, ma elementi concreti, idonei a rendere possibile la realizzazione dell'intento avuto di mira, quali l'esistenza del gruppo criminale ed il possibile raccordo tra quanto programmato dall'agente e l'attività illecita che caratterizza il primo.

Quel che è dato sottolineare nella ricostruzione operata dalla dottrina è inoltre una sostanziale fungibilità della funzione del soggetto agevolatore che, proprio in quanto estraneo alla compagine, non è essenziale ai suoi scopi, ma occasionalmente ne agevoli, almeno in parte, le attività, anche quelle di natura marginale, e l'irrelevanza dell'effettivo ritorno di utilità della condotta illecita in favore della compagine, perché possa configurarsi l'aggravante.

6. In tali elementi può cogliersi il senso della previsione dell'aggravante, che tende ad evitare effetti emulativi connessi all'esistenza del gruppo illecito, con le finalità pervasive previste quale elemento caratterizzante dall'articolo 416-bis c.p., comma 3, e crea una sorta di cordone di contenimento, con il proposito di colpire tutte le aree che, attraverso le modalità della condotta, o attraverso la consapevole agevolazione, producano l'effetto del rafforzamento, se non concretamente della compagine, del pericolo della sua espansione, con la forza che le è tipica e la tacitazione di tutte le forze sociali che dovrebbero ad essa resistere.

Non si può dimenticare inoltre, nel tentativo di ricostruzione della natura giuridica dell'aggravante in esame che, oltre ad un ostacolo di carattere testuale, una lettura in termini puramente oggettivi della sua previsione deve essere esclusa anche in quanto connessa al pericolo di una individuazione postuma delle finalità, che consenta di ravvisare l'agevolazione tutte le volte in cui una condotta illecita abbia di fatto prodotto, o abbia le potenzialità per produrre, vantaggi alla compagine. Basti pensare all'amplessissima gamma di condotte illecite ascrivibili al gruppo mafioso, spesso orbitante nell'ambito delle ordinarie attività economiche, per rendersi conto che un difetto di rappresentazione e volizione di tali conseguenze comporterebbe un difetto di tipicità della fattispecie, suscettibile di censure di costituzionalità.

In tal senso, l'evocazione dell'espressione «per agevolare comunque l'attività delle associazioni» contenuta nella relazione di accompagnamento alla proposta di modifica, richiamata nelle note di udienza del Procuratore generale per avvalorare la lettura oggettiva della fattispecie, non risulta significativa, in quanto tale termine non è presente nella descrizione normativa; per contro, una diversa lettura, evidenzia il pericolo di

un'applicazione che prescinda dalla volizione, in termini del tutto oggettivi, realizzata a seguito di una individuazione postuma dell'utilità della compagine territoriale, che finisce con l'ignorare del tutto la consapevolezza dell'agente, malgrado il testuale richiamo al fine della condotta.

7. Sulla base di quanto precede ritiene il Collegio che il dato testuale imponga la qualificazione della circostanza nell'ambito di quelle di natura soggettiva, inerenti al motivo a delinquere.

È necessario approfondire se il richiamo alla finalità agevolativa debba esaurire la volizione dell'agente o se possa accompagnarsi a finalità più egoistiche.

In argomento è bene prendere le mosse dall'analisi svolta in punto di elemento intenzionale dalle Sezioni Unite n. 38343 del 24/04/2014, *Espenhahn*, Rv. 261109, per evidenziare che nella forma del dolo specifico o intenzionale la volontà della condotta si accompagna alla rappresentazione dell'evento, che è tenuto di mira dall'agente e giustifica l'azione, ancorché non necessariamente in forma esclusiva; tale forma di atteggiamento psicologico si distingue dal dolo diretto per la specifica direzione della condotta rispetto all'evento, che nella forma diretta si limita alla rappresentazione e non alla volizione, oltre che dell'azione, delle sue conseguenze.

La forma aggravata in esame esige quindi che l'agente deliberi l'attività illecita nella convinzione di apportare un vantaggio alla compagine associativa: è necessario però, affinché il reato non sia privo di offensività, che tale rappresentazione si fondi su elementi concreti, inerenti, in via principale, all'esistenza di un gruppo associativo avente le caratteristiche di cui all'articolo 416-bis c.p. ed alla effettiva possibilità che l'azione illecita si iscriva nelle possibili utilità, anche non essenziali al fine del raggiungimento dello scopo di tale compagine, secondo la valutazione del soggetto agente, non necessariamente coordinata con i componenti dell'associazione.

Trattandosi invero di un'aggravante che colpisce la maggiore pericolosità di una condotta, ove finalizzata all'agevolazione, è necessario che la volizione che la caratterizza possa assumere un minimo di concretezza, anche attraverso una mera valutazione autonoma dell'agente, che non impone un raccordo o un coordinamento con i rappresentanti del gruppo e, soprattutto, non prevede che il fine rappresentato sia poi nel concreto raggiunto, pur essendo presenti tutti gli elementi di fatto, astrattamente idonei a tale scopo.

È bene ribadire che tale finalità non deve essere esclusiva, ben potendo accompagnarsi ad esigenze egoistiche quali, ad esempio, la volontà di proporsi come elemento affidabile al fine dell'ammissione al gruppo o qualsiasi altra finalità di vantaggio, assolutamente personale, che si coniughi con l'esigenza di agevolazione.

8. Sia pure con le richiamate specificazioni non vi è dubbio quindi che il fine agevolativo costituisca un motivo a delinquere; peraltro il nostro sistema penale riconosce la rilevanza del motivo, non solo come elemento caratterizzante la fattispecie (finalità di terrorismo o di arricchimento patrimoniale per il sequestro di persona),

ma anche nella forma circostanziale (quale il motivo abietto e futile, la finalità di discriminazione e odio etnico-razziale, la finalità di profitto nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, la finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico).

Non risulta pertanto condivisibile la perplessità espressa nell'ordinanza di rimessione, relativa all'inquadramento di un elemento strutturale della fattispecie, quale il dolo specifico, nell'elemento accidentale, costituito dalla circostanza. A parte il richiamo a fattispecie analoghe, appena riferite, il dato si rivela anche concettualmente del tutto compatibile con il sistema, posto che il particolare atteggiamento psicologico è richiesto per la configurazione del solo elemento accidentale che, ove riscontrabile, si salda con quelli del reato a cui è applicabile per definire una autonoma fattispecie, che accede alla diversa disciplina nascente dalla fusione delle due previsioni.

Giova sul punto ricordare quanto espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 40982 del 21/06/2018, P., Rv. 273937, ove si è richiamata la mancanza di differenza strutturale tra elementi costitutivi e circostanze del reato, in ragione di quanto emerge dalle disposizioni di cui agli articoli 61, 62 e 84 c.p. e la libertà del legislatore di configurare determinate ipotesi quali elementi costitutivi o elementi circostanziali.

Nel concreto, all'ordinario elemento psicologico che caratterizza il reato, si deve aggiungere la rilevanza della finalità specifica, per giustificare l'aggravamento sanzionatorio.

Assume rilievo in proposito sottolineare quanto già emerso dall'analisi della giurisprudenza e della dottrina, che univocamente richiedono per la configurazione dell'aggravante agevolativa, la compresenza di elementi oggettivi e soggettivi, al di là della scelta in tema di classificazione astratta operata.

Quel che innegabilmente la disposizione richiede, per consentire l'applicazione dell'aggravante, è la presenza del dolo specifico o intenzionale in uno dei partecipi.

Tale atteggiamento soggettivo può essere individuato quale elemento tipizzante del reato (come ad esempio nell'abuso di ufficio, nel sequestro di persona a scopo di estorsione, nel furto) o elemento circostanziale (aggravante di discriminazione o di odio razziale o la finalità di terrorismo, o i motivi abietti e futili) ed è conseguenza della rilevanza attribuita dalla legge al motivo a delinquere per caratterizzare la fattispecie o giustificare l'aggravamento di pena.

9. Come si accennava la ricostruzione del motivo a delinquere in tal senso non è mai esclusiva, poiché plurimi possono essere gli stimoli all'azione; quel che rileva è che tra questi sussistano elementi che consentono di ravvisare anche quello valutato necessario dalla norma incriminatrice. Costituisce dato di comune esperienza che possano sussistere plurimi motivi che determinano all'azione che, ove accertati, non depotenziano la funzione intenzionale della condotta richiesta dalla norma specifica (per un'applicazione in tal senso cfr. Sez. U, n. 27 del 25/10/2000, Di Mauro, Rv. 217032; Sez. U, n. 2110 del 23/11/1995, dep. 1996, Fachini, Rv.

203770). È quindi possibile la presenza di una pluralità di motivi, mentre essenziale alla configurazione del dolo intenzionale è la volizione da parte dell'agente, tra i motivi della sua condotta, della finalità considerata dalla norma (in fattispecie analoghe v. Sez. 3, n. 27112 del 19/02/2015, Forlani, Rv. 264390; Sez. 6, n. 14038 del 02/10/2014, dep. 2015, De Felicis, Rv. 262950; Sez. 3, n. 13735 del 26/02/2013, Fabrizio, Rv. 254856; Sez. 6, n. 7384 del 19/12/2011, dep. 2012, Porcari, Rv. 252498).

Tenuto conto della richiesta di elementi oggettivi a riscontro della offensività della condotta, che non assume alcuna pericolosità ulteriore ove non abbia alcuna possibilità o potenzialità di realizzazione, la ricostruzione ermeneutica impone quindi un approccio alla fattispecie, che vada al di là della classificazione formale, per valutare l'estensibilità della circostanza al concorrente.

Tale chiave interpretativa del reato risulta seguire le stesse linee ermeneutiche applicate per l'aggravante della finalità di terrorismo, in relazione alla quale si è univocamente sostenuto che l'intenzione dell'agente deve assumere una connotazione oggettiva, esplicitando gli effetti della condotta, tipizzati dalla previsione normativa di cui all'articolo 270-sexies c.p. Si è osservato al riguardo che la norma, pur descrivendo una finalità, comprende anche elementi di carattere obiettivo, «quali misuratori della specifica offensività, e quali garanzie di un ordinamento che, per necessità costituzionale, deve rimanere distante dai modelli del diritto penale dell'intenzione e del tipo d'autore» (Sez. 6, n. 28009 del 15/05/2014, Alberto, Rv. 260077).

10. Delicata è la ricostruzione dello spazio di autonomia tra la fattispecie aggravata dalla finalità agevolatrice ed il concorso esterno in associazione mafiosa.

Partendo dal dato comune alle figure giuridiche richiamate, inerente alla esistenza dell'associazione terroristica illecita, quel che caratterizza il concorrente esterno rispetto all'autore dell'illecito aggravato è che solo il primo ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza complessiva, che gli consente di cogliere l'assoluta funzionalità del proprio intervento, ancorché unico, alla sopravvivenza o vitalità del gruppo. Inoltre perché possa dirsi realizzata la fattispecie delittuosa si richiede che si verifichi il risultato positivo per l'organizzazione illecita, conseguente a tale intervento esterno, che si caratterizza per la sua infungibilità. Non a caso elemento differenziale della condotta è l'intervento non tipico dell'attività associativa, ma maturato in condizioni particolari (la c.d. fibrillazione o altrimenti definita situazione di potenziale capacità di crisi della struttura), che rendono ineludibile un intervento esterno, per la prosecuzione dell'attività. Rispetto allo sviluppo dello scopo sociale l'azione del concorrente esterno si contraddistingue da elementi di atipicità ed al contempo di necessità in quel particolare ambito temporale.

Gli elementi costitutivi appena richiamati sono estranei alla figura aggravata, con cui condivide solo la necessità dell'esistenza dell'associazione mafiosa, mentre nella forma circostanziale l'utilità dell'intervento può essere anche valutata astrattamente solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo, e del

tutto estemporanea e fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata e, soprattutto, non necessariamente produttiva di effetti di concreta agevolazione.

Si è chiarito inoltre che anche l'associato può consumare condotte aggravate dalla finalità agevolativa, mentre non può essere concorrente esterno, per la intrinseca contraddizione logica di un concorso ex articolo 110 c.p., del partecipe.

Non appare per contro rilevante, al fine di escludere la natura di dolo intenzionale nella forma circostanziale, la possibile esistenza di una discrasia logica di una figura delittuosa, quale il concorso esterno, per cui è sufficiente il dolo diretto, e la richiesta del dolo intenzionale per la figura circostanziale.

Basterà sul punto rilevare la differente struttura delle due figure delittuose, delle quali l'articolo 416-bis c.p. non opera alcun riferimento ad una finalità specifica, per escludere che la sua forma consorsuale possa essere ricostruita diversamente; per contro l'illogicità di un dolo specifico inerente ad un elemento accessorio della fattispecie, come si accennava, è superata agevolmente dal richiamo ad altre figure analoghe (per tutte l'articolo 61 c.p., n. 1) che avvalorano la possibilità di una richiesta del dolo per la circostanza. La considerazione che questa si applichi ad una fattispecie delittuosa che deve essere perfetta nei suoi elementi essenziali, non priva di rilievo la possibilità che si richieda un particolare collegamento psicologico, con l'ulteriore finalità della realizzazione di un evento specifico, che si aggiunge a quello tipico della fattispecie.

11. Definite le caratteristiche dell'aggravante della finalità agevolativa della associazione mafiosa, si deve chiarire la sua applicabilità ai concorrenti nel reato.

11.1. Il dibattito sulla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante in esame è stato determinato, soprattutto, per le diverse conseguenze in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 59 o 118 c.p. Deve in proposito sottolinearsi che le due norme richiamate sono state ridisegnate dalla novella contenuta nella L. 7 febbraio 1990, n. 19, modifica normativa che non ha toccato invece l'articolo 70 c.p., che classifica le circostanze a seconda della loro natura soggettiva od oggettiva.

L'esigenza perseguita da tale intervento novellatore è stata quella di garantire l'eliminazione di qualsiasi riflesso di responsabilità oggettiva, anche su elementi non costitutivi del reato, per l'esigenza di ricollegare qualsiasi componente dell'illecito, costitutivo o circostanziale, alla volontà del soggetto agente, imposta dall'attuazione del criterio costituzionale della responsabilità personale.

In tal senso l'articolo 59 c.p., che prima prevedeva l'attribuzione all'autore delle aggravanti e delle attenuanti, anche se da lui non conosciute, è stato modificato nel senso di consentire l'applicazione delle aggravanti solo se conosciute dall'agente; contestualmente se prima l'articolo 118 c.p., imponeva l'applicazione a tutti i concorrenti delle circostanze aggravanti soggettive non inerenti alla persona del colpevole, se avevano agevolato la consumazione del reato, così attribuendo maggiore gravità al fatto, a prescindere dall'adesione a

tutte le sue componenti da parte dei singoli concorrenti, attualmente il nuovo testo circoscrive l'applicazione di alcune aggravanti soggettive alla persona a cui si riferiscono.

Appare importante rilevare, per contro, che la modifica non ha raggiunto la bipartizione tra circostanze oggettive e soggettive, di cui all'articolo 70 c.p., rimasto immutato.

L'analisi storica della modifica porta a correggere l'assunto generalizzato secondo cui le circostanze soggettive devono essere escluse dall'estensione ai concorrenti, posto che, a ben vedere, tale esclusione, sancita solo dall'articolo 118 c.p., è circoscritta a quelle aggravanti attinenti alle sole intenzioni dell'agente, pertanto potenzialmente non riconoscibili dai concorrenti.

Se le circostanze soggettive richiamate dall'articolo 70 c.p. sono quelle che concernono «la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole», l'articolo 118 c.p., non prevede l'impossibilità di estensione delle circostanze soggettive *tout court*, ma opera un'indicazione autonoma, limitata alle «circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole» che richiede siano «valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono»; vengono così escluse da tale delimitazione le condizioni e le qualità personali del colpevole, ed i rapporti tra il colpevole e l'offeso, elementi che, pur nella chiara connotazione soggettiva, possono essere percepite anche *ab externo*. Si pensi, in particolare, alla qualifica soggettiva del colpevole, derivante dalla sua natura professionale, o ai rapporti di parentela di questi con l'offeso, elementi personali, ma nei fatti astrattamente conoscibili dal coimputato.

Il discrimine, ai fini della possibilità di estensione delle circostanze, non sembra riguardare la natura, oggettiva o soggettiva della circostanza, secondo la classificazione contenuta nel codice, ma piuttosto la possibilità di estrinsecazione della circostanza all'esterno, cosicché rimane esclusa dall'attribuzione al compartecipe qualsiasi elemento, di aggravamento o di attenuazione della fattispecie, confinato all'intento dell'agente che, proprio in quanto tale, non può subire estensione ai concorrenti, perché da questi non necessariamente conoscibile.

In conseguenza, qualora si rinvenivano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento dell'agente sia stato riconosciuto dal concorrente, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione, non vi è ragione per escludere l'estensione della sua applicazione, posto che lo specifico motivo a delinquere viene in tal modo reso oggettivo, sulla base degli specifici elementi rivelatori che, per quanto detto, devono accompagnare la configurazione, per assicurare il rispetto del principio di offensività.

11.2. La soluzione qui accolta, del resto, non appare nuova, ma ampiamente acquisita nella giurisprudenza, con riferimento ad altre figure di aggravanti che riguardano altri motivi a delinquere o l'intensità del dolo.

È quanto avvenuto in tema di premeditazione, circostanza inesorabilmente connessa all'intensità del dolo e, quindi, compresa nell'articolo 118 c.p., e tuttavia ritenuta chiaramente estensibile al concorrente non partecipe di tale intensa programmazione, ove ne sia consapevole (sul punto v. Sez. 6, n. 56956 del 21/09/2017, Argentieri, Rv.271952; Sez. 5, n. 29202 del 11/03/2014, C., Rv. 262383; Sez.1, n. 40237 del 10/10/2007, Cacisi, Rv. 237866, che concludono tutte nel senso che la circostanza aggravante della premeditazione può essere estesa al concorrente, che non abbia partecipato all'originaria deliberazione volitiva, qualora questi ne abbia acquisito piena consapevolezza precedentemente al suo contributo all'evento).

In tale ambito ricostruttivo particolarmente rilevante risulta la precisazione contenuta nelle sentenze Sez. 1, n. 6182 del 28/04/1997, Matrone, Rv. 207997, e Sez. 1, n. 7205 del 17/05/1994, Caparrotta, Rv. 199812, ove, pur dandosi specificamente conto della modifica normativa dell'articolo 118 c.p., si chiarisce che la conoscenza effettiva e non la mera conoscibilità della premeditazione altrui impone l'applicazione dell'aggravante anche al partecipe, sgomberando il campo dalla possibilità di una imputazione colposa della circostanza ex articolo 59 c.p., comma 2, parte seconda.

Ad analoghe conclusioni si è giunti in tema di estensione al concorrente dell'aggravante dei motivi abietti e futili, anch'essa pacificamente ascrivibile al motivo a delinquere, estensione condizionata solo alla conoscenza di tali fini a cura del partecipe, prima di assicurare il suo intervento di collaborazione (Sez. 1, n. 50405 del 10/07/2018, Gjergji Kastriot Rv. 274538; Sez. 1, n. 13596 del 28/09/2011, dep. 2012, Corodda, Rv. 252348; Sez. 1, n. 6775 del 28/01/2005, Erra, Rv. 230147).

In senso conforme si è concluso anche nell'ipotesi dell'aggravante del nesso teleologico, connessa allo scopo dell'agente, ma ritenuta applicabile al concorrente che non abbia elaborato tale nesso, ove lo stesso fosse a questi conoscibile ed a lui attribuibile, anche a titolo di dolo eventuale (Sez. 1, n. 20756 del 02/02/2018, Giangreco, Rv. 273125) in forza della intervenuta rappresentazione.

In definitiva, là dove l'elemento interno proprio di uno degli autori sia stato conosciuto anche dal concorrente che non condivida tale fine, quest'ultimo viene a far parte della rappresentazione ed è quindi oggetto del suo dolo diretto ove il concorrente garantisce la sua collaborazione nella consapevolezza della condizione inerente il compartecipe.

12. Quanto esposto induce a ritenere che il concorrente nel reato, che non condivida con il coautore la finalità agevolativa, ben può rispondere del reato aggravato, le volte in cui sia consapevole della finalità del compartecipe, secondo la previsione generale dell'articolo 59 c.p., comma 2, che attribuisce all'autore del reato gli effetti delle circostanze aggravanti da lui conosciute. Tale disposizione è applicabile al concorrente ex articolo 110 c.p., atteso che l'impostazione monistica del reato plurisoggettivo impone l'equivalenza degli apporti causali alla consumazione dell'azione concorsuale, così che la realizzazione della singola parte dell'azio-

ne, convergente verso il fine, consente di attribuire al partecipe l'intera condotta illecita, che rimane unitaria.

In tal caso per il coautore del reato, non coinvolto nella finalità agevolatrice, è sufficiente il dolo diretto, che comprende anche le forme di dolo eventuale.

È evidente però che la natura soggettiva dell'aggravante di pertinenza del partecipe non consente di estendere l'imputazione soggettiva alla colpa, prevista dalla seconda parte della disposizione richiamata, in quanto la condizione in esame è incompatibile con un obbligo giuridico di conoscenza o di ordinaria prudenza, necessariamente ricollegabile all'imputazione colposa. Invero le situazioni contingenti, l'occasionalità della compartecipazione, l'ignoranza dell'esistenza di una compagine mafiosa o dei suoi collegamenti con l'occasionale partecipe, non potrebbe mai generare un obbligo giuridico di diligenza, suscettibile di sostenere le condizioni dell'imputazione colposa.

La funzionalizzazione della condotta all'agevolazione mafiosa da parte del compartecipe in definitiva deve essere oggetto di rappresentazione, non di volizione, aspetto limitato agli elementi costitutivi del reato, e non può caratterizzarsi dal mero sospetto, poiché in tal caso si porrebbe a carico dell'agente un onere informativo di difficile praticabilità concreta.

A tal riguardo occorre accertare se il compartecipe è in grado di cogliere la finalità avuta di mira dal partecipe, condizione che può verificarsi sia a seguito della estrinsecazione espressa da parte dell'agente delle proprie finalità, o per effetto della manifestazione dei suoi elementi concreti, quali particolari rapporti del partecipe con l'associazione illecita territoriale, o di altri elementi di fatto che emergano dalle prove assunte.

In presenza di tali dati dimostrativi, non potrebbe negarsi che l'agente, cui si riferisce l'articolo 59 c.p., comma 2, concetto che comprende chiunque dia il suo contributo alla realizzazione dell'illecito, e quindi anche il compartecipe, si sia rappresentato la finalità tipizzante la fattispecie aggravata, e pur, non agendo personalmente a tal fine, abbia assicurato il suo apporto al perfezionamento dell'azione illecita, nelle forme volute dai concorrenti.

13. Sulla base di quanto illustrato, può, pertanto, enunciarsi il seguente principio di diritto: «L'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'articolo 416-bis c.p., comma 1, ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità».

14. Alla luce di quanto indicato può ora valutarsi la ricaduta dei principi esposti nel caso concreto.

Giova puntualizzare al riguardo che, in senso opposto a quanto concluso dalla difesa, si è in presenza di una c.d. doppia conforme, nel senso proprio di tale qualificazione, inerente al campo valutativo specificamente rimesso al giudice di merito, e costituito dalla coincidenza della valutazione delle prove. Invero le pronunce di merito differiscono solo sull'inquadramento astratto della circostanza, qualificata in primo grado di natura oggettiva ed in secondo di natura soggettiva. Per contro entrambe le sentenze, dopo questa divarica-

zione, convergono nella identificazione e valorizzazione della natura dimostrativa degli elementi rivelatori della piena consapevolezza da parte di (OMISSIS) della connessione esistente tra i suoi correi ed il clan dei (OMISSIS).

Preliminarmente occorre rilevare che nessuna contraddizione emerge dalla sentenza impugnata sull'accertamento della natura dell'apporto dei compartecipi all'associazione richiamata.

Invero, se effettivamente nella parte ricostruttiva delle fasi processuali, nella sentenza di appello si utilizza l'espressione "partecipi" per fare riferimento ai coimputati (OMISSIS) e (OMISSIS), questo richiamo non ridonda in alcun modo nella parte valutativa, dove si esplicita la loro funzione di agevolatori della compagine, ad essa estranei. Ne consegue che nessuna contraddizione può essere individuata nel provvedimento, posto che tale vizio può essere riferito solo alla parte valutativa, non a quella ricostruttiva, che sul punto presenta esclusivamente una imprecisione influente sulla successiva argomentazione.

È bene rimarcare che tale parte della pronuncia, inerente alla valutazione degli elementi di prova, non ha costituito oggetto di alcuna censura specifica, con riferimento alla ritualità delle prove assunte, ed alla loro portata dimostrativa, e risulta, per contro, ampiamente circostanziata in punto di accertamento del profondo, ventennale legame personale esistente tra (OMISSIS) ed i finanziatori delle usure che lui contribuiva a realizzare attraverso l'intermediazione garantita per mettere in contatto domanda di credito ed offerta e per recuperare i pagamenti, elementi desunti, tra l'altro, dalle dichiarazioni della parte lesa (OMISSIS) e del dichiarante (OMISSIS), in ordine al collegamento, a loro rivelato da (OMISSIS), di (OMISSIS) e (OMISSIS) con l'associazione dei (OMISSIS); con tale portato dichiarativo la difesa non si confronta.

Risulta inoltre incontestato che la circostanza aggra-

vante della finalità agevolativa è stata riconosciuta ai correi nel separato procedimento, stante il riferimento contenuto in ricorso al riguardo, e la mancata deduzione di una difforme valutazione intervenuta nei gradi successivi del diverso procedimento.

Per contro irrilevante ed ultroneo risulta il riferimento operato in sentenza al metodo mafioso utilizzato dal ricorrente nei confronti dei debitori per il recupero degli importi, in quanto non è su tale base che si è giunti ad accertare l'applicabilità della finalità agevolativa, mentre è del tutto evidente che, stante la difforme natura della duplice espressione della fattispecie, non avrebbe potuto essere riconosciuta l'aggravante oggettiva, in assenza di contestazione.

Da ultimo, altrettanto irrilevante, anche alla luce di quanto illustrato in precedenza, è l'elemento di fatto valorizzato dalla difesa ed inerente all'autonomo scopo del (OMISSIS), spinto alla collaborazione da sue necessità economiche, poiché quel che rileva è che le circostanze di fatto da lui conosciute gli abbiamo consentito di rappresentarsi lo scopo dei suoi compartecipi e lo abbiano indotto a non recedere dalla collaborazione richiestagli.

In presenza di tali insuperabili dati di fatto, verificata, attraverso le prove acquisite, la consapevolezza da parte del ricorrente della finalità che ha animato la condotta dei coimputati, si perviene al rigetto del ricorso, che si fonda esclusivamente sulla pretesa disapplicazione dell'aggravante, in ragione della riconducibilità della stessa nell'ambito delle circostanze esclusivamente soggettive di cui all'articolo 118 c.p.

15. Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, ai sensi dell'articolo 616 c.p.p.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

LA GIURISPRUDENZA RICHIAMATA

Reato - Circostanze - Aggravanti in genere - Aggravante dell'utilizzso del metodo mafioso - Contestazione o dimostrazione dell'esistenza dell'associazione a delinquere - Necessità - Esclusione - Fattispecie. Per la configurabilità dell'aggravante dell'utilizzazione del "metodo mafioso", prevista dall'articolo 7 del Dl 13 maggio 1991 n. 152 (convertito in legge 12 luglio 1991 n. 203), non è necessario che sia stata dimostrata o contestata l'esistenza di un'associazione per delinquere, essendo sufficiente che la violenza o la minaccia assumano veste tipicamente mafiosa (Fattispecie relativa alle violente lesioni in-

ferte a un giornalista da un personaggio notoriamente malavitoso, che, nel rifiutare di essere intervistato, aggrediva il cronista con una testata sul volto, si avvaleva di un guardaspalla, pronunciava frasi intimidatorie che evocavano l'intervento di altri soggetti al fine di danneggiare la vettura dello stesso, in contesto omertoso caratterizzato non solo dal disinteresse dei passanti, ma anche dal compiacimento per l'accaduto da parte di alcuni presenti all'aggressione).

› *Cassazione, sezione V penale, sentenza 15 maggio 2018 n. 21530*

La Cassazione fa chiarezza sull'aggravante agevolatrice

Reati contro l'ordine pubblico

Giuseppe Amato

L'aggravante non esclude l'estensione al concorrente ma non indiscriminatamente e automaticamente

NEL MASSIMARIO LE ALTRE SEGNALAZIONI SULLA MAFIA

Nella «Rassegna delle penali» a pagina 79 sono stati pubblicati i principi espressi dalla Suprema corte sulle Organizzazioni “non tradizionali” di tipo mafioso (processo Fasciani).

› Cassazione, sezione II, sentenza 29 novembre 2019-16 marzo 2020 n. 10255 - Pres. Diotallevi; Rel. Ariolli; Pm (parz. conf.) Gaeta; Ric. Procuratore generale della Corte d'appello di Roma e altri in processo Fasciani e altri

La sentenza delle sezioni Unite nell'affrontare la specifica questione della natura giuridica dell'**aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa** prevista dall'articolo 416-bis.1 del codice penale (l'avere commesso il fatto al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose), e della conseguente comunicabilità al concorrente, offre lo spunto per una puntualizzazione dei presupposti giuridici dell'aggravante, anche nella forma alternativa dell'utilizzo del metodo mafioso (l'avere commesso il fatto avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale: *ergo*, avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne deriva).

La natura soggettiva dell'aggravante agevolatrice dell'associazione mafiosa: significato e contenuto

Con riguardo alla natura giuridica dell'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa, ovviamente, viene ribadito che essa ha **natura soggettiva**, inerendo al motivo a delinquere, ed è caratterizzata da dolo intenzionale, concernendo la direzione della volontà (come si ricorderà, l'ordinanza della sezione II, 10 settembre 2019-4 ottobre 2019 n. 40846, Chiocchini, aveva rimesso alle sezioni Unite il quesito se l'aggravante *de qua*, che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata «al fine di» agevolare l'attività delle associazioni mafiose, avesse natura “oggettiva”, concernendo le modalità dell'azione, ovvero avesse natura “soggettiva”, concernendo la direzione della volontà»).

L'aggravante esige quindi - secondo la Corte - che l'agente deliberi l'attività illecita **nella convinzione di apportare un vantaggio alla compagine associativa** ed è in proposito necessario che tale rappresentazione si fondi **su elementi concreti, inerenti, in via principale, all'esistenza di un gruppo associativo** avente le caratteristiche di cui all'articolo 416-bis del codice penale e alla effettiva possibilità che l'azione illecita si iscriva nelle possibili utilità, anche non essenziali al fine del raggiungimento dello scopo di tale compagine, secondo la valutazione del soggetto agente, non necessariamente coordinata con i componenti dell'associazione.

La finalità di agevolazione, peraltro, **non deve essere necessariamente esclusiva**, ben potendo accompagnarsi a esigenze egoistiche, quali, ad esempio, la volontà di proporsi come elemento affidabile al fine dell'ammissione al gruppo o qualsiasi altra finalità di vantaggio assolutamente personale.

È però essenziale che l'obiettivo primario e “diretto” della condotta sia quello di favorire la consorte criminale, di guisa che **le finalità ulteriori non possono che assumere valenza secondaria** e non direttamente qualificante del *proprium* dell'aggravante.

Anzi, come è noto, la finalità di favorire la cosca è cosa ben diversa dal semplice scopo di favorire **un esponente di vertice della cosca**, indipendentemente da ogni verifica in merito all'effettiva e immediata coincidenza degli interessi di un esponente del capomafia con quelli dell'organizzazione, che è chiaramente non significativo per fondare l'aggravante [cfr. sezione VI, 9 maggio 2017, Ferrante e altri; sezione VI, 22 settembre 2015, Cannizzaro].

Da ciò deriva che la finalità agevolatrice perseguita dall'autore del delitto **deve**

UN PRECEDENTE DI RILIEVO

Reato - Circostanze - Aggravanti in genere - Circostanza aggravante di cui all'articolo 7 della legge n. 203 del 1991 - Agevolazione mafiosa - Ambito di applicazione - Soggetti non organicamente inseriti in associazioni mafiose - Contributo al raggiungimento del fine del sodalizio - Condizioni - Onere probatorio - Contenuto. (Legge 203/1991, articolo 7; Dl 152/1991, articolo 7)

Ai fini della configurabilità della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa di cui all'articolo 7 del Dl 13 maggio 1991 n. 152, convertito in legge n. 203 del 1991, la finalità agevolatrice perseguita dall'autore del delitto deve essere oggetto, onde evita-

re il rischio della diluizione della aggravante nella semplice contestualità ambientale, di una rigorosa verifica in sede di formazione della prova sotto il duplice profilo della dimostrazione che il reato è stato commesso al fine specifico di favorire l'attività dell'associazione mafiosa e della consapevolezza dell'ausilio prestato al sodalizio. (In motivazione, la Suprema corte ha precisato che detta consapevolezza non è esclusa quando l'autore del reato persegua un ulteriore scopo di trarre un vantaggio proprio dal fatto criminoso).

› Cassazione, sezione III penale, sentenza 4 marzo 2016 n. 9142 - Imputato: Basile e altri

essere oggetto, onde evitare il rischio della diluizione della aggravante nella semplice contestualità ambientale, **di una rigorosa verifica in sede di formazione della prova** sotto il **duplice profilo** della dimostrazione che il reato è stato commesso al fine specifico di favorire l'attività dell'associazione mafiosa e della consapevolezza dell'ausilio prestato al sodalizio (sezione III, 13 gennaio 2016, Basile e altri).

L'estensione al concorrente: condizioni

La natura soggettiva dell'aggravante non esclude l'estensione al concorrente, ma non indiscriminatamente e automaticamente.

L'estensione si ha solo nei confronti del concorrente che, benché non animato dal medesimo scopo di favorire la consorte mafiosa, **risulti però consapevole dell'altrui finalità**.

Infatti, ha argomentato la Corte, l'articolo 118 del Cp non prevede l'impossibilità di estensione delle circostanze soggettive *tout court*, ma opera un'indicazione autonoma, limitata alle «circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole» che richiede siano «valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono», venendo escluse così da tale delimitazione le condizioni e le qualità personali del colpevole e i rapporti tra il colpevole e l'offeso, che, pur nella loro connotazione soggettiva, possono essere percepite *ab externo*. In conseguenza, **l'aggravante è estensibile** al concorrente allorquando si rinvercano elementi di fatto suscettibili di **dimostrare che l'intento dell'agente sia stato riconosciuto dal concorrente**, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione.

Le conseguenze: l'effettiva sussistenza dell'associazione "agevolata"

Alcuni passaggi meritano di essere sottolineati.

In primo luogo, la considerazione che l'aggravante di cui all'articolo 416-bis.1 del Cp, nella forma "soggettiva" dell'aver commesso il fatto al fine specifico di agevolare l'attività di una associazione mafiosa, **implica necessariamente la prova dell'esistenza reale e non semplicemente supposta di essa** (di recente, cfr. anche sezione II, 21 gennaio 2019, Riela e altri).

È questo uno degli elementi differenziali rispetto alla aggravante tipicamente oggettiva dell'aver agito utilizzando il metodo mafioso («avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del Cp»), che non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione *ex* articolo 416-bis del codice penale, essendo sufficiente, ai fini della sua configurazione, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso: essa è pertanto configurabile finanche con riferimento ai reati-fine commessi nell'ambito di un'associazione criminale comune, nonché nel caso di reati posti in essere da soggetti estranei al reato associativo, essendo necessario e sufficien-

Concorso esterno se da fuori arriva un aiuto di rilevante importanza soprattutto nei momenti di difficoltà

te che l'associazione appaia sullo sfondo, perché evocata dall'agente, sicché la vittima sia spinta ad adeguarsi al volere dell'aggressore o ad abbandonare ogni velleità di difesa per timore di più gravi conseguenze (di recente, sezione V, 13 novembre 2019, Spada: nella specie, relativa ai reati di lesioni e di violenza privata, commessi dall'imputato nei confronti di un giornalista che tentava di intervistarlo, l'aggravante del metodo mafioso è stata ritenuta correttamente ravvisata in sede di merito, a prescindere dalla riscontrata esistenza di una associazione mafiosa - in quel momento non ancora accertata giudizialmente, almeno in via definitiva -, valorizzando l'effettivo avalimento da parte dell'imputato delle condizioni di cui all'articolo 416-bis del codice penale, in tal senso essendosi individuati gli indici fattuali del metodo mafioso: nella presenza, durante l'intera intervista, di un "guardaspalle", nella simultanea aggressione al giornalista e al suo operatore, nella perpetrazione dell'aggressione in pieno giorno dinanzi a una palestra, rivendicando la potestà di controllare il territorio e dunque di "cacciare" chi non fosse gradito, nell'evocazione dell'intervento di soggetti terzi, che avrebbero danneggiato o fatto sparire l'auto dei giornalisti, e nel contesto omertoso della vicenda).

Piuttosto, con riferimento all'aggravante dell'essersi avvalso della forza di intimidazione connessa a un sodalizio criminoso di tipo mafioso e delle condizioni di assoggettamento e omertà da essa derivanti, se è pur vero che tale aggravante può qualificare l'illecita condotta anche di soggetti non appartenenti ad associazioni mafiose, giacché anche il delinquente comune, isolato o non legato neppure indirettamente a consorterie mafiose, può agire giovandosi di una dinamica mafiosa, occorre evitare ingiustificate dilatazioni del relativo ambito applicativo.

Infatti, per non attribuire illogicamente all'aggravante *de qua* i contorni di una circostanza di carattere ambientale o locale (di guisa che qualunque fatto criminoso attuato in realtà territoriali a elevata infiltrazione mafiosa finirebbe per colorarsi putativamente dell'attributo della mafiosità), è comunque indispensabile accertare e portare in luce **i concreti tratti esteriori del comportamento criminoso che ne abbiano connotato l'iscrizione alla metodologia mafiosa**. In altri termini, occorre evidenziare gli aspetti reali del riferimento all'efficacia intimidatrice e alla forza di pressione riconducibili a specifici assetti organizzativi mafiosi di cui si sia ammantata la reale azione del soggetto agente, nonché precisare se e in quale misura l'azione così caratterizzata abbia dispiegato diretta incidenza causale sull'atteggiamento remissivo o arrendevole dei soggetti passivi e sulla loro concreta libera autodeterminazione (cfr. per riferimenti sezione VI, 16 maggio 2007, Niglia).

Nel concorso esterno esiste una cointeressenza da comportare l'assunzione di un ruolo essenziale

Le conseguenze: i rapporti con il concorso esterno nell'associazione mafiosa

In secondo luogo, degna di menzione è l'approfondimento che le Sezioni unite riservano alle **differenze tra il concorso esterno nell'associazione mafiosa e l'aggravante della finalità di agevolare l'associazione mafiosa**.

Si tratta di figure giuridiche diverse, accomunate solo dall'effettiva esistenza di un'associazione mafiosa.

Infatti, nell'ipotesi del concorso esterno esiste una cointeressenza che, pur se occasionale, deve presentare il carattere di una rilevante importanza, tale da comportare **l'assunzione di un ruolo esterno ma essenziale**, ineliminabile e insostituibile, particolarmente nei momenti di difficoltà dell'organizzazione criminale.

Quest'ultimo estremo non deve essere ravvisabile quando si contesta l'aggravante ex articolo 416-bis.1 del codice penale, che si sostanzia nella semplice finalità di agevolazione dell'attività posta in essere dalla consorteria mafiosa, essendo in quest'ultimo caso necessario che venga accertata solo tale **oggettiva finalizzazione dell'azione all'agevolazione detta**.

Ciò significa che sono compatibili il riconoscimento dell'aggravante in questione e l'esclusione del concorso esterno del soggetto, anche perché, diversamente opinando, la commissione di qualsivoglia delitto solo che sia aggravato ex articolo 416-bis.1 del codice penale, sotto l'ipotesi dell'agevolazione, comporterebbe, per assurdo, l'applicazione indiscriminata del concorso nell'associazione mafiosa per l'autore del reato aggravato (così, di recente, sezione II, 21 gennaio 2019, Riela e altri).

a cura di
Giuseppe Amato

Rassegna delle massime della Cassazione penale

MAFIA

Associazione di tipo mafioso - Organizzazioni “non tradizionali” - Caratteristiche strutturali - Fattispecie. (Cp, articolo 416-bis)

Sezione II, sentenza 29 novembre 2019-16 marzo 2020 n. 10255 - Pres. Diotallevi; Rel. Ariolli; Pm (parz. conf.) Galletta; Ric. Procuratore generale della Corte d'appello di Roma e altri in processo Fasciani e altri

IL PRINCIPIO

In tema di associazione di tipo mafioso, per poter contestare il reato di cui all'articolo 416-bis del Cp con riferimento alle cosiddette mafie “non tradizionali” (ossia diverse dalle consorterie, talvolta secolari, già presenti e qualificate da un nomen, insediamenti, articolazioni periferiche e fama criminale: mafia, camorra, 'ndrangheta, Sacra corona unita, ecc.) occorre avere riguardo al disposto del comma 3 del citato articolo 416-bis del Cp, laddove il legislatore definisce, assieme, metodo e finalità dell'associazione mafiosa. A tal riguardo, le singole associazioni vanno analizzate nel loro concreto atteggiarsi, dovendosi verificare, in termini di “effettività”, se quello specifico sodalizio si sia manifestato in forme tali da avere offerto la dimostrazione di «possedere in concreto» la forza di intimidazione richiesta dalla norma incriminatrice e di essersene poi avvalsa. In altri termini, forza di intimidazione, vincolo di assoggettamento e omertà (prese in considerazione nel comma 3 dell'articolo 416-bis del Cp, quali elementi qualificanti della associazione di tipo mafioso) assolvono una funzione tipizzante per riconoscere la sussistenza di una associazione di tipo mafioso anche ove si tratti di mafie

“atipiche”, presenti in un determinato territorio, ma non riconducibili a quelle tradizionali, come del resto si verifica anche in caso di mafie “delocalizzate”, ossia di costituzione di una nuova struttura, operante in un'area geografica diversa dal territorio di origine dell'organizzazione “tradizionale” di derivazione (affermazione resa relativamente all'attività criminale del clan Fasciani di Ostia, dove la Corte ha ritenuta corretta la qualificazione “mafiosa” attribuita dai giudici di merito, evidenziando così che anche la città di Roma aveva conosciuto l'esistenza di una presenza “mafiosa”, sebbene in modo diverso da altre città del Sud, essendo stato spiegato in modo soddisfacente il vincolo di assoggettamento omertoso e le attività di intimidazione poste in essere dalla consorteria criminale: intensità del vincolo di assoggettamento omertoso, natura e forme di manifestazione degli strumenti intimidatori, specifici settori di intervento, vastità dell'area attinta dalla egemonia del sodalizio, molteplicità dei settori illeciti di interesse, natura criminale dei soggetti coinvolti, manifestazione esterna del potere decisionale, sudditanza degli interlocutori istituzionali e professionali).

LA NOTA

Con riguardo alla stessa associazione criminale, si è in termini affermato che, in fattispecie di mafia “non tradizionale”, ai fini della configurabilità del reato di associazione di tipo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, e il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale. Infatti, nello schema normativo previsto dall'articolo 416-bis del Cp non rientrano solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finan-

ziari imponenti, e in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone; vi rientrano, quindi, anche “piccole mafie” con un basso numero di appartenenti (bastano tre persone), non necessariamente armate (l'essere armati e usare materiale esplosivo non è infatti un elemento costitutivo dell'associazione ex articolo 416-bis del Cp, ma realizza solo un'ulteriore modalità di azione che aggrava il sodalizio). Del resto, la forza prevaricante di un'organizzazione mafiosa ha capacità di penetrazione e di diffusione inversamente proporzionali ai livelli di collegamento che la collettività sulla quale si esercita è in grado di mantenere, per cultura o per qualsiasi altra

ragione, con le istituzioni statuali di possibile contrasto, potendo evidentemente la intimidazione passare da mezzi molto forti a mezzi semplici, come minacce di percosse rispetto a soggetti che non siano in grado di contrapporre valide difese; con l'ulteriore conseguenza che non è neppure necessaria la prova che l'impiego della forza intimidatrice del vincolo associativo sia penetrato in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione, essendo sufficiente la prova di tale impiego munito della connotazione finalistica richiesta dalla suddetta norma incriminatrice (sezione II, 21 febbraio 2018, Fasciani e altri). Più in generale, con riferimento alla configurabilità del reato di cui all'articolo 416-bis del Cp rispetto a una articolazione periferica di un sodalizio mafioso, radicata in un'area territoriale diversa da quella di operatività dell'organizzazione "madre", di recente si è puntualizzato che non è certo sufficiente la mera potenzialità di un pericolo per l'ordine pubblico, apprezzabile anche senza esteriorizzazione del potere di intimidazione. È invece necessario o il concreto esercizio "in proprio" della forza intimidatrice del vincolo associativo, e quindi l'esperimento concreto ed autonomo del metodo mafioso, o la «riconoscibilità esterna» del carattere mafioso dell'associazione, per effetto di un «collegamento organico e funzionale» con la casa-madre, co-

me proiezione di quella stessa associazione, diffusamente conosciuta e riconosciuta per la sua forza criminale. In particolare, il collegamento funzionale non può però essere identificato in qualsiasi forma di relazione con l'associazione di riferimento, ma postula che il legame sia apprezzabile sul piano, appunto, funzionale e quindi dell'esplicazione di attività tipiche di una struttura associativa, derivandone, quale naturale risultato, il carattere della «riconoscibilità esterna» della struttura delocalizzata, ovviamente incompatibile con forme di collegamento che si consumino soltanto al suo interno (nella fattispecie, in cui il reato associativo era stato ravvisato relativamente a una struttura associativa che si riteneva operante nel territorio svizzero di Frauenfeld, quale locale dell'ndrangheta, la Corte ha escluso il reato evidenziando come in sentenza non fosse stato dimostrato né l'estrinsecazione del metodo mafioso, né l'avvalimento in quel territorio di una fama criminale altrove strutturata; in particolare, la Corte ha escluso in concreto alcuna valenza finanche all'elemento costituito dall'assunzione di cariche e gradi propri dell'organizzazione 'ndranghetista, proprio perché nello specifico era mancata la prova dell'esistenza di una vera struttura associativa sussumibile nel paradigma normativo dell'articolo 416-bis del Cp) (sezione I, 29 novembre 2019, Albanese e altro).

IMPUTATO

Assenza dell'imputato - Presupposti - Conoscenza effettiva del procedimento - Desumibilità dalla conoscenza di un atto posto in essere d'iniziativa dalla polizia giudiziaria prima dell'instaurazione del procedimento - Esclusione. (Cp, articolo 420-bis)

In tema di processo celebrato in assenza dell'imputato, la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso non può essere desunta dall'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata, nell'immediatezza dell'accertamento del reato, in sede di redazione del verbale di identificazione d'iniziativa della polizia giudiziaria, in epoca anteriore alla formale instaurazione del procedimento, che si verifica soltanto con l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale.

¶ Sezione I, sentenza 18 dicembre 2019-27 gennaio 2020 n. 3261 - Pres. Mazzei; Rel. Vannucci; Pm (conf.) Casella; Ric. Abdul

MAFIA

Associazione di tipo mafioso - Concorso esterno - Effetti della sentenza Cedu nel caso Contrada - Limiti. (Cp, articoli 110 e 416-bis)

I principi affermati dalla sentenza della Cedu del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono

nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una "sentenza pilota" e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata.

¶ Sezioni Unite, sentenza 24 ottobre 2019-3 marzo 2020 n. 8544 - Pres. Carcano; Rel. Boni; Pm (conf.) Angelillis; Ric. Genco

PROVA PENALE

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Valutazione della prova - Contenuto delle intercettazioni - Competenza del giudice di merito - Apprezzamento del significato criptico delle espressioni utilizzate. (Cp, articoli 187 e seguenti, 266 e 606)

In tema di intercettazioni di conversazioni, il giudice di merito è libero di ritenere che l'espressione adoperata assuma, nel contesto della conversazione, un significato criptico, specie allorché non abbia alcun senso logico nel contesto espressivo in cui è utilizzata ovvero quando emerge, dalla valutazione di tutto il complesso probatorio, che l'uso di un determinato termine viene indicato per indicare altro, anche tenuto conto del contesto ambientale in cui la conversazione avviene.

¶ Sezione IV, sentenza 2 ottobre 2019-5 febbraio 2020 n. 4881 - Pres. Piccialli; Rel. Esposito; Pm (parz. conf.) Marinelli; Ric. Ceccherini e altro

Reati associativi - Partecipazione - Rilevanza anche di contributi qualitativamente e temporalmente limitati. (Cp, articoli 416 e 416-bis; Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 74)

Ai fini della configurabilità del reato di partecipazione ad associazione criminosa (nella specie, ex articolo 74 del Dpr n. 309 del 1990) nessun riferimento temporale predeterminato si rinviene nelle fonti normative. Infatti, i caratteri di stabilità e permanenza che devono qualificare il vincolo associativo non implicano necessariamente la protrazione dell'associazione per una durata temporale certa e, *a fortiori*, che il vincolo associativo si instauri nella prospettiva di una permanenza a tempo indeterminato. Infatti, l'indeterminatezza riguarda il programma criminoso che si mira ad attuare, non l'associazione *ex se* considerata, la quale non è esclusa dalla durata di "esistenza in vita" accertata nel concreto, e neppure dalla circostanza che il vincolo associativo si sia instaurato con una preventiva individuazione del tempo di operatività del sodalizio.

¶ Sezione II, sentenza 29 novembre 2019-16 marzo 2020 n. 10255 - Pres. Diotallevi; Rel. Ariolli; Pm (parz. conf.) Gaeta; Ric. Procuratore generale della Corte d'appello di Roma e altri in procedimento Fasciani e altri

REATI TRIBUTARI

Reati tributari - Definizione - Patteggiamento - Condizioni all'accesso - Pagamento del debito o ravvedimento operoso - Ambito di operatività - Natura procedimentale - Conseguenze. (Decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74, articoli 13 e 13-bis, comma 2; Cpp, articoli 444 e seguenti)

La disciplina contenuta nell'articolo 13-bis, comma 2, del decreto legislativo n. 74 del 2000, come inserito dall'articolo 12 del decreto legislativo 24 settembre 2015 n. 158, che introduce condizioni all'accesso al "patteggiamento" per taluni reati tributari, subordinando tale accesso all'integrale pagamento del debito tributario o al ravvedimento operoso, ha natura esclusivamente procedimentale quale condizione per accedere al rito speciale, con la conseguenza che la norma trova applicazione anche ai fatti antecedenti alla sua entrata in vigore.

¶ Sezione III, sentenza 10 luglio 2019-10 gennaio 2020 n. 552 - Pres. Lapalorcia; Rel. Liberati; Pm (conf.) Birritteri; Ric. Procuratore generale della Corte d'appello Perugia in procedimento Bentivogli

REATO

Reato contro la fede pubblica - Falsità personale - Sostituzione di persona - Fattispecie in tema di social. (Cp, articolo 494)

Integra il reato di cui all'articolo 494 del codice penale la condotta di chi si sostituisce a taluno creando un profilo social indicando l'utenza telefonica di tale persona (nella specie, la vicenda processuale era stata conclusa applicando la causa di non punibilità di cui all'articolo 131-bis del Cp, che la Corte, rigettando il ricorso del procuratore generale, ha ritenuto correttamente ravvisata, con adeguata motivazione).

¶ Sezione V, sentenza 19 novembre 2019-10 gennaio 2020 n. 652 - Pres. De Gregorio; Rel. Caputo; Pm (conf.) Birritteri; Ric. Procuratore generale della Corte d'appello Milano in procedimento Saranga

Sequestro penale - Sequestro probatorio - Annullamento - Divieto di restituzione in caso di cose assoggettabili a confisca obbligatoria - Operatività - Condizioni - Limiti - Fattispecie. (Cp, articolo 324, comma 7; Cp, articolo 240, comma 2)

Il divieto di restituzione di cui all'articolo 324, comma 7, del codice di procedura penale, pur operante anche in caso di annullamento di decreto di sequestro probatorio, riguarda soltanto le cose soggette a confisca obbligatoria ai sensi dell'articolo 240, comma 2, del codice penale, restando escluse quelle soggette a confisca obbligatoria ai sensi di previsioni speciali, salvo che tali previsioni richiamino il predetto articolo 240, comma 2, del Cp o, comunque, si riferiscano al prezzo del reato o a cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato (cfr. sezioni Unite, 30 maggio 2019, Bellucci) (da queste premesse, in una vicenda in cui il sequestro probatorio era del tutto privo di motivazione, la Cassazione ha disposto la restituzione all'avente diritto - estraneo ai fatti contestati - di un trattore con rimorchio, utilizzato per la commissione del reato di cui all'articolo 40 del decreto legislativo n. 504 del 1995, sul rilievo che l'articolo 44 di detto decreto, sulla cui base il giudice del riesame aveva negata la restituzione, prevede una speciale ipotesi di confisca che non richiama il citato articolo 240, comma 2, del Cp, né si riferisce al prezzo del reato, o a cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, riguardando i prodotti, le materie prime e i mezzi comunque utilizzati per commettere le violazioni di cui agli articoli 40, 41 e 43 del decreto legislativo n. 504 del 1995).

¶ Sezione III, sentenza 10 luglio 2019-10 gennaio 2020 n. 551 - Pres. Lapalorcia; Rel. Liberati; Pm (diff.) Casella Ric. De Palma

STUPEFACENTI

Attività illecite - Trattative per l'acquisto di droga - Interruzione - Rilevanza a titolo di tentativo - Condizioni. (Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 73; Cp, articolo 56)

Nel delitto tentato, la desistenza volontaria non può ritenersi efficace se sia imposta da fattori esterni alla libera determinazione dell'agente, tali da impedire la

prosecuzione dell'attività diretta alla consumazione del reato; con la conseguenza che essa non è configurabile, quando le trattative per l'acquisto di stupefacenti siano interrotte non per un'autonoma deliberazione dell'agente, ma per il mancato accordo sul prezzo della vendita ovvero, come nella specie, per la mancata coincidenza dei tempi tra richieste di pagamento dei fornitori e disponibilità dei contanti da parte dei finanziatori.

¶ *Sezione IV, sentenza 2 ottobre 2019-5 febbraio 2020 n. 4881 - Pres. Piccialli; Rel. Esposito; Pm (parz. conf.) Marinelli*

Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti - Sussistenza del reato - Commissione dei reati fine - Irrilevanza. (Dpr 9 ottobre 1990 n. 309, articolo 74)

L'assenza di delitti fine o di sequestri di droga non è ostativa alla ritenuta sussistenza del reato di cui all'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, perché il reato associativo viene a con-

sumazione (soprattutto *sub specie* di accordo costituito, ma anche come ipotesi di adesione successiva a sodalizio già venuto in essere) ben prima e indipendentemente dalla concreta realizzazione del programma criminoso, che già ontologicamente costituisce un *posterius* rispetto alla nascita dell'associazione. In ciò è ravvisabile una differenza rispetto al concorso di persone: mentre per la punibilità di questo occorre la concreta realizzazione dei reati programmati, quantomeno nella forma del tentativo, per la sussistenza del delitto associativo è del tutto irrilevante l'effettiva commissione dei reati programmati, tanto che la responsabilità del singolo associato per tale reato può essere affermata non solo anche qualora nessuno dei delitti fine sia stato consumato, ma anche laddove l'imputato non abbia preso parte materialmente ad alcuna delle imprese criminose condotte a termine dall'associazione.

¶ *Sezione II, sentenza 29 novembre 2019-16 marzo 2020 n. 10255 - Pres. Diotallevi; Rel. Ariolli; Pm (parz. conf.) - Gaeta; Ric. Procura generale della Corte d'appello di Roma e altri in processo Fasciani e altri*

ULTIMISSIME/ LA CORTE EDU SULLE ATTENUANTI GENERICHE

**Corte Edu - Sezione Prima -
Sentenza 6 febbraio 2020 -
Ricorso n. 44221/14, Felloni contro Italia**

di Carmelo Minnella

La Corte di Strasburgo ha ritenuto, all'unanimità, la violazione dell'articolo 6 § 1 della Cedu (diritto a un processo equo), e la non violazione dell'articolo 7 (*nullum crimen sine lege*).

La vicenda all'esame dei giudici di Strasburgo

Nel caso di specie, al ricorrente, condannato per guida in stato di ebbrezza, non gli erano state concesse le circostanze attenuanti generiche in conformità con la legge in vigore al momento dei fatti e, solo successivamente, modificata dalla legge n. 125 del 2008.

Le motivazioni in breve

La Corte europea «ritiene che il ricorrente non abbia beneficiato di un procedimento che gli garantisca un esame effettivo delle sue argomentazioni o

una risposta che gli permettesse di comprendere le ragioni del loro rigetto. Ne consegue che la Corte di cassazione è venuta meno al suo obbligo di motivare le sue decisioni relative dell'articolo 6 § 1 della Convenzione» (§ 31). Ciò in quanto, costituendo motivo essenziale di ricorso, sollevato per la prima volta proprio in Cassazione, avrebbe imposto una risposta esplicita e specifica (che invece la Suprema corte, ritenuta *quaestio facti*, lo ha dichiarato inammissibile).

Non vi è stata invece violazione dell'articolo 7 Cedu in quanto la Corte d'appello aveva motivato congruamente l'esclusione delle richieste attenuanti sulla base della disciplina vigente al momento della commissione del fatto.



Per saperne di più

www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

a cura di
Andrea Alberto Moramarco

Rassegna delle massime dei giudici di merito

REATO

Evasione - Evasione dagli arresti domiciliari - Reato proprio a forma libera - Bene giuridico protetto - Offesa con qualsiasi modalità esecutiva - Fattispecie. (Cp, articolo 385)

Tribunale di Campobasso, sezione penale, sentenza 13 giugno-4 luglio 2019 n. 337 - Giudice Candigliota

IL PRINCIPIO

Il delitto di evasione, nella specie dagli arresti domiciliari, previsto dall'articolo 385 del codice penale, costituisce un reato proprio a forma libera, nel senso che il bene giuridico protetto, cioè l'esigenza dell'amministrazione della giustizia di assicurare il costante rispetto dei provvedimenti giudiziari limitativi della libertà personale, realizzati con gli strumenti della custodia inframuraria, può essere offeso con qualsiasi modalità esecutiva. Pertanto, integra la

condotta delittuosa qualsiasi allontanamento arbitrario e non giustificato dalla sede detentiva domiciliare, ovvero il mancato rientro alla medesima; mentre sotto il profilo soggettivo è sufficiente il dolo generico, consistente nella consapevolezza di fruire di una libertà di movimento spazio-temporale preclusa dalla corretta esecuzione della misura cautelare infradomiciliare.

LA NOTA

Il Tribunale nel dichiarare l'imputato colpevole del reato ascrittogli ha sottolineato, inoltre, l'irrelevanza, ai fini del perfezionamento del reato, sia della durata maggiore o minore del tempo in cui il soggetto si sottrae alla misura domestica, sia della distanza maggiore o minore dalla abitazione eletta a sede esecutiva della misura, dalla quale si accerti essersi allontanato il soggetto, essendo sufficiente per la configurazione del reato anche l'essere scoperto a pochi metri di distanza

dal luogo in cui si svolge la detenzione domestica. Nel caso di specie, l'imputato senza alcuna giustificazione o autorizzazione si era allontanato dalla sua abitazione, luogo indicato nel provvedimento di restrizione, per recarsi presso la sua campagna dove veniva colto mentre era intento a lavorare. Tale condotta per il giudice si riconduce perfettamente alla fattispecie incriminatrice di cui all'articolo 385 del codice penale sia sotto il profilo oggettivo che sotto il profilo soggettivo.

PROCESSO PENALE

Deposizione della persona offesa - Differenza rispetto alla deposizione del semplice testimone - Valutazione delle dichiarazioni rese - Attendibilità - Fattispecie. (Cp, articolo 194; Cp, articolo 582)

La deposizione resa dalla persona offesa si differenzia da quella del semplice testimone che è una persona estranea agli interessi in gioco nel processo e che si limita a rendere una deposizione sui fatti a cui ha assistito personalmente. La persona offesa è, invece, in posizione di antagonismo rispetto all'imputato per la semplice istanza di ottenere giustizia con la condanna di quest'ultimo oppure perché è portatrice di

un interesse privato all'esito del processo qualora si sia costituito parte civile. Pertanto, con riferimento al valore probatorio delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, il giudice deve svolgere un esame più attento e rigoroso dell'attendibilità intrinseca della deposizione, valutando anche gli altri elementi probatori e verificando se gli stessi confortino o meno la dedotta deposizione. Nel caso di specie, relativo a un caso di lesione personale, il Tribunale ha ritenuto attendibile la dichiarazione della persona offesa, poiché chiara e lineare, oltre che collimante con quella resa da altro testimone e corroborata dal verbale di Pronto soccorso.

¶ **Tribunale di Vicenza, sezione penale, sentenza 29 maggio-12 luglio 2019 n. 681 - Giudice Carli**

REATI CONTRO IL PATRIMONIO**Delitto di truffa - Delitto di insolvenza fraudolenta - Elementi distintivi - Fattispecie. (Cp, articoli 640 e 641)**

In tema di reati contro il patrimonio, il delitto di truffa si distingue da quello di insolvenza fraudolenta in quanto nel primo caso la frode è attuata attraverso la simulazione di circostanze e condizioni non vere, artificiosamente create per indurre taluno in errore, mentre nella seconda fattispecie la frode è attuata mediante la dissimulazione del reale stato di insolvenza dell'agente. Stante questa distinzione, nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto di dover riqualificare, ex articolo 641 del Cp, il fatto contestato, ex articolo 640 del Cp, in relazione all'acquisto di un'azienda da parte di soggetti che avevano dissimulato il loro stato di insolvenza in maniera reiterata e pagato con assegni post-datati. Ciò che rileva è, infatti, solo la dissimulazione dello stato di insolvenza, essendo la modalità di pagamento utilizzata priva di carattere fraudolento.

¶ Tribunale di cassino, sezione penale, sentenza 24 giugno-22 agosto 2019 n. 988 - Giudice Gioia

REATI CONTRO LA FAMIGLIA**Obblighi di assistenza familiare - Violazione - Irrilevanza dell'intervento di terzi - Fattispecie. (Cp, articolo 570, comma 2)**

In tema di violazione degli obblighi alimentari nei confronti del figlio minore, è irrilevante ai fini della configurabilità del delitto ex articolo 570, comma 2, del Cp la circostanza che alla somministrazione dei mezzi di sussistenza abbia provveduto il genitore coobbligato, in quanto l'obbligo di fornire i mezzi di sussistenza al figlio minore ricorre anche quando vi provveda in tutto o in parte l'altro genitore con i proventi del proprio lavoro o con l'intervento di altri. Tale sostituzione, infatti, non elimina lo stato di bisogno del minore. Nel caso di specie, la Corte d'appello ha confermato la condanna nei confronti di un uomo che per un tempo prolungato si era sottratto all'obbligo di fornire alla figlia mezzi economici sufficienti a fronteggiare le minimali esigenze di vita, a nulla rilevando che a ciò avesse provveduto la madre della minore.

¶ Corte d'appello di Ancona, sezione penale, sentenza 11 giugno-27 agosto 2019 n. 926 - Presidente e relatore Trerè

REATI CONTRO LA PERSONA**Atti persecutori - Reato abituale - Caratteristiche - Elemento soggettivo - Fattispecie. (Cp, articolo 612-bis)**

Il delitto di atti persecutori, ex articolo 612-bis del Cp, rientra tra i reati abituali richiedendo per la sua configurabilità la reiterazione delle condotte poste in essere dal soggetto attivo, le quali siano tali da produrre un

grave e perdurante stato di ansia o di paura o di un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona legata alla vittima da una relazione affettiva o un'alterazione, non voluta, delle proprie abitudini di vita. L'elemento soggettivo del reato è rappresentato dal dolo generico, dovendo necessariamente ricomprendere anche la rappresentazione dell'evento quale conseguenza della reiterata condotta posta in essere dal soggetto agente. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto colpevole di stalking l'imputato accusato di aver tenuto condotte minacciose nei confronti dei genitori, presentandosi sistematicamente a casa loro chiedendo del denaro, urlando, minacciandoli di far loro del male e di rendere loro la vita impossibile nel caso in cui non venisse accontentato, a volte passando alle vie di fatto afferrando il padre per il collo ovvero colpendo con violenza gli arredi.

¶ Tribunale di Vicenza, sezione penale, sentenza 17 giugno-12 luglio 2019 n. 792 - Giudice Cuzzi

Rissa - Presupposti per la configurabilità del reato - Attenuante della provocazione - Incompatibilità - Eccezione - Fattispecie. (Cp, articolo 588)

Ai fini della configurabilità del reato di rissa sono necessarie la partecipazione di almeno tre persone e l'individuazione, nella contesa, di più centri di aggressione reciprocamente confliggenti, ciascuno dei quali può essere composto anche da una sola persona. Nei confronti di tale reato è normalmente incompatibile l'attenuante della provocazione, a meno che non risulti che l'azione offensiva di uno dei due gruppi contendenti sia stata preceduta e determinata da una pretesa tracotante e illecita o da una gravissima offesa proveniente esclusivamente dall'altro gruppo. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto integrato il delitto di rissa in relazione a uno scontro violento avvenuto dinanzi a un bar tra tre persone, escludendo l'attenuante della provocazione in quanto nessuno degli imputati aveva reso dichiarazioni in merito ai motivi della scoppio della contesa.

¶ Tribunale di Cassino, sezione penale, sentenza 24 maggio-21 agosto 2019 n. 804 - Giudice Perna

REATO**Calunnia - Integrazione - Falsa denuncia di smarrimento assegni consegnanti in pagamento - Rilevanza della ragionevole prevedibile apertura di un procedimento penale - Fattispecie. (Cp, articoli 110 e 368)**

Integra il delitto di calunnia, previsto dall'articolo 368 del Cp, la falsa denuncia di smarrimento di assegni bancari presentata da un soggetto dopo averli consegnati ad altra persona in pagamento di un'obbligazione. In tale ipotesi, invero, pur non essendo formulata direttamente un'accusa concernente uno specifico reato, è sufficiente che i fatti falsamente rappresentati all'Autorità giudiziaria siano tali da rendere ragionevolmente prevedibile l'apertura di un procedimento penale, per un fatto procedibile d'ufficio, a carico di un sog-

getto determinato. Nel caso di specie, il Tribunale ha riconosciuto la responsabilità penale di due imputati che, con la falsa denuncia di smarrimento dell'assegno in pagamento di una partita di merce, avevano implicitamente accusato il prenditore di essersene illecitamente procurato il possesso.

¶ *Tribunale di Nola, sezione penale, sentenza 11 luglio 2019 n. 2061 - Giudice Muzzica*

SICUREZZA LAVORO

Infortuni - Lavoro - Responsabilità del datore - Esclusione - Comportamento abnorme - Comportamento esorbitante - Lavoratore - Fattispecie. (Cp, articolo 590, comma 3; Dlgs 81/2008, articolo 71, comma 1)

In tema di infortuni occorsi al lavoratore, il datore di lavoro è esente da responsabilità penale sia nel caso di comportamento abnorme del lavoratore, ossia in presenza condotte estranee alle mansioni affidate al lavoratore; sia nel caso di comportamento esorbitante del medesimo, ovvero in presenza di condotte che, pur rientrando nel segmento di lavoro del lavoratore e pur essendo strettamente connesse all'attività lavorativa, siano assolutamente imprevedibili. In tale ultimo caso, si tratta, più specificamente di un comportamento che fuoriesce dall'ambito di mansioni, ordini, disposizioni impartite dal datore di lavoro o da chi ne fa le veci, ma che resta pur sempre all'interno del contesto lavorativo. Nel caso di specie, il Tribunale ha escluso ogni responsabilità penale in capo al datore di lavoro per l'infortunio occorso a un suo dipendente addetto a una macchina per calzature il quale, pur essendo stato informato della rimozione del dispositivo di protezione della macchina, aveva continuato a operare sulla fresatrice.

¶ *Tribunale di Ferrara, sezione penale, sentenza 14 maggio-9 agosto 2019 n. 799 - Giudice Perri*

STUPEFACENTI

Stupefacenti - Dato ponderale - Superamento dei limiti tabellari - Assenza di una presunzione di destinazione della droga a uso non personale - Compito del giudice - Fattispecie. (Dpr 309/1990, articolo 73, comma 5)

In materia di stupefacenti, il solo dato ponderale della sostanza rinvenuta e l'eventuale superamento dei limiti tabellari indicati dall'articolo 73-bis, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990 non implicano alcuna presunzione di destinazione della droga a un uso non personale. Il giudice deve, infatti, valutare complessivamente, anche sulla base degli ulteriori parametri normativi, se, insieme al dato quantitativo, che acquisisce maggior valore al crescere del numero delle dosi ricavabili, le modalità di presentazione e le altre circostanze dell'azione siano tali da escludere una finalità meramente personale della detenzione. Nel caso di specie, considerate le circostanze di tempo e luogo in cui è stato effettuato il controllo, la quantità dello stupefacente rinvenuto e le modalità di detenzione della sostanza, il Tribunale ha ritenuto sussistente il reato ex articolo 73, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/1990 nei confronti di un ragazzo, tratto a giudizio per aver detenuto a fine di spaccio all'interno di una discoteca 9 grammi di marijuana confezionati in 4 bustine.

¶ *Tribunale di Ferrara, sezione penale, sentenza 12 giugno-22 agosto 2019 n. 992 - Giudice Caucci*

Guida al Diritto

Settimanale di documentazione giuridica

Direttore Responsabile Fabio Tamburini

Redazione Rosa Maria Attanasio (vicecaporedattore), Daniela Casciola (caposervizio), Carmine De Pascale (caposervizio), Simona Gatti (vicecaposervizio), Aldo Di Cagno, Francesco Machina Grifeo, Giampaolo Piagnerelli, Paola Rossi, Alessandro Vitiello.

Sede legale e Direzione Via Monte Rosa 91, 20149 Milano. Registrazione Tribunale di Avezzano n. 117 del 27 luglio 1994.

Redazione Piazza dell'Indipendenza 23 B/C, 00185 Roma, Tel. 06 30226307/30226400, Fax 06 30226606

Proprietario ed Editore Il Sole 24 ORE Spa

GRUPPO 24ORE

Presidente: Edoardo Garrone

Vicepresidente: Carlo Robiglio

Amministratore delegato: Giuseppe Cerbone

Il Sole 24 ORE Spa. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questo periodico può essere riprodotta con mezzi grafici e meccanici quali la fotocopione e la registrazione. Manoscritti e fotografie, su qualsiasi supporto veicolati, anche se non pubblicati, non si restituiscono.

Servizio Clienti Periodici Piazza dell'Indipendenza 23 B/C, 00185 Roma. Tel. 02/30.300.600, Fax 06 30225400 oppure 02 30225400

Abbonamento annuale (Italia) Guida al Diritto (rivista + supplementi + versione digitale): € 299,00 IVA inclusa; Guida al Diritto (sola versione digitale) € 199,00 IVA inclusa; per conoscere le altre tipologie di abbonamento ed eventuali offerte

promozionali, contatti il Servizio Clienti (Tel. 02/30.300.600; mail: servizioclienti.periodici@ilssole24ore.com). Gli abbonamenti possono essere sottoscritti con carta di credito telefonando al numero 02/30.300.600, oppure inviando la fotocopia della ricevuta del pagamento sul c.c.p. n. 31481203 via fax allo 02 oppure 06 30225406.

Pubblicità Il Sole 24 ORE S.p.A. System Direzione e amministrazione Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano - Tel. 02.3022.1 - Fax 02.3022.3214

email: segreteria@direzionedigitale@ilssole24ore.com

Stampa Il Sole 24 ORE Spa, Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700, 67061 Carsoli (AQ).

La versione digitale di Guida al Diritto www.guidaaldiritto.digitale.ilssole24ore.com

Per il sito internet

www.guidaaldiritto.ilssole24ore.com

ISSN 1590-0282

**SOLO
IN VERSIONE
DIGITALE**



CONDOMINIO E COVID-19

Guida alla gestione condominiale nello stato di emergenza

La Guida affronta le delicate ed urgenti questioni, sollevate dalla nuova normativa emergenziale, con le quali deve misurarsi l'amministratore quale organo preposto alla gestione condominiale: i rapporti con l'assemblea, la prosecuzione dell'amministrazione ordinaria e straordinaria, le relazioni in atto con i condomini, i terzi fornitori, i propri dipendenti e quelli del Condominio.

ONLINE DAL

2
APRILE

AL PREZZO DI

8,90* €
*Iva inclusa

SOLO ONLINE:

offerte.ilsol24ore.com/condominiocovid

Il Sole

24 ORE

GIURISPRUDENZA

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

IL TESTO DELLA SENTENZA

Associazioni di utenti legittimate a ricorrere per interessi collettivi non specificati dalla legge

Consiglio di Stato - Adunanza plenaria -

Sentenza 11 dicembre 2019-20 febbraio 2020 n. 6

» PAG 88

IL COMMENTO

Non va tradita la ratio del legislatore da “diktat” troppo restrittivi

di Giulia Laddaga

» PAG 95

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

IL MASSIMARIO

La rassegna delle massime dei giudici amministrativi

a cura di Giulia Laddaga

» PAG 98

IL TESTO DELLA SENTENZA

Consiglio di Stato - Adunanza plenaria - Sentenza 11 dicembre 2019-20 febbraio 2020 n. 6
Presidente Patroni Griffi;
Relatore Veltri; Codacons
contro Banca d'Italia e altri

Associazioni di utenti legittimate a ricorrere per interessi collettivi non specificati dalla legge

LA MASSIMA

Procedimento amministrativo - Enti esponenziali - Legittimazione attiva - Tassatività - Non sussistente. Gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legitti-

mati a esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso.

Fatto

Con ordinanza n. 7208 del 23 ottobre 2019, la Sezione VI, rilevato un contrasto sul punto tra le Sezioni e ritenuta ravvisabile una questione di particolare importanza, ha rimesso all'Adunanza Plenaria il seguente quesito: se alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento, fermo il generale divieto di cui all'art. 81 c.p.c., possa ancora sostenersi la sussistenza di una legittimazione generale degli enti esponenziali in ordine alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo, o se sia piuttosto necessaria, a tali fini, una legittimazione straordinaria conferita dal legislatore.

Oggetto del giudizio sul quale la Sezione rimettente è chiamata a decidere, e dal quale è scaturito il quesito, sono i provvedimenti emessi il giorno 21 novembre 2015 e approvati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze il successivo 22 novembre 2015, con i quali la Banca d'Italia ha disposto la risoluzione degli istituti di credito controinteressati appellati, a causa del ritenuto stato di dissesto in cui essi si trovavano, ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. 180/2015; nonché i successivi provvedimenti con i quali ha poi disposto: a) la riduzione integrale del valore delle riserve e delle azioni; b) l'azzeramento del valore nominale degli «elementi di classe 2 computabili nei fondi propri», ovvero in sintesi di parte delle obbligazioni subordinate; c) la cessione dei crediti in sofferenza ad un'unica apposita società veicolo, la permanenza delle residue obbligazioni subordinate nel patrimonio dell'istituto originario in liquidazione e la cessione

delle relative aziende, così risanate dalle passività, a distinti enti-ponte, incaricati di cederle successivamente sul mercato; d) il finanziamento, infine, delle necessarie ricapitalizzazioni con l'intervento del Fondo di risoluzione, un fondo di scopo istituito con l'art. 78 del d.lgs. 180/2015 e alimentato con i contributi obbligatori dall'articolo stesso previsti a carico delle banche operanti in Italia.

Ad impugnare i citati provvedimenti sono un gruppo di singoli risparmiatori già titolari di azioni, ovvero di obbligazioni anche subordinate emesse dagli istituti di credito in questione, titoli il cui valore è stato azzerato dalle operazioni appena descritte. Tra i ricorrenti v'è anche Codacons, associazione iscritta nello speciale elenco delle associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale di cui all'art. 137 del Codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005 n.206, la quale ha come fine statutario quello di proteggere, anche attraverso azioni in giudizio, i diritti e gli interessi dei consumatori e dei risparmiatori.

In primo grado il TAR Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso per quanto riguarda la posizione dell'associazione Codacons, ritenendola non legittimata a proporlo; lo ha invece respinto nel merito quanto alla posizione dei singoli risparmiatori, ritenendo in sintesi che l'operazione fosse stata legittimamente attuata.

Sia l'associazione sia i singoli risparmiatori hanno impugnato la citata sentenza, deducendo a supporto del gravame una serie di motivi, volti anzitutto, per quanto qui rileva, a contestare il capo della sentenza

che ha dichiarato il difetto di legittimazione in capo all'associazione stessa.

La Sezione rimettente, nell'esprimere i propri dubbi, si è confrontata con la tesi posta a base della citata pronuncia di inammissibilità, rinvenendone il caposaldo nella sentenza, sempre della Sezione VI, del 21 luglio 2016 n. 3303.

In quella decisione è sostenuto che nell'attuale ordinamento non sarebbe più in vigore la regola di origine giurisprudenziale del cd. doppio binario, secondo la quale gli enti collettivi, e in primo luogo le associazioni, ove presentino determinati requisiti, sono legittimate di per sé, ovvero a prescindere e in aggiunta rispetto a quanto previsto da specifiche disposizioni di legge, ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti che ritengano lesivi degli interessi diffusi della collettività della quale si configurano come ente esponenziale. Tale regola sarebbe stata sostituita da un principio di tassatività, per cui la legittimazione degli enti esponenziali è eccezionale e sussiste nei soli casi espressamente previsti dalla legge, fra i quali non rientrerebbe quello in esame.

Il Collegio rimettente, viceversa, ritiene tuttora sostenibile l'orientamento tradizionale secondo il quale la legittimazione a proporre ricorso, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, sussiste in capo a tutte le associazioni, anche se sprovviste di legittimazione espressa in via legislativa, che rispondano a determinati criteri, costituiti dall'effettivo e non occasionale impegno a favore della tutela di determinati interessi diffusi o superindividuali, dall'esistenza di una previsione statutaria che qualifichi detta protezione come compito istituzionale dell'associazione, e dalla rispondenza del paventato pregiudizio agli interessi giuridici protetti posti al centro principale dell'attività dell'associazione. Osserva il Collegio rimettente che *«tale indirizzo appare più consono ai valori espressi dalla Carta costituzionale, anzitutto in termini generici perché nel momento in cui, con l'art. 18, si riconosce la libertà di associazione, fra due possibili interpretazioni di una norma è preferibile quella che amplia, e non quella che restringe, le possibilità di azione dell'associazione stessa. Si osserva ancora che, ragionando nei termini opposti, propri dell'indirizzo restrittivo di cui si è detto, si rischierebbe, in ultima analisi, di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario la tutela in giudizio di interessi di notevole peso e valore sociale, con evidente limitazione dell'effettività della tutela garantita dall'art. 24 Cost. Gli interessi coinvolti, infatti, riguardano settori come l'ambiente, la salute, ovvero, come in questo caso, la stabilità dei mercati finanziari, che i singoli potrebbero proteggere solo agendo in forma associata, con una modalità che del resto è pienamente consona allo spirito dell'art. 2 Cost, che riconosce e garantisce le "formazioni sociali" come luogo in cui la personalità dei singoli va a manifestarsi»*.

Incardinatosi il giudizio dinanzi a questa Adunanza Plenaria, le parti hanno depositato memorie, illustrando e approfondendo il tema. Ne hanno altresì discusso all'udienza dell'11 dicembre 2019.

All'esito la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto

1. Giunge all'esame dell'Adunanza Plenaria la seguente generale questione: se alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento, fermo il generale divieto di cui all'art. 81 c.p.c., possa ancora sostenersi la sussistenza di una legittimazione generale degli enti esponenziali in ordine alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo, o se sia invece necessaria, a tali fini, una legittimazione straordinaria conferita dal legislatore.

1.1. Essa, come accennato nell'esposizione in fatto, insorge nell'ambito di una controversia che concerne i provvedimenti con i quali la Banca d'Italia ha disposto la risoluzione degli istituti di credito a causa del ritenuto stato di dissesto in cui essi si trovavano, ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. 180/2015, e adottato i provvedimenti consequenziali. Il contenzioso si riferisce dunque al settore bancario e l'interesse azionato riguarda l'ambito della tutela dei consumatori.

1.2. L'associazione dei ricorrenti (Codacons) risulta bensì iscritta nello speciale elenco delle associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale di cui all'art. 137 del Codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, ma la questione della sua legittimazione si pone in quanto il predetto codice non prevede espressamente che le associazioni in questione siano abilitate ad esperire azione di annullamento dinanzi al giudice amministrativo. In altri termini, argomentando dalla mancata espressa previsione, nell'ambito del codice del consumo, dell'azione di annullamento di provvedimenti amministrativi, e postulata la tassatività delle azioni esperibili dalle associazioni a tutela dei consumatori, tutte di pertinenza della giurisdizione ordinaria, si giunge a dubitare che le associazioni siano provviste di legittimazione generale in ordine alla tutela di interessi collettivi.

La questione - per come posta - può essere a ben vedere riguardata sotto il profilo della legittimazione, o della tipologia delle azioni esperibili: infatti, dal dato positivo della mancata previsione di un'azione (di annullamento in sede giurisdizionale amministrativa) si inferisce, in tesi, un'assenza di legittimazione, per così dire, *in parte qua*, ovvero, secondo il diverso angolo di visuale segnalato, e in positivo, una legittimazione limitata a proporre solo le azioni espressamente previste.

1.3. Tale ultima impostazione già di per sé suscita perplessità, in quanto la configurazione di una legittimazione selettivamente limitata quanto al diritto di azione appare come una situazione soggettiva monca, perché privata dell'ordinario diritto, di derivazione costituzionale, normalmente connesso alla titolarità di una situazione soggettiva.

2. Anche a non voler tener conto della considerazione appena fatta, peraltro, la questione della legittimazione all'impugnazione in sede giurisdizionale amministrativa va riportata nell'ambito generale della questione della legittimazione ad agire nel giudizio amministrativo delle associazioni a tutela degli interessi collettivi, qualunque sia il settore in cui abbia operato la pubblica amministrazione.

2.1. Com'è noto, la protezione degli interessi "diffu-

si", ossia adespolti, non consentita in via teorica a causa della mancata sussistenza del requisito della differenziazione che tradizionalmente qualifica la posizione giuridica di interesse legittimo, è stata sin dagli anni '70 assicurata attraverso il riconoscimento dell'esistenza di un interesse legittimo di natura collettiva imputabile ad un ente che, in forza del possesso di alcuni requisiti giurisprudenzialmente individuati (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, stabilità e non occasionalità, in taluni casi collegamento con il territorio) diviene idoneo ad assumerne la titolarità (Cons. Stato, V, 9.3.1973, n. 253; Cass., S.U., 8.5.1978, n. 2207; Cons. Stato, A.P., 19.11.1979, n. 24).

2.2. Il riconoscimento legislativo degli interessi collettivi in materia ambientale e la conseguente legittimazione riconosciuta alle associazioni dall'articolo 18, comma 5, della legge n. 349 del 1986 (comma sopravvissuto all'abrogazione disposta dall'art. 318 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) - norma che consente alle associazioni ambientaliste individuate in base all'art. 13 (ossia quelle ricomprese in un elenco approvato con decreto del Ministro dell'Ambiente) di «*intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi*» - ha poi generato un dibattito circa l'esclusività di tale legittimazione.

2.3. In relazione a tale aspetto, è ben noto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 13 della legge 349/86 non determina un rigido automatismo, potendo il giudice, all'esito di una verifica della concreta rappresentatività, ammettere all'esercizio dell'azione anche associazioni non iscritte, secondo il criterio del cd "doppio binario" che distingue tra la legittimazione *ex lege* delle associazioni di protezione ambientale di livello nazionale riconosciute (che non necessita di verifica) e la legittimazione delle altre associazioni (tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760; sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554). Quest'ultima deve essere accertata in ciascuno dei casi concreti con riguardo alla sussistenza di tre presupposti: gli organismi devono perseguire statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, devono possedere un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e devono avere un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso (*ex plurimis*, Cons. Stato., IV, 16/2/2010, n. 885).

3. L'esperienza e l'evoluzione ordinamentale hanno nel tempo mostrato l'esistenza di una serie di fattispecie di rilievo superindividuale che, sebbene nel dibattito siano state descritte come di interesse collettivo, assumono valenza specifica o addirittura si ascrivono ad altri ed eterogenei fenomeni quali quello degli interessi isomorfi, fortemente avvertito soprattutto nell'ambito della tutela civilistica dei consumatori. La varietà delle fattispecie ha impegnato la giurisprudenza in una considerevole attività di selezione e di differenziazione che non ha tuttavia alterato i profili fondamentali della questione relativa alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo.

4. Il fondamento teorico della cd. collettivizzazione

dell'interesse diffuso a mezzo della sua entificazione risiede, come già accennato, nella individuazione di interessi che sono riferibili ad una collettività o a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell'ambiente, consumatori, utenti, etc.) o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell'utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell'interesse correlato, i singoli possono trarre (sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, cit.).

4.1. È evidente da questa definizione, che il *discrimen* più complesso da stabilire sia, non quello sul versante dell'interesse legittimo individuale (caratterizzato dall'esclusività del godimento o dell'utilità riconoscibile in capo ai singoli) ma, piuttosto, sul diverso e più generale versante dell'interesse pubblico vero e proprio, la cui cura è rimessa, secondo la tradizionale impostazione, unicamente all'amministrazione sulla base del principio di legalità.

La circostanza che la cura dell'interesse pubblico generale (ad es. all'ambiente) sia rimessa all'amministrazione non toglie, tuttavia, che essa sia soggettivamente riferibile, sia pur indistintamente, a formazioni sociali, e che queste ultime, nella loro dimensione associata, rappresentino gli effettivi e finali fruitori del bene comune della cui cura trattasi. Le situazioni sono infatti diverse ed eterogenee: l'amministrazione ha il dovere di curare l'interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività e sulle categorie (potestà); le associazioni rappresentative delle collettività o delle categorie invece incarnano l'interesse sostanziale, ne sono fruitrici, e dunque la situazione giuridica della quale sono titolari è quella propria dell'interesse legittimo, *id est*, quella pertinente alla sfera soggettiva dell'associazione, correlata a un potere pubblico, che, sul versante processuale, si pone in senso strumentale ad ottenere tutela in ordine a beni della vita, toccati dal potere riconosciuto all'amministrazione.

4.2. Del resto, che possano esservi situazioni soggettive di natura diffusa e collettiva è confermato dal legislatore, il quale, all'art. 2 del codice del consumo, espressamente prevede che «*sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa*»; o ancora, dallo Statuto delle imprese (l. 11 novembre 2011, n. 180) che all'art. 4, co. 2, riconosce alle associazioni di categoria maggiormente rappresentative ai diversi livelli territoriali la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi «*lesivi di interessi diffusi*»; finanche, e soprattutto, dalla legge generale sul procedimento amministrativo, la quale, all'art. 9 prevede che «*qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*».

5. Tale ricostruzione è stata da ultimo sottoposta a

critica con dovizia di argomenti dalla Sezione VI, con sentenza del 21 luglio 2016 n.3303, la quale dubita, in radice, della tenuta attuale della tradizionale impostazione basata sulla collettivizzazione dell'interesse diffuso a mezzo dell'associazionismo spontaneo.

5.1. Il primo argomento, di carattere sistematico, utilizzato, è teso a mettere in dubbio la persistente validità e attualità dell'elaborazione giurisprudenziale attraverso la quale si è ammessa la tutela degli interessi legittimi collettivi dinanzi al giudice amministrativo, a prescindere da una specifica previsione di legge (tesi del doppio binario). Secondo tale impostazione, *«in una prima fase, a fronte di un ordinamento ancora non adeguato alle emergenti istanze di tutela degli interessi meta-individuali, il ruolo degli enti esponenziali è stato... determinante e meritorio, perché ha consentito a questi interessi di assumere una dimensione giuridica e di avere un centro soggettivo di riferimento. Successivamente, tuttavia, nel corso del tempo l'esigenza di supplire alla carenza di un sistema istituzionale di tutela si è via via attenuata, perché il legislatore ha progressivamente preso atto dei cambiamenti in corso e ha iniziato a prevedere - introducendole per legge - forme e modalità specifiche di tutela. Si è avuta così la progressiva istituzionalizzazione di quella tutela che prima, pretoriamente, era affidata, o lasciata, all'iniziativa dei gruppi e delle associazioni private»*.

Sempre più spesso, quindi, la legittimazione ad agire degli enti esponenziali trova espresso riconoscimento in una puntuale disciplina normativa, che si preoccupa però anche di stabilire chi può agire e, soprattutto, il tipo di azione che può essere esercitata. Si riscontra, in sostanza, l'affermazione di una nuova e più matura "tassatività" delle azioni esperibili (sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo) nei predetti ambiti».

5.2. Come può evincersi dalla parte finale del riportato brano della sentenza, la tesi sostenuta fonde, in un'unica considerazione, legittimazione ad agire e tipologia delle azioni esperibili, per limitarne il riconoscimento in capo ai soggetti, e limitatamente agli oggetti, specificamente previsti per legge.

L'Adunanza plenaria non condivide una siffatta lettura interpretativa della descritta evoluzione e ritiene che il percorso compiuto dal legislatore sia stato piuttosto contraddistinto dalla consapevolezza dell'esistenza di un diritto vivente che, secondo una linea di progressivo innalzamento della tutela, ha dato protezione giuridica ad interessi sostanziali diffusi (ossia condivisi e non esclusivi) riconoscendone il rilievo per il tramite di un ente esponenziale che ne assume statutariamente e non occasionalmente la rappresentanza. In altri termini, secondo questa Adunanza plenaria, l'evoluzione del dato normativo positivo non può certamente essere letto in una chiave che si risolva nella diminuzione della tutela.

5.2.1. Tralasciando per il momento la materia consumeristica, il legislatore è infatti intervenuto dopo oltre un decennio dall'emersione giurisprudenziale degli interessi collettivi a mezzo dell'articolo 18, comma 5, della legge n. 349 del 1986 (comma sopravvissuto all'abrogazione disposta dall'art. 318 del d.lgs. 3 aprile

2006, n. 152), istitutiva del Ministero dell'Ambiente, consentendo alle associazioni ambientaliste individuate in base all'art. 13 di *«intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi»*, e così dando veste positiva ad un fenomeno che, come si è detto, scinde la titolarità della funzione di cura dell'ambiente imputata al neo costituito Ministero dell'Ambiente dalla titolarità dell'interesse sostanziale collettivo, invece riconosciuto alle associazioni, quali organismi rappresentativi dei fruitori ultimi.

A questa ipotesi, speciale *ratione materiae*, si aggiunge la previsione generale di cui all'art. 4, co. 2, l. 11 novembre 2011, n. 180, che riconosce alle associazioni di imprenditori maggiormente rappresentative ai diversi livelli territoriali la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi lesivi di interessi diffusi.

5.2.2. Questi interventi normativi non devono essere letti nel senso di previsioni che scindono, in via straordinaria, la legittimazione, dalla lesione di una situazione giuridica, ma quale emersione positiva dell'esigenza di protezione giuridica di interessi diffusi, secondo lo schema già delineato in via generale dalla giurisprudenza, e in linea con il ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, oltre che con la più attenta ed evoluta impostazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

5.2.3. Ma ciò che forse è ancora più significativo è il silenzio del legislatore sul generale tema della tutela degli interessi collettivi, che testimonia più di ogni altro elemento, soprattutto in epoca di iperproduzione legislativa come quella attuale, la stabilità e la profonda condivisione di un orientamento che da ormai un cinquantennio caratterizza l'approccio giurisprudenziale, e che è del tutto incompatibile con l'affermazione di un opposto principio di tipizzazione *ex lege*, soggettiva o oggettiva, della legittimazione a ricorrere o delle azioni esperibili, in controtendenza con l'orientamento "storico" della giurisdizione amministrativa di selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, e perciò necessariamente tutelabili, nel confronto dinamico con il potere pubblico.

6. Il secondo argomento critico, utilizzato al fine di trarre indizi in relazione al preteso affermarsi di un principio di necessaria tipizzazione della legittimazione straordinaria delle associazioni, è ricavato da una norma processuale impeditiva, sostanziantesi nel generale divieto di sostituzione processuale sancito dall'art. 81 del Codice di procedura civile: a mente del quale *«fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui»*.

«È ben vero» - secondo l'impostazione in commento - *«che uno dei risultati raggiunti attraverso la sopra richiamata teoria dell'interesse collettivo è stato quello di trasformare l'interesse diffuso dei singoli in interesse collettivo proprio dell'ente esponenziale; è altrettanto vero, tuttavia, che tale trasformazione sia stato il frutto di una fictio iuris, che non altera il connotato sostanziale del rapporto sottostante e non riesce, quindi, a superare il dato ontologico rappresentato dalla oggettiva alterità esi-*

stente tra la effettiva titolarità dell'interesse (il singolo) e il soggetto che lo fa valere (l'ente). Tale *fictionis iuris*, pertanto, non può tradursi in una non consentita forma di legittimazione processuale straordinaria e generalizzata, priva di base legislativa (in contrasto con la regola sancita dall'art. 81 c.p.c.); giacché ogni affermazione di legittimazione ad agire, per avere fondamento, deve trovare in ogni singolo caso una base normativa positiva».

Su tale argomento occorre soffermarsi.

6.1. L'interesse diffuso del quale si sta discorrendo è un interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse di "tutti" in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri.

Ciò chiarito, l'interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, non assurge ad una situazione sostanziale "personale" suscettibile di tutela giurisdizionale (non è cioè protetto da un diritto o un interesse legittimo) posto che l'ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale.

6.2. È solo proiettato nella dimensione collettiva che l'interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell'interesse legittimo, sicché - per tornare alla critica mossa dall'orientamento giurisprudenziale citato, incentrata sull'asserita violazione dell'art. 81 cpc - seppur è lecito opinare circa l'esistenza o meno, allo stato dell'attuale evoluzione sociale e ordinamentale, di un interesse legittimo collettivo, deve invece recisamente escludersi che le associazioni, nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale, azionino un "diritto" di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarna. Non in forza di una *fictionis* ma di un giudizio di individuazione e selezione degli interessi da proteggere, nonché della rigorosa verifica della rappresentatività del soggetto collettivo che ne promuove la tutela.

Sin qui la ricostruzione della tutela dell'interesse diffuso, da ritenersi ancora pienamente attuale.

7. La concreta questione portata all'attenzione dell'Adunanza, riguarda, tuttavia, un caso concernente la tutela consumeristica che richiede ulteriori approfondimenti in considerazione della sussistenza di peculiari norme di settore.

Tali norme di settore, secondo la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, 21 luglio 2016 n. 3303, più volte citata quale caposaldo dell'orientamento contrario a quello prevalente, escluderebbero l'esperimento dell'azione di annullamento.

L'art. 32-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza) prevede testualmente

che: «Le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto decreto legislativo».

Dallo specifico riferimento alle «forme previste dagli articoli 139 e 140» deriverebbe - secondo la ricostruzione giurisprudenziale citata - che le uniche azioni possibili sono quelle proponibili dinanzi al giudice ordinario, tese a: «a) inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate» (così l'art. 140 cit.).

Dunque mancherebbe, nell'attuale ordinamento, nella materia *de qua*, una norma che abiliti le associazioni ad agire dinanzi al giudice amministrativo a mezzo dell'azione di annullamento.

7.1. Ritiene questa Adunanza plenaria che nemmeno questo argomento, specificatamente riferito alla tutela consumeristica, sia in grado di incidere sull'attualità e validità della lunga elaborazione giurisprudenziale assolutamente prevalente, e in effetti consolidata. Ciò, non solo per le generali e dirimenti considerazioni di cui al § 1.2. ma anche per quanto ci si appresta ad argomentare.

7.2. Le disposizioni citate, a ben vedere, riguardano il diritto civile e il relativo processo. La circostanza che il legislatore sia intervenuto espressamente a disciplinare, in ambito processual-civilistico, un caso di legittimazione straordinaria per la tutela di interessi collettivi non può certamente leggersi come l'epilogo di un generale percorso di delimitazione soggettiva della legittimazione degli enti associativi e di tipizzazione delle azioni esperibili in ogni e qualsiasi altro ambito processuale, come, nello specifico, quello amministrativo. Piuttosto essa rappresenta il definitivo riconoscimento della rilevanza giuridica degli interessi nella loro dimensione collettiva, persino in un ambito, quello civilistico, in cui non viene in rilievo l'esercizio di un potere suscettibile di concretizzarsi in atti autoritativi generali lesivi, impugnabili a mezzo dell'azione demolitoria secondo la traiettoria già tracciata dalla giurisprudenza amministrativa, ma in cui piuttosto assumono importanza anche i temi della disparità di forza contrattuale, dell'asimmetria informativa, dell'abuso di posizione dominante. Temi, questi ultimi, connotati da una dimensione eccedente la sfera giuridica del singolo e da situazioni giuridiche omogenee e seriali di una vasta platea di consumatori, espressamente qualificate come "diritti fondamentali" dalla legge, anche nella loro dimensione collettiva (art. 2 codice dei consumatori).

Questo processo di espansione delle posizioni giu-

ridiche verso una dimensione collettiva in ambito civilistico consente di spostare avanti la soglia di tutela, affrancandola dal vincolo contrattuale individuale, e di conferire alla stessa una caratteristica inibitoria idonea a paralizzare, ad un livello generale, gli atti e i comportamenti del soggetto privato “forte” suscettibili di ripercuotersi pregiudizievolemente sui diritti collettivi fondamentali dei consumatori.

Interessando posizioni giuridiche paritarie, seppur asimmetriche, è chiaro che tale processo non avrebbe potuto inverarsi senza l'emersione positiva di situazioni giuridiche collettive e la tipizzazione delle azioni giuridiche esperibili da parte di un soggetto – quello a base associativa e con funzioni rappresentative, come anche il Codanco incluso nell'elenco citato – che non sia parte dei rapporti giuridici instaurandi e instauratisi tra il soggetto “forte” e i singoli consumatori.

7.3. Non è così nei rapporti di diritto pubblico, in cui le posizioni non sono connesse a negozi giuridici, e trovano piuttosto genesi nell'esercizio non corretto del potere amministrativo, tutte le volte che esso impatti su interessi sostanziali (cd. “beni della vita”) meritevoli di protezione secondo l'apprezzamento che ne fa il giudice amministrativo sulla base dell'ordinamento positivo.

La cura dell'interesse pubblico, cui l'attribuzione del potere è strumentale, non solo caratterizza, qualifica e giustifica, nel diritto amministrativo, la dimensione unilaterale e autoritativa del potere rispetto agli atti e ai comportamenti dell'imprenditore o del professionista -nel diritto civile invece subordinati al principio consensualistico - ma vale anche a dare rilievo, a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi, a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo e attingono invece a beni della vita a fruizione collettiva della cui tutela un'associazione si faccia promotrice sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività, del collegamento territoriale e della non occasionalità.

8. In conclusione, la tenuta del diritto vivente sulla tutela degli interessi diffusi non è messa in dubbio nemmeno dagli articoli 139 e 140 del codice del consumo (oggi trasposti nel nuovo titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile, in materia di azione di classe dalla L. 12/04/2019, n. 31), che riguardano altro ambito processuale, e che di certo non possono essere letti nell'ottica di un ridimensionamento della tutela degli interessi collettivi nel giudizio amministrativo, nei termini sin qui chiariti dalla giurisprudenza amministrativa.

Deve quindi ritenersi che un'associazione di utenti o consumatori, iscritta nello speciale elenco previsto dal codice del consumo oppure che sia munita dei requisiti individuati dalla giurisprudenza per riconoscere la legittimazione delle associazioni non iscritte, sia abilitata a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità.

La legittimazione, in altri termini, si ricava o dal riconoscimento del legislatore quale deriva dall'iscrizione negli speciali elenchi o dal possesso dei requisiti a tal fine individuati dalla giurisprudenza. Una volta

“legittimata”, l'associazione è abilitata a esperire tutte le azioni eventualmente indicate nel disposto legislativo e comunque l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità.

9. Alla luce di quanto sino ad ora argomentato può pertanto formularsi il seguente principio di diritto, in relazione al quesito prospettato:

«Gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso».

10. Tanto chiarito in relazione al generale tema della tutela degli interessi diffusi e all'astratta ammissibilità dell'azione di annullamento introdotta dalle associazioni esponenziali, ritiene l'Adunanza di dover dare alla Sezione remittente ulteriori indicazioni utili a dirimere il caso di specie, in cui, quale nota peculiare, sembra esservi la compresenza di interessi individuali e collettivi.

Si è sin qui chiarito che, fermi i presupposti individuati nel tempo dalla giurisprudenza, nessun dubbio debba porsi in ordine alla legittimazione delle associazioni, quando siano presenti, nella situazione giuridica azionata, tutti i tratti salienti dell'interesse collettivo. In altri termini, la legittimazione, per sussistere, deve riferirsi a un interesse originariamente diffuso, e quindi adespota, che, attenendo a beni a fruizione collettiva, si “personalizza” in capo a un ente esponenziale, munito di dati caratteri, ponendosi per tale via come interesse legittimo proprio dell'ente (la qual cosa esclude la pertinenza del richiamo, per negare la legittimazione, alla sostituzione processuale di cui all'articolo 81, c.p.c.).

10.1. La situazione in esame è tuttavia peculiare poiché gli atti impugnati hanno verosimilmente provocato la lesioni di plurimi interessi legittimi individuali, e prova ne è che fra i ricorrenti vi sono anche numerosi risparmiatori.

Occorre dunque chiedersi se sia ravvisabile, a latere dell'interesse plurisoggettivo dei singoli risparmiatori (*id est* una sequenza di interessi legittimi di identico contenuto), anche un più ampio interesse collettivo proprio dell'associazione nei termini sino ad ora indicati, ossia una posizione giuridica derivante dalla diffusione nella comunità di meri interessi omogenei non individualmente protetti. Ovvero occorre, detto altrimenti, chiedersi se la sussistenza di interessi individualmente protetti, e quindi azionabili dagli interessati *uti singuli*, escluda di per sé la possibilità di una “personalizzazione” in capo all'ente di un interesse diffuso e la sua conseguente azionabilità quale interesse proprio di natura collettiva.

10.2. Il tema si pone in relazione alle deduzioni - contenute anche negli scritti di parte - concernenti il profilo dell'omogeneità degli interessi tutelati rispetto alla generalità dei consumatori rappresentati, interessi

di cui l'ente esponenziale assume di farsi portatore, in modo da poter escludere qualsiasi contrasto "interno" tra i potenziali interessati.

In proposito questa Adunanza ritiene che quando vi sia compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili, sia necessario acclarare che l'ente non si sta affiancando alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se plurisoggettivo - il che potrebbe al più sorreggere una legittimazione al mero intervento - ma sta facendo valere un interesse proprio, di natura collettiva nei termini dianzi evidenziati, che può coesistere con più posizioni individuali.

Tale accertamento non può che essere condotto alla luce dei seguenti punti fermi:

- l'interesse collettivo del quale si è occupata la giurisprudenza, sin qui considerata, è una "derivazione" dell'interesse diffuso per sua natura adespota, non già una "superfetazione" o una "posizione parallela" di un interesse legittimo comunque ascrivibile anche in capo ai singoli componenti della collettività (sul punto, Consiglio di Stato, Sez V, 12 marzo 2019, n. 1640);

- esso può considerarsi sussistente ove riferito a beni materiali o immateriali a fruizione collettiva e non esclusiva, tenendo comunque presente, in linea generale, che è pur possibile che un provvedimento amministrativo incida al contempo su interessi sia collettivi che individuali, ma che l'associazione è legittimata ad agire solo quando l'interesse collettivo possa dirsi effettivamente sussistente secondo la valutazione che ne fa il giudice;

- la diversità ontologica dell'interesse collettivo (ove accertato secondo il criterio sin qui rappresentato), rispetto all'interesse legittimo individuale, porta ad escludere, in radice, la necessità di un'indagine in termini di omogeneità (oltre che degli interessi diffusi dal quale quello collettivo promana, anche) degli interessi legittimi individuali eventualmente lesi dall'esercizio del potere contestato. Nel senso che se l'interesse collettivo c'è, si tratta di un interesse dell'ente e quindi diventa non pertinente in radice porsi anche il tema dell'omogeneità degli interessi legittimi individuali dei singoli (in tal senso, chiaramente, Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451).

È ben noto al Collegio quanto affermato da questa Adunanza plenaria con la decisione n. 9/2015, a mente della quale «*È, inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2150)*».

L'affermazione deve però essere rettificata intesa, in coerenza con quanto si qui detto, in guisa da evitare che in casi come quello di specie (in cui accanto agli interessi diffusi, coagulatisi nella loro dimensione collettiva in capo all'associazione, convivono interessi le-

gittimi in senso proprio dei singoli) si finisca per porre a raffronto, in nome del requisito dell'omogeneità, gli interessi indistinti e diffusi nella comunità o categoria, con i plurimi interessi legittimi individuali, posto che, com'anzi detto, la tipologia e la natura degli interessi in questione restano ontologicamente distinti.

L'omogeneità dell'interesse diffuso nella comunità o categoria rappresentata è infatti requisito consuntivo dell'interesse collettivo tutelato, inteso quale aggregazione di interessi diffusi oggettivamente associanti secondo la valutazione che ne fa il giudicante; per converso, l'omogeneità non è requisito che debba riferirsi agli interessi legittimi individuali.

10.3. Trasferita sul piano pratico, l'affermazione può tradursi nel senso che non è affatto necessario che la tutela dell'interesse collettivo ridondi anche in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità o della categoria che, in relazione agli atti contestati, vantano un interesse individuale, concreto e qualificato.

Esemplificando, e con riferimento al caso di specie, se l'interesse collettivo incarnato dall'associazione è quello di tutelare i risparmiatori in presenza di vicende amministrative o normative che ne possano mettere in pericolo il relativo patrimonio, il requisito dell'omogeneità potrà escludersi solo se può ragionevolmente ipotizzarsi che nell'ambito della categoria rappresentata, vi possano essere risparmiatori presso i quali è diffuso un interesse opposto.

Sarebbe invece ultroneo verificare se, in concreto, tutti i singoli risparmiatori, nessuno escluso, siano stati effettivamente lesi nel patrimonio, o se piuttosto vi siano uno o più risparmiatori, controinteressati, che da quegli atti impugnati abbiano invece ritratto un vantaggio materiale, poiché così procedendo - se si aprisse cioè ad un'indagine circa la coerenza dell'interesse collettivo (oltre che rispetto all'interesse diffuso, anche) rispetto alle posizioni di interesse legittimo in ordine a "beni della vita" dei singoli - l'inevitabile risultato sarebbe quello di confondere i piani dell'interesse collettivo e della sua lesione con quello della lesione delle singole posizioni giuridiche di ciascuno dei componenti la comunità o la categoria.

11. Tanto chiarito, ritiene il Collegio che, nel caso in esame, sussistano i presupposti perché, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto di cui al precedente § 9, la causa sia rimessa alla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, la quale ne valuterà le concrete ricadute al fine di deciderla con la sentenza definitiva, con ogni conseguenza anche in ordine alle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando nella causa d'appello come in epigrafe promossa, enuncia il principio di diritto di cui al precedente § 9, restituendo, per il resto, gli atti alla Sezione rimettente, ai sensi dell'art. 99, comma 4, Cod. proc. amm.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Non va tradita la ratio del legislatore da “diktat” troppo restrittivi

Procedimento amministrativo

Giulia Laddaga

Recentemente l'Adunanza Plenaria si è espressa sul riconoscimento della legittimazione ad agire degli enti esponenziali, risolvendo il contrasto rilevato in materia, dalla IV sezione del Consiglio di Stato, tra un orientamento “tradizionale”, condiviso per decenni dalla giustizia amministrativa, e uno più recente, minoritario, espresso dalla stessa IV sezione nel 2016.

L'impostazione tradizionale si fonda sulla **“collettivizzazione” dell'interesse diffuso** mediante la sua entificazione. Dal riconoscimento di interessi collettivi, riferibili cioè a una collettività identificabile in formazioni sociali non occasionali e rappresentative di quell'interesse, **deriva la loro tutelabilità in sede giurisdizionale da parte di quegli stessi enti che se ne fanno portatori**. Corollario dell'impostazione tradizionale è il criterio del doppio binario, che dinamicamente estende la legittimazione ad agire non solo agli enti esponenziali legittimati *ex lege*, ma anche a tutti quelli di cui ne viene accertata la concreta rappresentatività dell'interesse tutelato.

Con la sentenza 21 luglio 2016 n. 3303 della IV sezione del Consiglio di Stato si è fatto strada **un nuovo orientamento**. In considerazione di un mutato assetto normativo in materia, caratterizzato da una maggiore puntualità della disciplina, si è ritenuto di applicare il principio di tassatività, **limitando** quindi la **legittimazione processuale** degli enti esponenziali alle **sole previsioni legislative**.

Il percorso evolutivo compiuto dal legislatore è orientato a un aumento delle tutele

L'interesse collettivo

La questione prende le mosse dal riconoscimento degli interessi diffusi quali interessi legittimi sovraindividuali e quindi della relativa tutelabilità in sede giurisdizionale, alla luce del carattere personale, differenziato e qualificato dell'interesse legittimo. Gli interessi diffusi non sono riferibili a un soggetto in posizione differenziata rispetto alla collettività indeterminata, risultano quindi adespoti, pur appartenendo a una pluralità di soggetti. Mancando i requisiti della personalità e della differenziazione, tali interessi non sono tutelabili in sede giurisdizionale.

Col tempo si è proceduto a una “trasformazione” degli interessi diffusi da adespoti a interessi legittimi riferibili non a una persona fisica, ma a organismi esponenziali, abilitati cioè a rappresentare l'interesse stesso. Tali enti, titolari di un interesse (collettivo) proprio, si distinguono non solo dal resto della comunità ma anche dai singoli associati dell'ente esponenziale. Di qui la tutelabilità di un interesse legittimo personale - proprio dell'ente - e differenziato - perché non comune all'intera comunità.

Pur ammettendo la presenza, allo stesso tempo, di interessi collettivi in capo all'ente associativo e interessi individuali concorrenti degli associati, autonomamente azionabili, **la legittimazione processuale dell'ente riguarda il solo interesse proprio, di natura collettiva**, e non anche gli interessi individuali di alcuni consociati. Al riguardo l'Adunanza Plenaria ha avuto modo di precisare che è indispensabile che l'interesse tutelato con l'azione giurisdizionale dell'ente sia comune a tutti gli associati e che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi, in modo da non determinare conflitti interni all'associazione che potrebbero implicare automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio.

Se le posizioni giuridiche lese riguardano beni della vita a fruizione collettiva non è necessaria alcuna previsione normativa

Ne deriva che l'**omogeneità dell'interesse nell'ente esponenziale è un requisito consequenziale** dell'interesse collettivo tutelato, inteso quale aggregazione di interessi diffusi oggettivamente assonanti secondo la valutazione che ne fa l'organo giurisdizionale. Diversamente l'omogeneità non è un requisito che deve riferirsi agli interessi legittimi individuali degli associati.

L'impostazione tradizionale

Il legislatore ha progressivamente riconosciuto, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, la tutelabilità degli interessi collettivi e la conseguente legittimazione degli enti esponenziali **con discipline sempre più puntuali**. Si pensi, a titolo di esempio, al Codice dell'ambiente, al Codice del consumo o allo Statuto delle imprese, con i quali sono stati previsti i casi di legittimazione degli enti esponenziali maggiormente rappresentativi, anche con riferimento ad appositi elenchi.

Secondo l'impostazione tradizionale, le previsioni legislative non limitano la legittimazione ai soli enti iscritti in appositi elenchi o alle sole azioni ivi indicate, potendo ben essere riconosciuta anche ad altri enti, previo accertamento della concreta rappresentatività dell'interesse tutelato. Il cosiddetto criterio del doppio binario, in un'ottica dinamica, ancora la **legittimazione ad agire alla capacità dell'ente di rappresentare l'interesse collettivo** di cui è portatore, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, in ragione del carattere non esclusivo del godimento o dell'utilità che dal bene materiale o immateriale, correlato a quell'interesse, i singoli possono trarre.

Il principio di tassatività

Il riconoscimento legislativo della tutela degli interessi collettivi è avvenuto, seppur gradualmente, con un rilevante contributo dagli enti esponenziali che ne hanno dato evidenza, fino al riconoscimento giuridico. In una fase successiva, tuttavia, il legislatore ha progressivamente provveduto a disciplinare forme e modalità specifiche di tutela, mediante l'**istituzionalizzazione** di quelle stesse **tutele prima affidate all'iniziativa delle associazioni private**.

Partendo da tale assunto, la IV sezione del Consiglio di Stato, nel 2016, ha contestato l'attualità dell'impostazione tradizionale, per limitare il riconoscimento della legittimazione processuale degli interessi collettivi alle sole previsioni legislative, sia sotto il profilo soggettivo (chi può agire in giudizio), sia sotto il profilo oggettivo (con quali azioni).

L'**Adunanza Plenaria**, con la pronuncia in esame, prende le distanze da tale orientamento, per ribadire l'attualità della **tesi tradizionale**.

Il percorso evolutivo compiuto dal legislatore è orientato a un **aumento delle tutele**, la cui **ratio** non può essere tradita da interpretazioni restrittive che ne limitino, tassativamente, l'applicazione.

Il requisito di un'espressa previsione legislativa determinerebbe una riduzione delle tutele degli interessi collettivi, con una conseguente lesione di valori costituzionalmente garantiti come la libertà di associazione (articolo 18 della Costituzione) e la tutela delle formazioni sociali quali espressione della personalità dei singoli (articolo 2 della Costituzione), l'effettività della tutela giurisdizionale (articolo 24 della Costituzione), oltre che il principio di sussidiarietà (articolo 118 della Costituzione).

D'altro canto, la mancanza di una disciplina generale degli interessi collettivi confermerebbe, secondo la Plenaria, il fondamento dell'impostazione tradizionale, incompatibile con una pretesa tipizzazione legislativa della legittimazione a ricorrere così come delle azioni esperibili, ma legato all'individuazione dinamica degli interessi giuridicamente rilevanti e perciò necessariamente tutelabili.

Sul divieto di sostituzione processuale

Ulteriore argomento a supporto della tesi della tipizzazione della legittimazione straordinaria delle associazioni **è la contrarietà al principio del divieto di sostituzione processuale**, secondo il quale nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio (articolo 81 del Cpc).

Secondo tale orientamento una legittimazione processuale straordinaria e generalizzata si porrebbe in contrasto con il principio processuale richiamato, in

quanto generalizzerebbe la *fictio iuris* dell'alterità esistente tra la effettiva titolarità dell'interesse (del singolo) e il soggetto che lo fa valere (l'ente). Tale sostituzione potrebbe trovare legittimazione solo in previsioni normative puntuali, insuscettibili di interpretazione estensiva.

L'Adunanza Plenaria contesta il fondamento dell'argomentazione, respingendo la definizione di interesse collettivo quale somma di interessi individuali. L'**interesse collettivo** attiene un bene dal cui godimento individuale **nessuno può essere escluso**, e il cui godimento non esclude quello degli altri. Pertanto le associazioni non agiscono in giudizio "in nome" di altri, bensì facendo valere una situazione giuridica propria cosicché le previsioni legislative che legittimano l'azione degli enti esponenziali non operano alcuna *fictio iuris*, nel pieno rispetto dell'articolo 81 del codice di procedura civile.

Sulla tassatività della previsione consumeristica

La vicenda da cui muove l'ordinanza di remissione alla Plenaria è l'impugnazione dei provvedimenti, emessi dalla Banca d'Italia e approvati dal ministero dell'Economia e delle finanze, di risoluzione di alcuni istituti di credito, da parte di Codacons e di singoli risparmiatori titolari di azioni e obbligazioni degli stessi istituti di credito.

Il Tar Lazio, facendo propria la posizione minoritaria, già espressa dalla IV sezione del Consiglio di Stato nel 2016, **ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da Codacons**, in quanto ritenuta priva della legittimazione all'azione impugnatoria dinanzi al Giudice amministrativo. Il fondamento giuridico della tesi è rinvenuto nell'articolo 32-*bis* del Tuf, che riconosce la legittimazione ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori connessi alla prestazione di servizi, attività di investimento e dei servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, alle associazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 del Codice del consumo e con le modalità previste dagli articoli 139 e 140 dello stesso Codice. Poiché gli articoli 139 e 140 del Codice del consumo riguardano solo azioni di natura civilistica, viene dedotta l'esclusione dalla legittimazione di un ente esponenziale alle azioni amministrative.

L'Adunanza Plenaria demolisce tale tesi.

Le richiamate previsioni in materia consumeristica, riconoscendo la legittimazione straordinaria per la tutela di interessi collettivi in ambito processual-civilistico, caratterizzato dalla disparità di forza contrattuale, dall'asimmetria informativa e dall'abuso di posizione dominante, hanno lo scopo di **aumentare la soglia di tutela**. Con l'intento di superare il vincolo contrattuale, necessario a legittimare l'azione civilistica, le previsioni del Codice del Consumo conferiscono, a livello generale, la legittimazione ad agire dinanzi al Giudice ordinario per paralizzare gli atti e i comportamenti del soggetto privato "forte", suscettibili di ripercuotersi pregiudizievolemente sui diritti collettivi fondamentali dei consumatori.

Diversamente, nel diritto pubblico il solo esercizio illegittimo del potere amministrativo con pregiudizio di un interesse legittimo è sufficiente di per sé a legittimare l'azione dinanzi al giudice amministrativo. Non è quindi necessaria alcuna previsione legislativa al riguardo. Ciò anche laddove le posizioni giuridiche lese eccedano la sfera del singolo e riguardino beni della vita a fruizione collettiva, della cui tutela si faccia promotrice un'associazione sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività e non occasionalità. Secondo l'Adunanza Plenaria, quindi, **gli enti esponenziali di interessi legittimi collettivi sono legittimati a esperire l'azione impugnatoria** avverso provvedimenti amministrativi illegittimi.

In conclusione

È ancora attuale l'impostazione tradizionale che in applicazione del criterio del doppio binario riconosce la legittimazione ad agire non solo alle associazioni espressamente previste dalle disposizioni di legge, ma anche a quelle giudicate dal Giudice in possesso dei requisiti a tal fine individuati. Pertanto, salvo l'accertamento della legittimazione ad agire, l'ente esponenziale può esperire tutte le azioni eventualmente indicate nel disposto legislativo e in ogni caso l'azione impugnatoria dinanzi al Giudice amministrativo.

L'interesse collettivo attiene un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, e il cui godimento non esclude quello degli altri

a cura di
Giulia Laddaga

La rassegna delle massime dei giudici amministrativi

CONTRATTO

Contratti della pubblica amministrazione - Esclusione dalla gara - Sequestro penale preventivo dei conti correnti e crediti ex articolo 321 del Cp - Articolo 80, comma 5, lettera c), del Dlgs 50/2016 - Inapplicabilità.

Il sequestro penale preventivo dei conti correnti e crediti ex articolo 321 del Cp non può ricomprendersi tra le cause di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), del Dlgs 50/2016, che ricomprende situazioni oggetto di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, se suscumbibili nella categoria di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la (sua) integrità o affidabilità» dell'operatore economico.

¶ *Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 2 aprile 2020 n. 2245*

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Rito appalti - Principio di rotazione - Violazione - Impugnazione.

La qualità di precedente affidatario del contratto (in base alla quale - nel caso di procedura negoziata indetta ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera b), del Dlgs 50/2016) - è reso operativo il «principio di rotazione», non rappresenta un requisito di idoneità professionale, la cui accertata carenza costituirebbe «motivo di esclusione», ma solo una forma di limitazione (neppure assoluta, essendo possibile giustificare il superamento con adeguata motivazione) della libertà della stazione appaltante nella individuazione della platea dei soggetti da invitare alla gara. La violazione del rispetto del principio di rotazione deve essere dedotta unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione e non con il provvedimento di ammissione alla gara, non attenendo ai requisiti di ordine soggettivo, la cui verifica era assoggettata al regime della impugnazione immediata di cui all'articolo 120, commi 2-bis e 6-bis, del Cpa.

¶ *Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 31 marzo 2020 n. 2182*

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Accesso ai documenti - Istanza - Generica o cumulativa - Esame come istanza di accesso generalizzata - Possibilità - Limiti.

La pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento a una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della legge 241/1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'articolo 116 del codice della pubblica amministrazione, possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento.

Accesso generalizzato - Istanza - Fase esecutiva di un contratto pubblico - Configurabilità.

La disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'articolo 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostando vi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'articolo 5-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'articolo 53 e con le previsioni della legge n. 241 del 1990, che non esenta *in toto* la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'articolo 5-bis, commi 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

¶ *Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 2 aprile 2020 n. 10*

CONDOMINIO

IL COMMENTO

Per la Corte di giustizia uno Stato può decidere se applicare regole a tutela dei consumatori anche al condominio

Corte di giustizia dell'Unione europea - Sezione I -

Sentenza 2 aprile 2020 - Causa C-329/19 - Commento

di Marina Castellaneta

» PAG 100

Comunitario

IL COMMENTO

Corte di giustizia dell'Unione europea - Sezione I - Sentenza 2 aprile 2020 - Causa C-329/19 - Commento
 Presidente Bonichot;
 Relatore Toader; Avvocato generale Saugmandsgaard Øe; domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal Tribunale di Milano (Italia), con ordinanza del 1° aprile 2019 nel procedimento Condominio di Milano, via Meda contro Eurothermo Spa

Per la Corte di giustizia uno Stato può decidere se applicare regole a tutela dei consumatori anche al condominio

LA MASSIMA

Condominio - Tutela dei consumatori - Clausole abusive - Nozione di consumatore - Persona fisica - Attività non professionale - Esclusione - Possibilità di ampliamento - Maggiore protezione - Scelta nazionale - Ammissibilità. (Direttiva 93/13, articoli 1 e 2)

Il condominio non può essere considerato un consumatore e, quindi, l'eventuale presenza di clausole

abusive incluse in un contratto da esso stipulato non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13. Uno Stato membro, tuttavia, per via legislativa o giurisprudenziale, può decidere di ampliare l'applicazione della direttiva anche a contratti conclusi tra un professionista e un soggetto come il condominio perché questo determina una maggiore protezione dei soggetti/consumatori.

Marina Castellaneta

Il condominio non è un consumatore ai sensi della direttiva 93/13 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, ma **uno Stato membro può decidere di applicare le regole a tutela dei consumatori anche al condominio**. È la Corte di giustizia a stabilirlo con la sentenza depositata il 2 aprile nella causa C-329/19 (*Condominio di Milano*) con la quale la Corte torna sulla questione dell'ambito di applicazione della direttiva e sull'esclusione di soggetti diversi da una persona fisica dalla nozione di consumatore.

Il Tribunale di Milano ha dubbi sulla possibilità di considerare il condominio al pari di un consumatore e quindi chiede alla Corte Ue

Il fatto

Al centro della vicenda nazionale una controversia tra un condominio situato a Milano e una società. Le due parti avevano stipulato un contratto di fornitura di energia termica nel quale era stata inclusa **una clausola** in base alla quale, in caso di ritardo nel pagamento, il debitore era tenuto a versare **interessi di mora al tasso del 9,25%**, da quantificare dal momento della scadenza del termine di pagamento. In base al verbale di mediazione, la società aveva intimato, mediante precetto al condominio, **il pagamento di un importo pari a 21.025,43 euro**. Il condominio aveva presentato opposizione sostenendo di dover essere considerato come un consumatore ai sensi della direttiva 93/13, modificata dalla 2011/83 del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori. Inoltre, il condominio riteneva che la clausola volta a determinare gli interessi di mora avesse carattere abusivo.

Il Tribunale di Milano mostra di condividere quest'ultima posizione, ma ha dubbi sulla possibilità di considerare il condominio al pari di un consumatore e, quindi, prima di pronunciarsi, ha ritenuto di formulare un rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte Ue.



Per il testo della sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo

www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

La nozione di consumatore secondo la direttiva 93/13

Le questioni collegate alla nozione di consumatore sono da diverso tempo al centro dell'attenzione della Corte Ue che, con diverse sentenze, è intervenuta a chiarire tale nozione, essenziale **per determinare l'applicazione della direttiva 93/13**, recepita in Italia con decreto legislativo 206/2005 contenente il codice del consumo, anche perché tale direttiva non definisce l'ambito di applicazione in base a un elenco delle tipologie contrattuali o dell'oggetto ed è, quindi, indispensabile accertare gli aspetti relativi ai contraenti.

L'articolo 2, lettera *b*), della direttiva 93/13, definisce consumatore «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale». Pertanto, **è incluso in tale nozione il soggetto che presenta le due condizioni indicate nell'articolo 2 in modo cumulativo**.

Questo vuol dire che una **persona giuridica** - come precisato sin dalla sentenza del 22 novembre 2001 (causa C-541/99) - **non può essere qualificata, almeno in via generale, come consumatore ai sensi della direttiva**.

Il condominio - osserva la Corte Ue - non è considerato, stante a quanto indicato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, come una persona fisica o come una persona giuridica.

Per la Corte, quindi, poiché la nozione di proprietà non è armonizzata nel contesto Ue e l'articolo 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri, questi ultimi sono liberi «di disciplinare il regime giuridico del condominio nei rispettivi ordinamenti nazionali, qualificandolo o meno come persona giuridica».

Questa libertà non incide, però, sull'interpretazione della direttiva e, di conseguenza, poiché manca il requisito (persona fisica) previsto dall'articolo 2 della direttiva 93/13 **«il contratto stipulato tra il condominio e un professionista è escluso dall'ambito di applicazione della suddetta direttiva»**.

Diverso esito nei casi in cui un contratto sia concluso non dal condominio in quanto tale, ma dai **singoli condomini**. Questo elemento che differenzia le due situazioni è per la Corte di primaria importanza. Così, nella sentenza del 5 dicembre 2019 nella causa C-708/17 e C-725/17, Lussemburgo aveva stabilito che i contratti di fornitura dell'energia termica che alimenta l'immobile ricadevano nell'ambito di applicazione della direttiva proprio perché i contratti erano stati stipulati da una persona fisica e da un professionista per attività di natura non professionale. Nel caso al centro della sentenza del 2 aprile 2020, invece, **il contratto era stato concluso dall'amministratore in quanto rappresentante del condominio e non dai singoli condomini**.

Ci sembra, tuttavia, che la Corte di giustizia, in quest'occasione abbia fatto prevalere l'aspetto formale piuttosto che quello sostanziale, non valutando la circostanza che il contratto di fornitura di energia serviva per le singole abitazioni dei condomini. In passato, seppure con riferimento ad altre situazioni, gli eurogiudici avevano dato un peso predominante proprio a tale aspetto.

A tal proposito, si può considerare la sentenza del 3 settembre 2015 nella causa C-110/14 con la quale la Corte Ue ha precisato che un libero professionista può essere considerato un consumatore ai fini dell'applicazione della direttiva 93/13 se conclude un contratto con un istituto di credito, non legato alla sua attività professionale, anche nei casi in cui, congiuntamente a quello principale, stipula un contratto accessorio di mutuo in cui fornisce come garanzia un immobile legato allo studio legale.

Tuttavia, va detto che, nel caso di contratti conclusi dall'amministratore del condominio non si verifica una situazione di inferiorità del contraente - valutazione che va fatta con riferimento al caso concreto - perché **il potere di trattativa dell'amministratore durante la fase negoziale è maggiore rispetto a quella del singolo condomino**.

Diverso è il caso in cui un contratto sia concluso non dal condominio ma dai singoli

**Il diritto Ue
non impedisce
l'estensione della disciplina
in materia di clausole abusive
anche al condominio**

Va ricordato, in ultimo, che **la direttiva 2011/83 ha anche previsto che l'atto si applica ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento**, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti sono forniti su base contrattuale. Come è ovvio, però, una parte deve comunque essere un consumatore.

L'ampliamento dell'ambito di applicazione della direttiva Ue

Chiarita la corretta interpretazione dell'articolo 2 della direttiva 93/13, la Corte di giustizia è passata a considerare gli effetti di una giurisprudenza interna che allarga il perimetro di applicazione della direttiva a tutela dei consumatori. In particolare, nell'effettuare il rinvio pregiudiziale d'interpretazione, il Tribunale di Milano ha fatto notare che la Corte di cassazione interpreta il Dlgs di recepimento dell'atto Ue estendendo la tutela dei consumatori anche «a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano». È così evidente che **l'interpretazione risulta differente rispetto a quella indicata da Lussemburgo**.

Per la Corte di giustizia, tuttavia, l'ampliamento nella tutela dei consumatori non è incompatibile con il diritto Ue, tanto più che l'articolo 169, par. 4 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che gli Stati possono mantenere o anche introdurre «misure di tutela dei consumatori più rigorose, a condizione che esse siano compatibili con i trattati». La stessa direttiva 93/13, inoltre, procede a un'armonizzazione minima, con la possibilità, per gli Stati membri, di prevedere **un livello di protezione più elevato a vantaggio dei consumatori**.

A tal proposito, il considerando n. 12 stabilisce che «sono oggetto della presente direttiva soltanto le clausole non negoziate individualmente; che pertanto occorre lasciare agli Stati membri la possibilità di garantire, nel rispetto del trattato, un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe di quelle della presente direttiva» e l'articolo 8 codifica tale principio disponendo che «gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

La fiducia accordata agli Stati trova conferma laddove, nella direttiva, si parte dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, **le clausole di contratti con consumatori non presentano, in via generale clausole abusive**, prevedendo che non è necessario sottoporre alle disposizioni della direttiva le clausole che «riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative nonché principi o disposizioni di convenzioni internazionali di cui gli Stati membri o la Comunità sono parte».

Inoltre, nella direttiva non è in alcun modo esclusa la possibilità per gli Stati membri di prevedere l'applicazione della direttiva **anche ad altre persone fisiche o giuridiche che non sono consumatori per la direttiva**. Va sottolineato che l'atto Ue non prevede che tale estensione sia effettuata solo a livello legislativo e, quindi, è ben possibile che ciò avvenga a livello giurisprudenziale.

Nel caso in esame, la Corte di cassazione ha ormai consolidato un orientamento volto a «tutelare maggiormente il consumatore estendendo l'ambito di applicazione della tutela prevista dalla direttiva 93/13 a un soggetto giuridico, quale il condominio nel diritto italiano, che non è una persona fisica, conformemente al diritto nazionale». Un simile orientamento - scrive la Corte di giustizia - non è contrario al diritto Ue, proprio alla luce delle disposizioni della direttiva e dello stesso articolo 169 del Trattato.

Pertanto, **è vero che la direttiva non si applica ai casi di contratti conclusi dal condominio**, con la conseguenza che la tutela dei consumatori in essa contenuta, anche con riguardo alle clausole abusive, non si applica.

Tuttavia, se si verifica un ampliamento disposto sul piano nazionale, **il diritto Ue non impedisce l'estensione della disciplina in materia di clausole abusive anche al condominio**.

Gentile Abbonato,

in questi giorni stiamo vivendo l'emergenza "Coronavirus", una situazione difficile per il nostro Paese, ma che non impedisce al Gruppo 24 ORE di continuare ad offrirle tutto l'aggiornamento e l'approfondimento necessario per il supporto alla Sua attività professionale, anche a seguito delle più recenti novità normative.

A tale proposito Le ricordiamo che Lei può:

- **accedere sempre alla versione digitale delle riviste professionali** cui è abbonato;
- **controllare** lo stato del Suo abbonamento su:
<https://areautente.ilsole24ore.com/> e scegliere l'offerta più adatta alle Sue esigenze;
- **rinnovare velocemente il Suo abbonamento** con queste modalità:
a) tramite web all'indirizzo **www.ilsole24ore.com/rinnovi24**;
b) tramite telefono chiamando il numero **02/30.300.600**.

Per qualunque chiarimento il nostro Servizio Clienti è sempre a sua completa disposizione al seguente indirizzo e-mail:

servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com

o telefonicamente al numero **02/30.300.600**.

Cordiali saluti,
Servizio Clienti

LA SETTIMANA FISCALE	GUIDA PRATICA	Guida al Diritto	Guida al Lavoro	Consulente Immobiliare
Guida alla Contabilità & Bilancio	Guida Pratica Lavoro	NORME & TRIBUTI MESE	il PUNTO LAVORO	

È più facile **essere un amministratore di condominio smart.**



Smart24 Condominio fornisce un'informazione autorevole, chiara e completa su tutte le tematiche relative alla gestione immobiliare: condominio, contratti immobiliari, stime e perizie, catasto, proprietà e diritti reali.

Approfondimenti, strumenti operativi, casi pratici, come fare per, formulari, percorsi guidati e pareri dell'esperto.

Tutti gli **adempimenti giuridici, fiscali, tecnici e amministrativi spiegati con schede pratiche, suggerimenti operativi e modulistica.**

smart24condominio.it

SMART **24** CONDOMINIO
Smart work, smart life.



REGIME FORFETTARIO

Dal regime premiale per incentivare l'utilizzo della fattura elettronica alla concorrenza del reddito forfettario ai fini del calcolo delle detrazioni e deduzioni, dai limiti di accesso alle cause di esclusione: la Guida del Sole analizza tutte le novità dell'ultima legge di Bilancio e riepiloga la disciplina in vigore nel 2020.

IN EDICOLA DAL

24
MARZO

CON IL SOLE 24 ORE A

9,90* €

*Oltre al prezzo del quotidiano

OPPURE ONLINE:

offerte.ilssole24ore.com/regimeforfettario

OFFERTA VALIDA IN ITALIA FINO ALL'8 MAGGIO 2020

Il Sole

24 ORE



GUIDA PRATICA

CONDOMINIO

di A. Scarpa, L. Rollino, G. Merello

Il volume affronta i problemi più rilevanti e più diffusi relativi ai condomini negli edifici. Vengono trattate le questioni relative alla proprietà, al godimento ed alla gestione delle parti comuni, al pagamento delle spese per la conservazione, la manutenzione e l'uso di beni e servizi condominiali, alle attribuzioni, agli obblighi ed alle responsabilità dell'amministratore, al funzionamento dell'assemblea ed all'efficacia delle deliberazioni della stessa, al contenuto dei regolamenti e delle tabelle millesimali.

ACQUISTA
SUBITO
IL VOLUME

SHOPPING
24! ON LINE



NELLE LIBRERIE
PROFESSIONALI

Pagg. **272**
€ **38,00**

www.shopping24.it - Link diretto al prodotto:
offerte.ilsole24ore.com/gpcondominio

SERVIZIO CLIENTI LIBRI - tel. 02/30.300.600 - servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com

GRUPPO **24ORE**

Sentenze, codici, questioni risolte

Finalmente un processo davvero *smart*.

Smart24 Lex è lo strumento più evoluto per la ricerca giuridica digitale: agile, flessibile, potente, velocizza il tuo lavoro adattandosi alle tue necessità grazie alla sua architettura modulare. **Smart24 Lex** è sempre aggiornato con sentenze, approfondimenti e le notizie del Sole 24 ORE e del Quotidiano del Diritto, accessibili come vuoi, quando vuoi.

www.smart24lex.com

SMART **24** LEX

Smart work, smart life.

**RICERCA SEMANTICA
ANCORA PIÙ EFFICACE**

**NUOVO
LAYOUT GRAFICO**

**RICCO
SISTEMA DI INDICI**

**NUOVA RICERCA
DI GIURISPRUDENZA**

Plusplus24 Diritto

L'INNOVATIVA SOLUZIONE PER L'AVVOCATO.

Plusplus24 Diritto è il **nuovo sistema informativo** in grado di fornire risposte puntuali su ogni specializzazione legale. Facilmente **personalizzabile** e ancora più completo grazie all'aggiunta di **nuovi contenuti**, permette al professionista di avere sotto controllo tutte le novità.

Il prodotto ideale per l'Avvocato alla ricerca di uno strumento **autorevole, efficace e innovativo**.

Scopri di più: plusplus24diritto.it