

Dic/2022

CAMMINO  
DIRITTO

Rivista  
Giuridica



# RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

---

MENSILE ONLINE

**Direttore responsabile:** Alessio GIAQUINTO

**Direttore scientifico:** Andrea DE LIA

## Comitato Scientifico:

A. Alobud, A. Manna, A. Díaz Bautista, A. Meale, A. Moussa, A. Gambino, A. Oehling, A. Villa, A. Malatesta, A. Amirante, A. Melchionda, A. Guasco, A. Lo Giudice, A. Thiele, A. De Julios-campuzano, A. Antonini, A. Kairouani, A. Callegari, A. Fusaro, A. Sereni, A. Errera, A. Patroni Griffi, A. Perini, A. Sacco Ginevri, A. Esposito, A. Shirvindt, A. Del Vecchio, A. De Santis, A. Pernigotti, A. Tarzia, A. Saccoccio, A. Iannuzzi, A. D'avirro, A. Barone, A. Gusmai, A. Las Casas, A. Koukiadaki, A. Hartmann, A. Gentili, A. Laget Annamayer, B. Romano, B. Ficarelli, B. Corrêa Camargo, B. Velchev, B. Clark, C. Bassu, C. Bonzano, C. Flores Juberías, C. Pérez Fernández Turégano, C. Salvadores De Arzuaga, C. Latini, C. Petteruti, C. Le Goffic, C. Sganga, C. Bologna, C. Cellerino, C. Pegorari, C. Muthers, C. Bovis, C. Mylonopoulos, C. Ingratoci Scorciapino, C. Sbailò, C. Grandi, C. Napolitano, C. Troisi, C. Boiteau, C. Scognamiglio, C. Zanghì, C. Buccico, C. Del Bò, C. Hermida Del Llano, C. Dounot, D. Caterino, D. Chilstein, D. Brunelli, D. Donald, D. Derencinovic, D. Bonaccorsi Di Patti, D. Polden, E. Ricciardiello, E. Kuzmin, E. Cebreiros Álvarez, E. Crespo, E. Catalano, E. Silverman, E. Moustaira, E. Lorenzetto, E. Bergamini, E. Dominguez Redondo, E. La Rocca, E. Cersosimo, E. Bilotti, E. Sommario, E. Damiani, E. Naim Gesbert, F. Marchadier, F. Cassibba, F. Vehabovic, F. Castillo Blanco, F. Lizama Allende, F. Albisinni, F. Llano-alonso, F. Galvão, F. Bottalico, F. Bellagamba, F. Giunchedi, F. Bergeron Canut, F. Vessia, F. Curi, F. Palazzo, F. Sbordone, F. Alicino, F. Gaspari, F. Fimmanò, F. Longobucco, F. Colaianni, F. Pizzetti, F. Donaire Villa, F. Quastana, F. Schmalleger, F. Danos, G. Yudkivska, G. Dalia, G. D'attore, G. Scalse, G. Dodaro, G. Ruggiero, G. Sicchiero, G. Davy, G. Razzano, G. Capo, G. Tarantino, G. Minnucci, G. Basini, G. Riccio, G. Lemme, G. Garuti, G. Sgarbanti, G. Anzera, G. Acocella, G. Martinico, G. Tropea, G. Monaco, G. Losappio, G. D'angelo, G. Garcia Palominos, G. Kalfèche, G. Tellarini, G. Beaussonie, G. Payan, H. Farías Echeverría, H. Pauliat, H. Pérez, H. Rüßmann, H. Ito, H. Sutschet, I. Ruiz Rodriguez, I. Zingales, I. Ferrara, I. Capelli, I. Alvino, I. Del Bagno, I. Vivas Tesón, I. Jarukaitis, I. Brancourt, J. Barkhuizen, J. Claxton, J. Simon, J. Clavier, J. Almqvist, J. De Faria Costa, J. Santos, J. Paredes Castañón, J. Agustina Sanllehí, J. Martos Núñez, J. Ferre Olive, J. Kinderlerer, J. Cazala, K. Vilacoba Ramos, K. Jaishankar, K. Schmolke, L. Marchegiani, L. Salvaneschi, L. Strianese, L. Forni, L. Perreau Saussine, L. Della Ragione, L. Longhi, L. Calcaterra, L. Camaldo, L. Mazzaroli, L. Testa, L. Kalb, L. Zakariyah, M. Feola, M. Cavina, M. Staake, M. Tiberii, M. Esposito, M. Gambardella, M. Giorgianni, M. Interlandi, M. Cavallaro, M. Suárez Llanos, M. Montagnani, M. Donnarumma, M. Bouzada Gil, M. Rodríguez Montañés, M. Serranò, M. Gren, M. Pio Fuiano, M. Esposito, M. Garavoglia, M. Spangenberg Bolívar, M. Caterini, M. Ferrante, M. Feldman, M. Thiel, M. Löhnig, M. Wakui, M. Siclari, M. Falsone, M. Benincasa, M. Scatena Salerno, M. Rusconi, M. Frulli, M. Vitiello, M. Stöber, M. Kubiciel, M. Roma, M. Comastri, M. Lupoi, M. Brignardello, N. Beddiar, N. Pisani, N. Pignatelli, N. De Luca, N. Kada, N. Gabayet, N. Sild, N. Kilgus, O. Meyer, O. Descamps, P. Bianchi, P. Alvazzi Del Frate, P. Ghionni Crivelli Visconti, P. Biavati, P. Bronzo, P. Albi, P. Valdrini, P. Terry, P. De Pasquale, P. Castanos Castro, P. Montano, P. Pastor Vilanova, P. Hilpold, P. Van Cleynenbreugel, P. Milazzo, R. Castillo Felipe, R. Caterina, R. Rolli, R. Ursi, R. Pisillo Mazzeschi, R. Borsari, R. Aprati, R. Bin, R. Miccu', R. Baratta, R. Fiori, R. Bartoli, R. Giampetraglia, R. Letteron, R. Palladino, R. Laher, S. Lanni, S. Tomás Tomás, S.

Casabona, S. Nardi, S. Spuntarelli, S. Tonolo, S. Setti, S. Regasto, S. La Piscopia, S. Caruso, S. Perongini, S. Dam, S. Cociani, S. Harrendorf, S. Sheppard, S. Kaye, T. Pasquie-briand, T. Henne, T. Gazzolo, T. Greco, T. Guerini, T. Frosini, T. Katoğlu, V. Sessa, V. Tuliakov, V. Casamassima, V. D'antonio, W. Huck, X. Souvignet, Y. Tojo, Z. Tsolakidis, Z. Tang, Z. Pavlovic, Z. Ivanović

**Comitato dei Revisori:**

A. Greco, A. Giocondi, C. Savazzi, D. Schirò, F. Prato, G. Gandolfi, G. Fadda, I. Valentino, L. Redazione, L. Collura, M. Rizzuto, M. Gangi, M. Angeleri, O. Greco, V. Visone, W. Nocerino

**Redazione:**

- capo redattore I. Taccola
- v.capo redattore G. Ferlisi
- v.capo redattore M. Bottino

---

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

---

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**

ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140 - Rivista ANVUR

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via Rosa Jemma 50 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO Srl

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – [www.camminodiritto.it](http://www.camminodiritto.it)

Indirizzo web: <https://www.camminodiritto.it>

Indirizzo e-mail: [direzione@camminodiritto.it](mailto:direzione@camminodiritto.it)

---

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore

## Indice dei contenuti

---

1 - PREMIALE O NON PREMIALE: QUESTO È IL DILEMMA!

autore/i **Saverio Regasto**, pubblicato giovedì 1 dicembre 2022

2 - OSSERVATORIO SULL'ESECUZIONE FORZATA CIVILE: LUGLIO/SETTEMBRE 2022

autore/i **Andrea Greco**, pubblicato martedì 13 dicembre 2022

3 - IL PATRIMONIO DIGITALE E GLI STRUMENTI ALTERNATIVI PER LA SUA TRASMISSIBILITÀ  
MORTIS CAUSA

autore/i **Marco Rosiello**, pubblicato mercoledì 14 dicembre 2022

4 - LA NATURA MERAMENTE OBBLIGATORIA E NON REALE DELLA COMUNIONE DE RESIDUO  
NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE

autore/i **Consiglia Botta**, pubblicato sabato 17 dicembre 2022

5 - OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA: SETTEMBRE/OTTOBRE 2022

autore/i **Gaia Gandolfi**, pubblicato sabato 17 dicembre 2022

6 - LA RESISTENZA DELLO STATO COSTITUZIONALE. VERSO LA VITTORIA DELLA  
DEMOCRAZIA

autore/i **Luana Leo**, pubblicato venerdì 30 dicembre 2022

# PREMIALE O NON PREMIALE: QUESTO È IL DILEMMA!

---

*Il contributo analizza la legislazione penale di favore, la sua compatibilità con la Costituzione e l'impatto sulla società.*

---

autore **Saverio Regasto**

---

 **Abstract ENG**

Di certo lo studio teorico del diritto penale consente la formazione basilare di quanti intendano dedicare la propria vita alla legge. Tuttavia, chi scrive ritiene che - accanto a queste conoscenze - sia necessario affiancare una costante e approfondita valutazione del delicato e rilevante rapporto fra l'uomo e la società.

L'imputabilità, la pericolosità e l'autodeterminazione sono alcuni dei numerosi principi che interessano necessariamente il diritto penale e il diritto processuale penale.

Interpretare il diritto penale non significa solamente cercare di comprendere quale sia il fondamento e la portata delle sue leggi, ordinarie e speciali, e ciò al fine di poterle correttamente e adeguatamente applicare, ma include altresì un'opera ermeneutica molto più complessa e profonda. Prima di espletare il difficile compito dell'interprete, il giurista deve dunque individuare e intendere il filo conduttore che congiunge la legge penale alla società: quest'ultima intesa quale entità generica e generale completamente considerata nelle proprie differenze, specialità e particolarità.

In quest'ottica, tipica del penalista, lo studio della società di riferimento, e dunque - di riflesso - anche del soggetto processuale, è coltivato non già attraverso l'impiego di un punto di vista morale, economico ovvero religioso, bensì prettamente psicologico. Tale studio, che si estrinseca con una vera e propria analisi tecnica e scientifica, induce inevitabilmente il giurista a leggere nella mente del *reo*<sup>[1]</sup>, impresa questa certamente assai ardua, onde poter giungere alla corretta individuazione e applicazione di una sanzione penale che si dimostri adeguata e proporzionata in concreto. Appare così facile comprendere e dimostrare come sia irrilevante e inutile l'esistenza di numerose leggi penali laddove esse vengano lette esclusivamente con l'occhio astratto del legislatore.

Il lavoro giudiziario si presenta allora lungo e difficile quando ci si trovi di fronte a soggetti quali autori di un crimine tentato ovvero consumato in condizioni psicologiche

distruttive.

Di fronte a un fatto antiggiuridico e quindi lesivo di interessi è dunque necessario partire dall'analisi concreta di ogni circostanza passata, presente e futura ricollegabile al reato. L'indagine e il conseguente accertamento della verità devono imprescindibilmente coinvolgere i fenomeni della psiche del *reo* nonché di coloro che abbiano eventualmente collaborato alla realizzazione del fatto. La *ratio* di simile analisi è di chiara rilevanza se si pensa che innumerevoli principi enunciati dal codice penale fanno riferimento all'imputabilità e dunque all'esistenza o meno di certe condizioni soggettive.

Il giudizio sul punto, volto all'accertamento delle rinominate condizioni, è tipico dell'organo giudicante il quale, affiancato dai periti, è chiamato a valutare la psiche e il movente che hanno indotto il *reo*, causalmente e dal punto di vista soggettivo, a intraprendere una direzione delinquenziale.

La corretta individuazione della sanzione applicabile, pena e misura di sicurezza - giacché le misure alternative ovvero premiali costituiscono una valutazione successiva - laddove la stessa sia validamente comminabile, rappresenta l'epilogo della giurisdizione penale la quale, tuttavia, non si esaurisce di fronte a chi, seppure affetto da una grave anomalia psichica, abbia ucciso un uomo anche con particolare malvagità. È questo il caso in cui l'autore del fatto illecito debba essere considerato, sebbene non imputabile, socialmente pericoloso a causa dell'istinto omicida inculcato nella propria intima personalità e manifestatosi quale atto automatico e indipendente dalla malattia psichica.

Di più, è applicabile la misura di sicurezza a un soggetto sano di mente, imputato di un reato, il quale abbia dato conto della probabilità di commettere nuovi fatti antiggiuridici della stessa indole ovvero identici a quello per cui si procede. In tal caso, la risocializzazione è comunque consentita dal fatto che tale misura, aggiunta alla pena detentiva, viene eseguita dopo che la pena stessa sia stata scontata o si sia altrimenti estinta.

Ebbene, appellandosi a questa confortante previsione, va detto che di fronte a richieste abnormi, incomplete o insufficienti di messa alla prova<sup>[2]</sup>, supportate da istanze che propongono tanto modalità riparatorie di contenuto illegittimo - perché non fedelmente conformi al capo di imputazione e alla complessità del singolo caso - quanto modalità risarcitorie inadeguate - per carenza di proporzionalità rispetto al danno arrecato alla vittima - l'organo giudicante deve necessariamente rendersi garante della corretta celebrazione del processo penale mediante il rigetto di quell'istanza, vieppiù di fronte al negato consenso alla concessione del beneficio espresso dal pubblico ministero<sup>[3]</sup>.

Diversamente viene celebrato un ingiusto processo che contrasta palesemente con i canoni del giusto processo sancito dalla Costituzione italiana oltre che in spregio alla

normativa comunitaria sul punto<sup>[4]</sup>).

La commisurazione della sanzione penale deve poi costituire il risultato di una ulteriore valutazione concreta rivolta, differentemente, nei confronti di colui che abbia ucciso perché spinto dall'ira rispetto a chi, invece, abbia ucciso per semplice piacere. Lo stesso vale per colui che abbia rubato una sola volta nella vita e per chi, invece, delinque abitualmente per professione nonché, a maggior ragione e al di fuori del mero caso di scuola, anche per quel singolare *reo* che abbia perseverato con più azioni nella violazione della stessa legge penale, in attuazione di un medesimo disegno criminoso, diffamando ripetutamente <sup>[5]</sup> via *web* un noto soggetto passivo mediante l'impiego di plurimi *nicknames* di fantasia e ciò a dimostrazione di una intensa e premeditata capacità criminale di per sé meritevole di una condanna effettiva<sup>[6]</sup>).

Tanto è, in punto di concreta commisurazione della sanzione penale, anche in riferimento al tipo di mezzo offensivo utilizzato dal *reo*, cosicché deve rilevare l'inoffensività pratica, seppure solo dal punto di vista oggettivo, di un'arma giocattolo rispetto a un'arma funzionante, sia essa propria ovvero impropria, nonché, per quanto riguarda i delitti contro l'onore, deve essere considerata l'intensa offensività concreta del mezzo diffusivo del *web* e di *internet* rispetto all'uso meno invasivo dei mezzi di comunicazione cartacei.

Il lavoro pratico del giudice <sup>[7]</sup>, sotto questo profilo, è guidato dal contenuto dell'art. 133 del codice penale, da applicarsi imprescindibilmente in linea con l'art. 3 della Costituzione, che considera le modalità di esercizio del suo potere discrezionale al fine di non renderlo controproducente sia per il *reo* che per la realizzazione della funzione repressiva e preventiva della sanzione penale all'interno del processo e del tessuto sociale.

La norma citata definisce i fattori ai quali il giudice deve necessariamente attenersi nell'esercitare il potere discrezionale <sup>[8]</sup> attribuitogli dall'art. 132 del codice penale e disegna una sorta di gerarchia fra gli stessi antepoendo i criteri di valutazione della gravità del fatto, oggettiva e soggettiva, rispetto a quelli più strettamente legati alla personalità dell'autore e alle modalità in concreto da quest'ultimo attuate per l'esecuzione del crimine.

L'art. 133 del codice penale, tuttavia, a differenza delle altre norme penali che disciplinano la valutazione delle circostanze del reato, non prevede l'elencazione di specifici criteri di prevalenza ovvero di equivalenza da adottare in merito alla interpretazione dei suddetti concorrenti elementi. In sostanza, il potere discrezionale è slegato dal principio di bilanciamento seppure esso debba essere necessariamente motivato anche con la logica. Tale libertà di apprezzamento, che in ogni caso deve essere

prudente e limitata appunto dal vincolo della motivazione, consente al giudice di dover valutare tutti gli elementi previsti dal nominato art. 133 attribuendo, secondo il proprio *dictat*, una prevalenza di taluni rispetto ad altri che è variabile caso per caso.

L'assenza di una norma che definisca espressamente l'aspetto teleologico<sup>[9]</sup> della commisurazione della pena conduce dunque a risultati differenti a seconda che i fattori elencati dalla disposizione in esame siano utilizzati, *rectius* valutati, dal giudice in una prospettiva retributiva, special-preventiva o addirittura general-preventiva come potrebbe essere, in quest'ultima ipotesi, per l'istituto della messa alla prova<sup>[10]</sup> che, in ogni caso, non costituisce affatto un diritto dell'imputato<sup>[11]</sup> con la conseguente esclusa sua applicazione a seguito di una asettica, dal punto di vista del necessario pentimento, e incompleta, dal punto di vista formale, istanza di costui.

Va segnalato infatti che questa nuova figura di diritto sostanziale e processuale, nel realizzare una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, si connota per una accentuata dimensione processuale che la colloca nei procedimenti speciali alternativi al giudizio seppure essa presenti una natura sostanziale appunto. I giudici della Suprema Corte hanno evidenziato che la messa alla prova rappresenta, da un lato, un nuovo rito speciale in cui l'imputato rinuncia al processo ordinario trovando il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo e, dall'altro, persegue scopi special-preventivi, in una fase anticipata rispetto alla normale sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto<sup>[12]</sup>.

La garanzia di un giusto processo - prevista dall'art. 111 della Costituzione - di cui la persona offesa del reato, e non solo l'imputato, deve poter pienamente godere risiede dunque nella Costituzione la quale fornisce l'inquadramento teleologico dell'art. 133 del codice penale attraverso i suoi principi <sup>[13]</sup>. Innanzitutto occorre fare riferimento all'art. 25 della Carta che fissa il principio della materialità del reato al fine di impedire l'utilizzazione, nella commisurazione della pena, di elementi di giudizio estranei agli elementi strutturali dello stesso.

Il giudice deve esclusivamente e necessariamente tenere conto del fatto cristallizzato nel capo di imputazione<sup>[14]</sup>, della sua anti giuridicità penale e della colpevolezza dell'imputato. Il processo penale deve essere sorretto e guidato dal giudice quale soggetto imparziale e vincolato solo alle regole procedurali. L'imputato non può decidere liberamente e senza cognizione di causa, se non a proprio ingiusto vantaggio oltre che illegittimamente, il contenuto dell'oggetto dell'accertamento processuale<sup>[15]</sup>! Di tal guisa, l'imputato non può operare una cernita indiscriminata del capo di imputazione<sup>[16]</sup> delineando arbitrariamente i limiti e il contenuto della condotta riparatoria da egli aspirata per mezzo dell'istituto della messa alla prova e senza che ciò

comporti un inevitabile e grave pregiudizio all'interesse morale della vittima del reato la quale vede così "barattata" e non tutelata la propria posizione<sup>[17]</sup>).

Quest'ultima, infatti, deve essere del pari protetta dalla legge anche di fronte all'applicazione del diritto premiale! Laddove, infatti, manchi la giusta corrispondenza fra il fatto antigiuridico commesso e la via del premio processuale deve necessariamente subentrare il dettato dell'art. 27 della Costituzione secondo cui l'unica pena non contraria al principio di umanità è quella che corrisponda, sia nell'*an* che nel *quantum*, alla stretta necessità e ciò nella prospettiva del reinserimento e del recupero sociale. In sostanza, il peso della condotta riparatoria e risarcitoria deve corrispondere al peso dell'offesa arrecata al bene giuridico tutelato dalla norma penale violata: è questa la portata della stretta necessità quale parametro costituzionalmente previsto (<sup>[18]</sup>).

L'imputato che abbia consumato con dolo un reato e che, in sede processuale, abbia proposto una modifica al capo di imputazione dimostra, secondo una piana lettura psicologica della sua condotta - non richiedente l'intervento di periti - una chiara tendenza a delinquere per il futuro dimostrata da uno scaltro affronto alla legge e alla giustizia. L'assenza del requisito del pentimento, non ovviabile attraverso una compensazione risarcitoria anche irrisoria, deve certamente escludere l'applicazione di benefici che male si concilierebbero, se concessi indiscriminatamente a chiunque, con l'azione di tutela sociale e di prevenzione del crimine.

Chi scrive ritiene infatti che le nominate azioni di tutela e di prevenzione, prima che su strada, debbano trovare alloggio nella celebrazione del giusto processo a garanzia della certezza del diritto quale unico principio volto a rispondere efficacemente al mantenimento dell'ordine sociale.

Il diritto premiale deve in sostanza essere impiegato ma non abusato (<sup>[19]</sup>) al fine di evitare il rischio, concreto ed attuale, della vanificazione del principio di effettività della sanzione penale senza il quale il diritto e la procedura penale non hanno ragion d'essere a causa della perdita del potere punitivo dello Stato di fronte al crimine.

L'autorevolezza degli insegnamenti di alcuni dei Padri del pensiero penalistico italiano (<sup>[20]</sup>) è di grande attualità in quanto, seppure vada tenuto conto del continuo e irrefrenabile progresso sociale che impone una giustizia al passo con i tempi, la funzione della pena e dunque la sua effettiva effettività mantiene o dovrebbe mantenere, secondo l'opinione di chi scrive, il proprio unico fondamento nella punizione di un fatto illecito che - in quanto tale - non ha la possibilità di essere convertito in lecito. Infatti, forse peccando di troppa semplicità di pensiero, sempre chi scrive ritiene che il *reo*, in quanto soggetto, possa sì essere rieducato, sebbene tale tentativo non conceda la reale possibilità di cancellazione del crimine commesso (anche se la messa alla prova e la successiva

sentenza di estinzione del reato non trovano menzione nel certificato penale), ma il *reato*, in quanto oggetto-fatto antiggiuridico privo di anima, rimane tale con tutti i conseguenti strascichi materiali e morali in danno della persona offesa e dell'ordine sociale.

Il principio dell'affidamento del cittadino nello Stato risiede in ogni caso nella pubblica garanzia della tutela dei beni giuridici, personali e patrimoniali, elencati nelle norme incriminatrici appunto. Tali considerazioni inducono ad accogliere con un timido approccio l'istituto in esame al fine di non sconvolgere il delicato e fragile mantenimento dell'equilibrio fra il crimine e la sua repressione giudiziaria senza incorrere in una probabile, se non pericolosa, idea di smaltimento del carico giudiziario inculcata in un'arma a doppio taglio fra il mondo giudiziario e i suoi problemi e il mondo sociale e le sue necessità.

Il maestro Francesco CARNELUTTI ha scritto che “*La pena è il termine correlativo del delitto. In quanto vi sia stato un delitto in tanto ci può, anzi ci deve, essere una pena. Per capire la pena bisogna dunque capire il delitto*”<sup>[21]</sup>. Questa riflessione di alto livello comporta tutt'oggi che la messa alla prova non costituisce affatto un diritto dell'imputato in quanto egli è tale, anzitutto, perché autore di un delitto con la conseguenza che l'eventuale sua incapacità di comprendere l'antigiuridicità del fatto commesso e di adeguatamente riparare il danno con una coscienza umile e sincera, scevra dal tentativo concreto di ricorrere a strumenti difensivi di sorta, ne esclude la giusta e legittima applicabilità<sup>[22]</sup>.

Tuttavia, se a fronte di reati bagatellari risulta finanche educativo per il *reo* offrire una possibilità di prova da superare per l'ottenimento della cancellazione del crimine commesso, tale prova deve essere richiesta, ed a maggior ragione per reati di rilievo, in modo conforme, adeguato e proporzionale rispetto alla gravità del fatto commesso e alla predisposizione psicologica che lo stesso *reo* abbia manifestato sia durante la consumazione del reato sia durante l'espletamento del processo: il {URL} <sup>[23]</sup>. L'estensione ad ogni costo di questo istituto comporta un avvicinamento troppo ristretto fra il potere punitivo dello Stato e la condotta antiggiuridica del *reo* con il rischio che simile premio venga inteso, prima dal popolo e poi dall'imputato, non già quale preziosa opportunità di ravvedimento e di pentimento bensì quale via di fuga dal processo e dalla condanna. In tale senso, è dunque criticata la pretesa sconsiderata di estensione della messa alla prova laddove peraltro motivata dalla necessità di sfozzare il carico giudiziario. La *ratio* dell'istituto diviene così completamente annullata lasciando spazio a inutili ragioni logistiche che non rientrano affatto nello spirito della Costituzione e del giusto processo se non in danno della società civile e di chi subisce reato <sup>[24]</sup>.

Il limite della premialità deve essere di conseguenza segnato dal giusto equilibrio fra la condotta antiggiuridica e il male ingiusto, anche e soprattutto morale, subito dalla vittima

che certamente non può trovare una valida alternativa né nella concessione di una condotta risarcitoria inadeguata, né in una provvisionale, né in un successivo giudizio civile. Ciò, in particolare, in tema di reati contro l'onore ([\[25\]](#)).

Tanti sono i problemi che preoccupano la società ma non tutti interessano l'argomento della certezza della pena ossia un problema penale di sostanza. Parlando in termini procedurali, in questi tempi costituisce un punto fermo la questione della lungaggine processuale. La risposta dello Stato è quella di smaltire i processi attraverso un allargamento della concessione dei benefici e della depenalizzazione. Tuttavia, la sicurezza del cittadino si realizza concretamente attraverso una giustizia che garantisca, contribuisca ovvero collabori non solo per la prevenzione dei reati ma anche con la repressione del crimine attraverso la comminazione astratta di una sanzione sebbene essa presenti sul piano pratico il problema concreto del sovraffollamento carcerario([\[26\]](#)).

In conclusione, è giusto leggere e applicare il diritto penale e processuale con la visione dell'illustre giurista parmense Gian Domenico Romagnosi([\[27\]](#)) secondo il quale la pena è definita quale "*spinta alla controspinta criminosa*". In effetti, vanificare il timore della pena attraverso una premialità ingiustificata ovvero smisuratamente allargata determina il rischio di rendere effimero l'intero sistema penale sul quale si fonda il prezioso equilibrio dell'ordine sociale ove deve necessariamente regnare la capacità di ciascun individuo, ricco e povero ovvero sapiente e meno sapiente, di comprendere nell'immediato l'antigiuridicità della propria condotta, evitandola, tanto più se il *reo* è un esperto nella materia violata!

## Note e riferimenti bibliografici

[1] G. GULLOTTA, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico. Civile, penale, minorile*, in *Psicologia Giuridica e criminale*, Giuffrè, 2002.

[2] La messa alla prova è stata introdotta con legge {URL} bis a 168-*quater* del cod. pen., dagli artt. da 464-*bis* a 464-*novies*, 657-*bis* del cod. proc. pen., nonché dagli artt. 141-*bis* e 141-*ter* delle norme di attuazione del cod. proc. pen. Essa integra un modo alternativo alla conclusione del processo penale consentendo all'imputato ovvero all'indagato di richiedere, per certe tipologie di reato e con il fine di evitare la pronuncia di una sentenza di condanna, la sospensione del processo e l'ammissione a un programma che preveda lo svolgimento di attività lavorativa non retribuita oltre all'adempimento di certe prescrizioni e al risarcimento del danno alla persona offesa e/o danneggiata dal reato, nonché, ove possibile, l'eliminazione ovvero l'attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Cfr. anche Legge 27 settembre 2021, n. 134 – {URL}

[3] L'estensione delle disposizioni dei riti alternativi, in *primis* il patteggiamento, al rito speciale di messa alla prova comporta che anche in tale ultima fattispecie processuale sia attribuito al Giudice il potere di ordinare l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero ai fini della decisione. Il Giudice, quindi, seppure ciò non sia espressamente previsto dalla norma, potrà acquisire e valutare gli atti delle indagini preliminari con il fine di effettuare un controllo formale e sostanziale della richiesta di messa alla prova e della adeguatezza della condotta riparatoria e risarcitoria ad essa connessa. Cfr. Cass., Sez. Un., Sent. 27 ottobre 2004, n. 44711, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 358.

[4] R. MUZZICA, *Sospensione del processo con messa alla prova e materia penale: tra Corte EDU e Corte costituzionale nuovi scenari pro reo sul versante intertemporale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 4, p. 1432 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006. Cfr. in giurisprudenza Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8 giugno 1976; Corte EDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito e Corte EDU, 8 giugno 1995, Jamil c. Francia.

[5] {URL} *Genesi del diritto penale*, Milano, 1836, II, p. 196. Il noto giurista segnala, con una ricostruzione degna di nota nell'esempio riportato in prosa, come “*La volontà si forma in mezzo alla influenza e alla sollecitazione dei motivi, i più vari, tra i quali avviene la scelta. Siccome i motivi operano sul volere e questo di conseguenza ha una reazione su di essi con taluni atteggiamenti, così è possibile prevedere i comportamenti umani*”. Viene dunque dato un particolare rilievo al movente ossia alle ragioni che hanno

determinato la condotta criminale. Il movente ovvero lo scopo ad esso connesso costituiscono gli elementi imprescindibili che il Giudice deve valutare ai fini della commisurazione della pena nonché dell'opportunità o meno, ed in che termini, della concessione di benefici all'imputato. Il ROMAGNOSI, *ibidem*, sostiene che *“il giudizio morale attribuisce oltre il merito o il demerito all'azione, se preveduta, ma tale valutazione sarà di gran lunga maggiore se l'azione è abituale”*. **Nel reato di diffamazione (art. 595 {URL} ), aggravata dall'uso del web, il bene giuridico tutelato è l'onore, la reputazione e il decoro della persona ragion per cui il Giudice non può evitare in alcun modo di valutare con attenzione la propensione morale passata, presente e futura del reo in uno con il movente che lo ha indotto consapevolmente e con premeditazione a commettere il reato.** Con la messa alla prova il giudizio si definisce allo stato degli atti imponendo una maggiore cautela, a discapito di una discrezionalità troppo ampia, nella valutazione degli elementi a disposizione in quel momento: in *primis* la condotta processuale dell'imputato e le sue condizioni personali anche rispetto al crimine commesso.

[6] Un *post* su un *social network* ovvero un commento inappropriato e falso comunque pubblicato sul *web* è in grado, per presunzione e in concreto, di raggiungere un numero indeterminato di persone al di fuori dei confini nazionali dai quali la notizia o il commento trae origine. In tale caso l'azione illecita di carattere denigratorio ed infamante nei confronti del destinatario assume una portata eccezionalmente grave a causa dell'effetto di risonanza incontrollata dell'evento diffamatorio al di fuori di un preciso limite territoriale. La giurisprudenza ha statuito che senza l'accertamento dell'indirizzo di provenienza cui riferire il messaggio offensivo della reputazione non è possibile l'individuazione del colpevole. Senza di esso, infatti, non si potrà ottenere il massimo grado di certezza possibile in merito all'attribuzione della responsabilità penale del portatore del *nickname*, cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 5352 del 22 novembre 2017. Tuttavia è stato anche ritenuto che *“si possa desumere la riferibilità soggettiva del messaggio diffamatorio anche da differenti circostanze fattuali quali ad esempio i burrascosi rapporti lavorativi intercorsi tra le parti”*, cfr. Ufficio Indagini Preliminari di Livorno, provvedimento n. 38912 del 31 dicembre 2012.

[7] La Suprema Corte così si esprime *“nella fase del vaglio dell'ammissibilità il giudice, seppure in base ad un accertamento sommario, anticipa un sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova”*, cfr. Cass., Sez. V, 14 novembre 2014, in CED Cass. n. 264270; Cass., Sez. V, 3 giugno 2015, in CED Cass. n. 264061; Cass., Sez. II, 12 giugno 2015, in CED n. 264574; Cass., Sez. V, 15 dicembre 2014, in CED Cass. n. 262106.

[8] CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in Riv. Ital. Dir. Proc. Pen., 1997, p. 148; C. CARUSO, *La discrezionalità*

*penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, l'indice penale, 2006 n. 2, pp. 560-561; V. ZAGREBELSKY, V. PACILEO, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, Utet, 1999, p. 663.

[9] I limiti alla libertà personale sono garantiti dall'art. 13 della Costituzione e consistono nella giurisdizione e nella riserva di legge. Cfr. sull'argomento F. CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?* in [{URL}](#), p. 2.

[10] Nella giurisprudenza della Corte EDU è rinvenibile una nozione sostanziale della "pena" che è basata, anziché sul *nomen juris*, sulle sue caratteristiche naturali identificabili nella qualificazione giuridica dell'illecito, nella natura dello stesso e nella natura e nel grado di severità della sanzione. **Dunque è ragionevole sostenere che, a fronte dello scopo special-preventivo e general-preventivo voluto dal legislatore in ordine all'istituto della messa alla prova, quest'ultima abbia in sostanza una natura penale.** Viene così criticata la Sentenza della Corte Costituzionale n. 91/2018 in R. MUZZICA, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione convenzionalmente orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. Pen. Cont., Rivista trimestrale*, 2018, 6, p. 173 ss.

[11] Cfr. G. MAGLIONE, *Oltre il delitto, oltre il castigo. Teoria, prassi e critica della giustizia riparativa*, in [{URL}](#)

[12] Cass., Sezioni Unite Penali, n. 36272 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, Rv. 267238.

[13] A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, 3, p. 1278.

[14] Corte Cost., Sent. 21 marzo 2018, n. 141, commentata da A. ZAPPULLA, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *Dir. Pen. Cont., rivista trimestrale*, 2018, 10, p. 241 ss.

[15] Cfr. Cass., Sez. V, Sent. 23 febbraio 2015, n. 2401, in *Guida dir.*, 2015, p. 78. **L'ordinanza di ammissione di messa alla prova presuppone l'accertamento sommario, allo stato degli atti (Cass. Pen. n. 28826/18), sia dell'insussistenza delle condizioni per la pronuncia della sentenza di proscioglimento, sia della sussistenza della colpevolezza (per il fatto antiggiuridico cristallizzato nel capo di imputazione).** Il consenso dell'imputato, successivo al suddetto vaglio preliminare del Giudice, permette di inquadrare il fatto-reato ai fini delle prescrizioni della messa alla prova anche in punto di *quantum* del contenuto della stessa.

[16] Cass. Pen., Sez. IV, Sent. n. 39283 del 30 agosto 2018. La Sentenza affronta anche

il problema delle accuse elevate a carico dell'imputato nel capo di imputazione da un punto di vista temporale. La mancata corrispondenza fra la sentenza e il capo di imputazione origina un atto abnorme. Si ritiene dunque che, data la siffatta rilevanza del capo di imputazione, la condotta riparatoria dell'imputato che aspiri alla concessione del beneficio della messa alla prova debba coincidere perfettamente con l'imputazione in quanto, in caso contrario, la sentenza di estinzione del reato violerebbe il principio fra il chiesto e il pronunciato seppure a fronte della mancata pregressa impugnazione dell'ordinanza di ammissione all'istituto.

[17] F. REGGIO, *Giustizia Dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, in *Filosofia del Diritto*, Milano, Franco Angeli, 2010, {URL} **Infatti, la finalità della giustizia riparativa è il pentimento dell'imputato, che si oppone - *rectius* deve (dovrebbe) opporsi - all'attività di strategia difensiva sedente nella differente scelta di celebrazione del processo penale, che si rivolge non solo alla persona offesa ma anche all'intera comunità in cui il reato si è consumato e al centro della quale di pone la persona offesa e danneggiata.** Ciò comporta altresì ed in maniera imprescindibile la condivisione comune di possibili risposte, nell'ottica della sicurezza sociale, alle necessità poste in luce dall'evento antiggiuridico. Cfr. anche M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 72.

[18] Cass. Pen., Sez. II, 30 luglio 2019 n. 34878 secondo cui **il Giudice non può ammettere l'imputato alla messa alla prova se l'offerta risarcitoria non appaia proporzionata rispetto al pregiudizio patrimoniale subito dalla persona offesa.**

[19] M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. Pen.*, 2003, p. 75 ss.

[20] Amplissima è la letteratura giuridica al riguardo ma ci si limita a citare CALDERANO, *La funzione della pena nella sua evoluzione*, in *Rass. Studi Penit.*, 1976, p. 21; VASSALLI, *Funzione e insufficienza della pena*, in *Riv. It.*, 1955, p. 3 ss.; PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto del Codice Penale del 1949*, in *Riv. It.*, 1950, p. 699 ss.

[21] F. CARNELUTTI, in *Meditazione sull'essenza della pena*, in *Riv. It.*, 1955, p. 3 ss.

[22] F. CARNELUTTI, *ibidem*, ci ha insegnato che **“Il delitto viene dal cuore perché non è altro che una insufficienza di amore. La pena deve venire dal cuore perché non deve essere altro che una sovrabbondanza d'amore. Se il delinquente non sa amare, non c'è altro mezzo per guidarlo che insegnargli ad amare”**. Ebbene, in tale ottica non vi è spazio per una trattativa fra la giustizia penale e l'illecito commesso dall'imputato se non in termini di vero e concreto pentimento.

[23] G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Rass. Pen. Crim.*, 2001, 1, 3, p. 3-35.

[24] Cfr. P. Ferrua, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA. VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 183.

[25] Cfr. Cass. Pen., VI Sez., n. 28826/2018 che nel proprio considerato in diritto delinea in maniera esaustiva l'istituto della messa alla prova con le sue finalità affrontandone i limiti di applicabilità. Nella Sentenza si richiama la matrice anglosassone di questo procedimento elevato a strumento di deflazione processuale e di alleggerimento della gravosa situazione carceraria, imposto anche dalla Corte EDU con la condanna inflitta all'Italia l'8 gennaio 2013 nel caso Torregiani contro Italia.

[26] R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 6, p. 666.

[27] 1761-1835. Secondo il noto giurista la contropinta sarebbe rappresentata dal dolore che verrebbe procurato, attraverso la pena, a chi commette un crimine. La pena servirebbe a punire chi ha commesso un atto antigiuridico ma fungerebbe anche quale deterrente nella perseverazione del crimine posto che la sola minaccia sanzionatoria non è sufficiente al mantenimento dell'ordine sociale.

---

\* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9050>

# OSSERVATORIO SULL'ESECUZIONE FORZATA CIVILE: LUGLIO/SETTEMBRE 2022

*Osservatorio trimestrale sull'esecuzione forzata civile relativo alle principali sentenze emesse dalla Corte di Cassazione in tema di esecuzione forzata civile. Luglio – Settembre 2022.*

autore **Andrea Greco**

## **Abstract ENG**

Quarterly focus on main sentences issued by the Court of Cassation on private enforcement subject – July – September 2022

**Sommario:** 1) Processo esecutivo – Esecuzione Immobiliare. Aggiudicazione di un bene immobile a seguito di vendita forzata. Natura del trasferimento. Acquisto a titolo derivativo; Cass. Civ., Sez. II, Ord. del 2 settembre 2022 (ud. 14 giugno 2022) n. 25926 – Pres. Di Virgilio – Rel. Tedesco; 2) Processo esecutivo. Esecuzione immobiliare – Opposizione all'esecuzione. Danno patrimoniale da esecuzione illegittima. Cass. Civ. Sez. VI -3, 8 settembre 2022 (ud. 4 maggio 2022), n. 26438. Pres. Amendola – Rel. Rossetti; 3) Altre pronunce in rassegna.

## SENTENZE IN PRIMO PIANO

**1) *Processo esecutivo – Esecuzione Immobiliare. Aggiudicazione di un bene immobile a seguito di vendita forzata. Natura del trasferimento. Acquisto a titolo derivativo.***

**Cass. Civ., Sez. II, Ord. del 2 settembre 2022 (ud. 14 giugno 2022) n. 25926 – Pres. Di Virgilio – Rel. Tedesco.**

*(Omissis)*

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

{URL} #39;acquirente, chiedendo dichiararsi la nullità della compravendita per violazione del divieto del patto commissorio. La domanda giudiziale, volta a far dichiarare la nullità dei contratti, era tempestivamente trascritta il 17 maggio 1997 al n. 2746 di formalità. Nel medesimo giudizio l'attore proponeva una domanda subordinata per avere il corrispettivo della vendita, che assumeva non essere stato pagato dall'acquirente.

Il Tribunale adito rigettava la domanda di nullità e accoglieva la domanda subordinata, condannando la convenuta ((OMISSIS) {URL} ) al pagamento

della somma di Euro {URL}

L'attore {URL} #39;esecuzione forzata, sottoponendo a pignoramento l'immobile trasferito con i contratti oggetto della domanda di nullità tempestivamente trascritta contro la venditrice, poi assoggettata a esecuzione. Naturalmente la trascrizione del pignoramento contro l'esecutata è successiva alla trascrizione della domanda di nullità della vendita.

L'esecuzione forzata si concludeva nel 2008 con l'aggiudicazione del complesso pignorato in favore di {URL} (il lotto 1) e dell'Azienda Agricola (OMISSIS) di (OMISSIS) il lotto 2.

Parallelamente all'esecuzione forzata si è svolto il giudizio d'appello contro la sentenza in base alla quale il G. aveva agito *in executivis* contro l'acquirente, che era stata impugnata sia dalla società acquirente, sia dal G., che riproponeva la domanda principale di nullità della vendita, alla quale ineriva la prioritaria trascrizione.

L'appello del G. era accolto dalla Corte d'appello di Venezia, che dichiarava la nullità della vendita e condannava la società acquirente al rilascio del complesso immobiliare a suo tempo acquistato con i contratti dichiarati nulli: tali statuizioni erano assunti dal giudice d'appello con sentenza n. 808 del 20 giugno 2007, divenuta definitiva il 4 novembre 2014, a seguito della conclusione del giudizio di cassazione.

Immediatamente dopo l'aggiudicazione il G. ha chiamato in giudizio gli aggiudicatari, nei cui confronti ha chiesto la restituzione degli immobili aggiudicati e ciò in forza della decisione che aveva accolto la domanda di nullità della vendita contro la società esecutata. A giustificazione della pretesa egli ha fatto valere la priorità della trascrizione della domanda giudiziale rispetto alla trascrizione del pignoramento.

Il Tribunale, con sentenza n. 24 del 2011, accoglieva la domanda e la decisione era impugnata dall'Azienda Agricola P. {URL} #39;appello di Venezia, la quale sospendeva il giudizio in attesa della formazione del giudicato sulla decisione che aveva dichiarato la nullità dei contratti.

Riassunto il processo dopo il passaggio in giudicato, la Corte d'appello confermava la decisione di primo grado, in forza delle seguenti considerazioni:

a) non occorre che l'attore, una volta fatta valere la priorità della

trascrizione della domanda, impugnasse in modo specifico il decreto di trasferimento (la questione fu presentata in appello come deduzione della nullità della citazione, in quanto non contenente la richiesta di annullamento del decreto);

c) dovevano inoltre ritenersi superate le censure sulla inammissibilità della domanda, in quanto proposta contro gli aggiudicatari quando ancora la sentenza (dichiarativa della nullità dei contratti) non era passata in giudicato: la corte d'appello osservava al riguardo di avere sospeso il processo, in attesa del giudicato, nel frattempo formatosi, ed essendo incontrovertibile l'identità fra i beni aggiudicati e quelli di cui è stato chiesto il rilascio.

Per la cassazione della sentenza l'Azienda Agricola P. {URL}

{URL}

La ricorrente ha depositato memoria.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo ("nullità della sentenza e del procedimento ex art. 360 n. 4, {URL} #39;appello relativo all'eccezione di nullità della sentenza di primo grado, violazione ex art. 360 n. 3, {URL} #39;art. 295 {URL} ) la ricorrente sostiene che il giudizio contro gli aggiudicatari, intrapreso prima del passaggio in giudicato della decisione che aveva dichiarato la nullità della vendita, avrebbe dovuto essere sospeso già in primo grado. All'omissione del primo giudice la Corte d'appello avrebbe dovuto rimediare non tanto con la sospensione del giudizio nel grado, ma avrebbe dovuto dichiarare la nullità del processo, che non avrebbe potuto essere proseguito quando era ancora incerto il presupposto legittimante la pretesa dell'attore. La Corte d'appello ha invece erroneamente ritenuto che la questione non fosse più attuale a seguito della sospensione disposta nel grado, incorrendo così sia nella violazione di omesso esame di un motivo di impugnazione, sia nella violazione delle norme processuali che imponevano la sospensione già del giudizio di primo grado.

Con il secondo motivo ("violazione di legge ai sensi dell'art. 360 {URL} #160;artt. 99 e 100 {URL} #39;art. 360 n. 4, {URL} ), coordinato al motivo precedente, si sostiene che l'azione non avrebbe potuto essere intrapresa prima del passaggio in giudicato, non sussistendo né l'interesse ad agire, né la legittimazione ad agire, e non avendo efficacia sanante il giudicato sopravvenuto in corso di causa.

{URL} #39;appello ha ravvisato sussistente la ragione di pregiudizialità e ha sospeso il processo. Cessata la causa di sospensione la causa è stata correttamente decisa nel merito, non ricorrendo, in conseguenza della mancata sospensione, alcun vizio del procedimento tale da comportare la rimessione della causa al primo giudice, né tanto meno l'inammissibilità originaria della domanda. Tanto la legittimazione, quanto l'interesse ad agire, in quanto condizioni dell'azione, possono sopravvenire in corso di causa (Cass. n. 3314 del 2001; n. 5321/2016).

2. Il terzo motivo denuncia “violazione di legge ai sensi dell'art. 360 {URL} #39;art. 163 e 164 {URL} #39;atto di citazione e della nullità dello stesso.” La ricorrente rimprovera alla Corte d'appello di non avere considerato che l'attore aveva fatto valere una sentenza pronunciata contro terzi, chiedendo l'accertamento della proprietà di beni che risultavano di proprietà degli aggiudicatari in forza del decreto di trasferimento emesso nell'esecuzione forzata. L'attore, pertanto, avrebbe dovuto proporre un'azione di rivendicazione contro i terzi proprietari, facendo valere l'inefficacia del decreto di trasferimento. In assenza di qualsiasi impugnativa del decreto, la sentenza su cui si fondava la pretesa, in quanto emessa *inter alios*, non consentiva, per se stessa, di sovvertire la situazione di appartenenza che risultava dal titolo, costituito dal provvedimento giudiziale (decreto di trasferimento, regolarmente trascritto).

Il motivo è infondato. L'acquisto di un bene da parte dell'aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario ricollegandosi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario, in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato (Cass. n. 443/1985; n. 27/2000; n. 20037/2010; n. 6386/2017; n. 20608/2017).

In considerazione di ciò è stato chiarito che è applicabile all'aggiudicatario l'art. 111 {URL} #39;eventuale operatività delle limitazioni previste dagli art. 2915 e 2919 {URL} (Cass. n. 1299/1977)

Devesi ancora chiarire che, nel concorso dei presupposti, il giudicato è opponibile all'aggiudicatario senza che occorre la preventiva impugnazione del decreto di trasferimento (cfr. Cass. n. 6072/1985). È stato giustamente rimarcato che, con il decreto di trasferimento, il giudice dell'esecuzione si limita ad ordinare che si cancellino soltanto le trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie (art. 586 {URL} ), ma non anche della trascrizione

della domanda giudiziale con la quale un terzo abbia preteso la proprietà o altro diritto reale sul bene medesimo (Cass. n. 13212/2003; n. 5121/1978).

3. Il quarto motivo denuncia violazione di legge ex art. 360 {URL} #39;art. 2652 n. 6 {URL}

Il quinto motivo denuncia “violazione di legge ex art. 360 {URL} #39;art. 619 {URL} #39;art. 2562 n. 6 {URL} #39;art. 586 {URL} #39;art. 360 {URL} #39;art. 2652, n. 6, regola i conflitti dipendenti da negozi giuridici e non giustifica la prevalenza dell'attore, vittorioso sulla domanda di nullità trascritta prima del pignoramento, nei confronti dell'aggiudicatario a seguito di esecuzione forzata, tanto più nel caso in esame nel quale il pignoramento fu trascritto dal medesimo soggetto che aveva trascritto la domanda. Secondo la ricorrente, il venditore doveva far valere i diritti nell'esecuzione in corso, tramite opposizione, e ciò anche per evitare il pagamento del prezzo da parte degli aggiudicatari, pagamento invece avvenuto nel caso in esame. Si fa notare ancora, da parte della ricorrente, che il venditore, nella sua impropria veste di creditore procedente, ha poi riscosso il prezzo pagato dagli aggiudicatari. Insomma, conclude la ricorrente, non può essere consentito che colui il quale abbia espropriato un bene, incassando il ricavato della vendita forzata, possa poi pretendere nei confronti dell'aggiudicatario di essere riconosciuto proprietario del bene stesso.

{URL} *invito domino*, ossia indipendentemente dalla volontà del debitore, non rappresenta una esatta ragione per escludere che l'aggiudicatario subentri nella medesima situazione giuridica soggettiva spettante al primo sul bene espropriato. L'intervento dell'organo esecutivo, se può imprimere alla vendita forzata un carattere diverso dalla comune alienazione negoziale, non è tale da escludere la sua configurazione come trasferimento coattivo, nel quale permane la derivazione del diritto del nuovo titolare del bene dal precedente titolare, ossia in cui vi è una successione in senso proprio, intesa come sostituzione di un soggetto ad un altro nella titolarità del diritto trasferito, che rimane obiettivamente immutato. Devesi rilevare che quest'ultima opinione è confermata dal sistema normativo di diritto positivo. In particolare, l'art. 2919 {URL} #39;acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione. L'aggiudicatario è così posto nella stessa condizione di chi acquista un bene mediante una vendita volontaria, nel senso che sono trasmessi a lui i medesimi diritti che spettavano al suo dante causa. Anche la {URL} #39;art. 2921 {URL} #39;omonima garanzia per evizione della vendita volontaria - in quanta il rimedio è riconducibile al generale principio di cui all'art. 2033 {URL} (art. 2921 {URL} ) (Cass. n. 655/1964).

{URL} #39;art. 2915 {URL} #39;esecuzione, qualora la domanda, in base alla quale si è iniziato il processo, sia stata trascritta, agli effetti previsti negli art. 2652 e 2653 {URL}

Nel caso in esame, essendo acquisito che la domanda di nullità è stata trascritta prima del pignoramento, l'aggiudicatario è privo della tutela prevista in favore del sub acquirente dall'art. 2652, n. 6, {URL} (Cass. n. 1292/1974; n. 37722/2021). La circostanza che l'attore, in favore del quale fu emessa la pronuncia idonea a pregiudicare l'acquisto dell'aggiudicatario, sia il medesimo creditore pignorante si spiega in considerazione della vicenda processuale che ha avuto origine con la domanda trascritta, perché, in primo grado, la domanda di nullità fu rigettata, mentre fu accolta la domanda di condanna al pagamento di somma. La coincidenza soggettiva non introduce alcuna reale ragione di anomalia, né crea le premesse per un indebito arricchimento. L'aggiudicatario, infatti, dispone pur sempre dei diritti a lui riconosciuti per l'ipotesi di evizione dall'art. 2921 {URL} #39;indebito arricchimento dei creditori ed eventualmente del debitore e di coloro cioè che si ripartiscono il prezzo ricavato dalla vendita del bene espropriato e poi tolto all'acquirente.

4. Il sesto motivo denuncia “violazione di legge ai sensi dell'art. 360 {URL} #39;art. 619 {URL} #39;art. 2652 n. 6 {URL}

La corte doveva accogliere la domanda riconvenzionale dell'attuale ricorrente, volta a far valere la prevalenza del decreto di trasferimento rispetto alla domanda giudiziale, trascritta prima del pignoramento.

Il motivo è inammissibile. Esso, infatti, si traduce nella petizione di principio che la preventiva trascrizione della domanda ex art. 2652 n. 6 {URL} #39;attore vittorioso nella posizione di poter prevalere sull'aggiudicatario a favore del quale sia stato emesso decreto di trasferimento. È stato già chiarito che tale tesi è contraria alla disciplina della materia, che parifica la posizione del creditore pignorante a quello del terzo acquirente del convenuto. A sua volta l'art. 2919 {URL} #39;opponibilità del diritto acquistato dai terzi sul bene venduto, a quella del creditore pignorante e dei creditori intervenuti.

4. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato con addebito di spese e raddoppio del contributo.

## PQM

rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento, in favore del

controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro {URL} #39;art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello per il ricorso, ove dovuto, a norma del comma 1-bis, dello stesso art. 13.

---

**Il principio di diritto:** L'acquisto di un bene sottoposto ad esecuzione forzata da parte dell'aggiudicatario, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario e pur ricollegandosi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario traducendosi nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato. Pertanto qualora, nel corso del giudizio promosso contro il proprietario di un immobile il bene venga espropriato all'esito di un'esecuzione forzata, la sentenza che definisce quel giudizio deve ritenersi opponibile all'aggiudicatario in qualità di successore a titolo particolare nel diritto controverso ai sensi dell'art 111, comma 4 {URL} #39;eventuale operatività delle limitazioni previste dagli [artt. 2915](#) {URL}

**Il caso ed il processo:** Il venditore di taluni immobili conveniva in giudizio la società acquirente chiedendo dichiararsi la nullità della compravendita per violazione del divieto di patto commissorio e in subordine di ricevere il corrispettivo, mai pagato, per la vendita; la domanda giudiziale volta a far dichiarare la nullità dei contratti veniva tempestivamente trascritta come per legge. Il Tribunale adito rigettava la domanda di nullità ed accoglieva invece la subordinata condannando quindi la convenuta al pagamento della somma richiesta. Su tali basi, l'attore, vittorioso sulla domanda subordinata, sottoponeva quindi a pignoramento gli immobili trasferiti con i contratti oggetto della domanda di nullità la cui tempestiva trascrizione risultava evidentemente antecedente alla trascrizione del pignoramento contro l'esecutata.

Parallelamente all'esecuzione forzata, che si era nel frattempo conclusa con l'aggiudicazione dei lotti, si era tuttavia svolto il giudizio d'appello avverso la sentenza in base alla quale il venditore aveva agito *in executivis* contro l'acquirente, sentenza che era stata impugnata sia dalla società acquirente che dalla venditrice con la riproposizione della domanda principale di nullità della vendita.

Quest'ultimo appello veniva accolto dalla Corte d'appello di Venezia che con sentenza poi divenuta definitiva dichiarava la nullità della vendita e condannava la società acquirente al rilascio del complesso immobiliare a suo tempo acquistato con i contratti dichiarati nulli. Immediatamente dopo l'aggiudicazione il venditore conveniva in giudizio gli aggiudicatari nei cui confronti richiedeva la restituzione degli immobili

aggiudicati in forza della decisione che aveva accolto la domanda di nullità della originaria vendita.

A giustificazione della propria pretesa il creditore faceva valere la priorità della trascrizione della domanda giudiziale rispetto alla trascrizione del pignoramento. Il Tribunale accoglieva quindi l'ulteriore domanda e la decisione veniva impugnata dinanzi alla Corte d'appello di Venezia, la quale sospendeva il giudizio in attesa della formazione del giudicato sulla decisione che aveva dichiarato la nullità dei contratti.

Riassunto il processo dopo il passaggio in giudicato, la Corte d'appello confermava la decisione di primo grado, in forza delle seguenti considerazioni: a) non occorre che l'attore, una volta fatta valere la priorità della trascrizione della domanda, impugnasse in modo specifico il decreto di trasferimento (la questione fu presentata in appello come deduzione della nullità della citazione, in quanto non contenente la richiesta di annullamento del decreto); b) dovevano inoltre ritenersi superate le censure sulla inammissibilità della domanda, in quanto proposta contro gli aggiudicatari quando ancora la sentenza (dichiarativa della nullità dei contratti) non era passata in giudicato: la corte d'appello osservava al riguardo di avere sospeso il processo, in attesa del giudicato, nel frattempo formatosi, ed essendo incontrovertibile l'identità fra i beni aggiudicati e quelli di cui è stato chiesto il rilascio. Avverso detta sentenza l'aggiudicatario ricorreva per Cassazione.

**La soluzione resa dalla Corte:** la Cassazione ha ritenuto il ricorso infondato. Ed infatti, partendo dal presupposto che *“l'acquisto di un bene da parte dell'aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario ricollegandosi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario, in quanto si traduce nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato”* la Corte ha ritenuto che *“è applicabile all'aggiudicatario l'art. 111 {URL} #39;eventuale operatività delle limitazioni previste dagli art. 2915 e 2919 {URL} ”* e ciò anche senza *“la preventiva impugnazione del decreto”*.

**Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema:** sulla qualificazione dell'aggiudicazione in sede di esecuzione forzata quale acquisto a titolo derivativo e non originario si veda Cass. Civ. Sez. I, 13 marzo 2017 n. 6386 secondo la quale *“l'acquisto di un bene da parte dell'aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario, in quanto da ricollegarsi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario, traducendosi nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato. (Nella specie, la {URL} #39;asta nell'ambito di una espropriazione forzata)”* e, con riferimento al sistema tavolare, Cass. Civ. Sez. II, Ord. del 31 agosto 2017 n.

20608 secondo la quale “*l'acquisto di un bene immobile da parte dell'aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur non dipendendo dalla volontà del precedente proprietario, giacché connesso al decreto di aggiudicazione emesso dal giudice dell'esecuzione, ha comunque natura di acquisto a titolo derivativo, traducendosi nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato; ne consegue che, nel sistema tavolare, a tale acquisto si applicano le speciali regole di efficacia previste dalla relativa normativa per gli atti “inter vivos”*”; sulla possibilità per il giudice dell'esecuzione di ordinare la cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali si veda Cass. Civ. Sez. I, 10 settembre 2003 n. 13212 secondo la quale “*In sede di trasferimento all'aggiudicatario del bene immobile espropriato, in esito ad esecuzione individuale o concorsuale, il giudice ha il potere di disporre la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie (art. 586 {URL} ), ma non anche della trascrizione della domanda giudiziale (nella specie, proposta contro la curatela fallimentare), con la quale un terzo abbia preteso la proprietà o altro diritto reale sul bene medesimo*”; sull'applicabilità del rimedio previsto dall'art. 2652 n. 6 {URL} la trascrizione prevista dall'art. 2652, n. 6 {URL} #39;inefficacia della vendita compiuta dal 'falsus procurator' è opponibile all'avente causa in buona fede da quest'ultimo, anche se la domanda è stata trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione della vendita”. Detto provvedimento è stato oggetto di annotazione ad opera di Michele Raggi in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, n. 4, 1 luglio 2022, p. 803. In generale sulla vendita in sede esecutiva si veda anche {URL} *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano 2019.

---

**2) Processo esecutivo. Esecuzione immobiliare – Opposizione all'esecuzione. Danno patrimoniale da esecuzione illegittima. Cass. Civ. Sez. VI -3, 8 settembre 2022 (ud. 4 maggio 2022), n. 26438. Pres. Amendola – Rel. Rossetti.**

*(Omissis)*

### **RITENUTO IN FATTO**

1. Nel 2009 {URL} :

-) la U. {URL}

-) la {URL}

-) la {URL}

2. A fondamento della pretesa espose che:

-) era debitrice della Banca {URL} (che in seguito muterà ragione sociale dapprima in C. {URL} );

-) il credito vantato in origine dalla Banca era stato da questa ceduto alla {URL} #39;ultima aveva conferito mandato per l'incasso alla C. {URL} (oggi ...);

-) la Banca (poi C.) per l'esazione dei propri crediti iniziò due distinte esecuzioni forzate, nella forma dell'espropriazione immobiliare, la prima nel 1993, la seconda dieci anni dopo;

-) in questa seconda procedura esecutiva intervennero dapprima la {URL}

-) la condotta delle tre società convenute era illecita perché esse avevano abusato dei propri diritti, iniziando l'esecuzione, coltivandola od intervenendovi per crediti inesistenti o duplicati;

-) tale condotta illecita aveva causato all'attrice danni patrimoniali e non patrimoniali: i primi erano consistiti nella vanificazione di un accordo *in itinere* con terze parti, recedute dall'affare supponendo che l'esposizione debitoria di {URL}

3. Infine, l'attrice dedusse che la U. aveva segnalato alla Centrale Rischi una esposizione debitoria della odierna ricorrente quasi doppia rispetto a quella effettiva, causandole anche per tal via ulteriori danni all'immagine commerciale.

4. Si costituirono tutte e tre le convenute, negando sia l'esistenza dell'illecito, sia quella del danno.

5. Il Tribunale di Roma con sentenza 12 marzo 2014 n. 5879 rigettò la domanda, ritenendo insussistente il nesso di causa fra la condotta delle convenute ed i danni lamentati dall'attrice.

Osservò, in particolare, che in caso di cessione del credito la circostanza che il cedente ed il cessionario coltivino congiuntamente l'esecuzione iniziata dal primo è tanto improduttiva di danno per il debitore, quanto inidonea a trarre in inganno eventuali controparti in affari di quest'ultimo.

Infine, il Tribunale ritenne che la segnalazione alla Centrale Rischi da parte

della C. fu legittima e comunque anch'essa inidonea a provocare un danno alla debitrice.

6. La sentenza venne appellata dalla parte soccombente.

La Corte d'appello di Roma con sentenza 31 ottobre 2019 n. 6600 dichiarò inammissibile il gravame, ai sensi dell'art. 342 {URL} #39;atto d'appello si era limitato a reiterare le deduzioni già svolte in primo grado, senza sottoporre "*ad uno specifico vaglio critico i passaggi motivazionali*" su cui era fondata la sentenza di primo grado.

7. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da {URL}

Hanno resistito con controricorso la {URL} (per il tramite della propria mandataria U. {URL} ), la U. {URL}

## MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con i primi otto motivi la ricorrente censura, sotto vari aspetti, la sentenza d'appello nella parte in cui ha ritenuto inammissibile per aspecificità, ai sensi dell'art. 342 {URL} #39;appello intesi a censurare la sentenza di primo grado, nella parte in cui aveva ritenuto non illegittime, né foriere di danni, le condotte tenute dalle società convenute e consistite nell'iniziare, e poi nel coltivare, l'espropriazione forzata in suo danno.

{URL} #39;appello va cassata senza rinvio, perché la domanda non poteva essere proposta, né il giudizio proseguito.

{URL} #39;altro – una condanna delle società convenute per avere tenuto una condotta illecita, consistita in ciò: avere iniziato una procedura esecutiva, ed averla coltivata, senza la ordinaria diligenza.

Si tratta, dunque, della condotta espressamente prevista dall'art. 96, comma 2, {URL}

{URL} #39;opposizione all'esecuzione, e ne è consentita l'introduzione in un autonomo giudizio solo quando sia impossibile, per ragioni di fatto o di diritto, introdurre la domanda risarcitoria in quella sede.

{URL} #39;attrice in primo grado, nella parte in cui ascriveva alle tre società convenute di avere coltivato illegittimamente l'esecuzione, ovvero di essere

intervenute in essa senza titolo, era una domanda chiaramente volta a far valere una responsabilità aggravata ex art. 96, comma 2, {URL}

Quella domanda dunque non poteva essere proposta in un autonomo giudizio, ma doveva essere fatta valere in sede di opposizione all'esecuzione.

Né risulta mai dedotta dall'odierna ricorrente una ragione di impossibilità giuridica o di fatto, ostativa alla proponibilità della domanda di danno nella suddetta sede.

{URL} #39;appello va cassata senza rinvio sulla questione della responsabilità per illegittimi od abusivi inizio e prosecuzione dell'esecuzione forzata, ferme restando le restanti parti.

3. Col nono motivo la ricorrente lamenta che erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto "inammissibile per genericità", ex art. 342 {URL} #39;appello concernente il rigetto della domanda di risarcimento del danno per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi.

Deduce la ricorrente che il suddetto motivo d'appello era sufficientemente specifico, in quanto in esso si era sostenuto, da un lato, che non fu conforme a correttezza e buona fede, da parte della banca creditrice, effettuare una segnalazione alla Centrale Rischi a distanza di dodici anni dall'insorgenza del debito; e dall'altro che la sofferenza reale era pari alla metà di quella segnalata dalla banca alla Centrale Rischi, e che il segnalare alla Centrale Rischi una sofferenza "pari al doppio del reale è comunque fonte di discredito, e quindi di danni".

{URL}

{URL} (banca creditrice) segnalò nel 2007 alla Centrale Rischi un debito di {URL} #39;esposizione debitoria - sorta nel 1995 - fosse pari soltanto a 1,6 milioni di Euro.

Aggiunse tuttavia il Tribunale:

-) quanto alla data della segnalazione, che era facoltà della banca creditrice provvedervi anche dopo l'insorgenza del debito;

-) quanto all'importo della segnalazione, che lo scarto tra debito reale e debito segnalato alla Centrale Rischi era di per sé inidoneo ad arrecare danni ad un soggetto non imprenditore, in quanto "nel sentimento comune dire che un soggetto è debitore per 1,5 milioni, ovvero per 2,5 milioni, non costituisce

significativo aumento del discredito".

{URL} #39;illiceità della condotta, sia per la mancanza di nesso causale tra essa e il preteso danno.

Tale statuizione venne impugnata da {URL} :

-) una segnalazione "realizzata dodici anni dopo l'insorgere del debito (...) non risponde ai canoni della correttezza e buona fede";

-) "un'iscrizione per un credito indicato in una misura pari al doppio del reale è comunque fonte di discredito, e quindi di danni".

{URL} #39;appellante, pertanto, con la propria impugnazione contrappose all'affermazione del Tribunale (*"la segnalazione alla Centrale Rischi di un importo eccedente quello reale non crea discredito, quando il debito sia comunque elevato"*) una affermazione opposta (*"la tardiva segnalazione alla Centrale Rischi di un debito in misura eccedente quella reale costituisce di per sé un danno per il debitore"*).

Una impugnazione così concepita correttamente fu ritenuta dalla Corte d'appello inammissibile ex art. 342 {URL} *petitio principii*, che si limitava a negare il giudizio compiuto dal Tribunale contrapponendovi un giudizio opposto, ma senza illustrarne le ragioni.

{URL} *ad abundantiam* – con il passo dell'atto d'appello sopra richiamato {URL} #39;illiceità della condotta, resti di per sé provata l'esistenza del danno.

Una simile concezione del fatto illecito è stata tuttavia da tempo ripudiata da questa Corte, dal momento che non esistono danni *in re ipsa*, e che la lesione d'un diritto è il presupposto del danno, ma non il danno. Pertanto chi invoca il risarcimento del danno aquiliano ha l'onere di allegare e provare non solo la lesione del diritto, ma anche il pregiudizio che ne sia derivato.

Nel caso di specie, però, l'appello proposto da {URL} #39;effetto di causare o concausare il danno di cui chiedeva il ristoro. Allegazione necessaria, in quanto per accogliere una domanda di danno non è sufficiente allegare la lesione d'un diritto, ma è necessario almeno esporre quale concreto pregiudizio sia derivato da quella lesione.

Sicché, se quel motivo d'appello fosse stato esaminato nel merito, non avrebbe potuto avere nemmeno in questo caso miglior sorte che

l'inammissibilità, a causa del difetto di esposizione delle ragioni per le quali la censura con esso proposta doveva ritenersi "decisiva".

4. Col decimo motivo la ricorrente lamenta il vizio di omessa pronuncia. Sostiene che la Corte d'appello ha trascurato di esaminare la domanda, proposta in primo grado e non esaminata dal Tribunale, con cui invocava l'illegittimità della notifica e della trascrizione del pignoramento eseguito dalla C. nel 2003.

{URL}

In primo luogo, infatti, il vizio di omessa pronuncia su una questione di merito non è nemmeno concepibile, allorché il giudice d'appello abbia dichiarato inammissibile il gravame ai sensi dell'art. 342 {URL}

5. Anche con l'undicesimo motivo la ricorrente prospetta il vizio di omessa pronuncia.

Deduce di avere formulato, in via subordinata al rigetto della domanda di risarcimento del danno per lucro cessante, una domanda di risarcimento del danno per perdita di *chances*, sulla quale la Corte d'appello omise di pronunciarsi.

{URL}

In primo luogo è inammissibile perché la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* non risulta essere stata formulata in primo grado. Tale omissione comporta, giusta la previsione di cui all'art. 366, n. 6, {URL} #39;inammissibilità del motivo.

In secondo luogo il motivo è inammissibile perché anche in questo caso la ritenuta inammissibilità del gravame esonerava la Corte d'appello dal dovere esaminare il merito delle censure con esso proposte.

6. Le spese del presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza, ai sensi dell'art. 385 {URL}

{URL}

(-) cassa senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente alle questioni investite dai motivi di ricorso dal primo all'ottavo, in quanto vertenti su domanda che non poteva essere proposta, ferme restando le restanti

statuizioni, ivi comprese quelle sulle spese;

(-) rigetta il nono motivo di ricorso;

(-) dichiara inammissibili il decimo e l'undicesimo ricorso;

(-) condanna {URL}

(-) condanna {URL}

(-) ai sensi del {URL}

---

**Il principio di diritto:** La domanda di risarcimento del danno da esecuzione illegittima va proposta dinanzi al giudice dell'opposizione all'esecuzione, e ne è consentita l'introduzione in un autonomo giudizio solo quando sia impossibile, per ragioni di fatto o di diritto, introdurre la domanda risarcitoria in quella sede. Ne consegue che la domanda avente ad oggetto il risarcimento per avere il creditore coltivato illegittimamente l'esecuzione, ovvero essere intervenuto in essa senza titolo, è una domanda chiaramente volta a far valere una responsabilità aggravata ex articolo 96, secondo comma, {URL} #39;esecuzione.

**Il caso ed il processo:** L' {URL} #39;esecuzione coltivandola od intervenendovi per crediti inesistenti o duplicati. A detta dell'originaria istante, detta condotta avrebbe causato danni patrimoniali e non patrimoniali consistiti nella vanificazione di un accordo *in itinere* con terze parti recedute dall'affare supponendo che l'esposizione debitoria di {URL} #39;immagine commerciale.

Il Tribunale di Roma sui presupposti che in caso di cessione del credito la circostanza che il cedente ed il cessionario coltivino congiuntamente l'esecuzione iniziata dal primo è tanto improduttiva di danno per il debitore, quanto inidonea a trarre in inganno eventuali controparti in affari di quest'ultimo e che la segnalazione alla Centrale Rischio fosse legittima e comunque anch'essa inidonea a provocare un danno alla debitrice gettò la domanda attorea ritenendo insussistente il nesso di causa fra la condotta delle convenute ed i danni lamentati dall'attrice.

La Corte d'appello di Roma adita dalla parte soccombente dichiarò inammissibile il gravame, ai sensi dell'art. 342 {URL} #39;atto d'appello si era limitato a reiterare le deduzioni già svolte in primo grado, senza sottoporre "*ad uno specifico vaglio critico i passaggi motivazionali*" su cui era fondata la sentenza di primo grado.

La sentenza d'appello è stata quindi impugnata per cassazione da {URL}

**La soluzione resa dalla Corte:** la Suprema Corte ha espressamente rigettato il nono motivo di ricorso ritenendo gli ulteriori motivi inammissibili. Ed infatti, partendo dal presupposto che la ricorrente, attrice in primo grado, abbia domandato “*tra l'altro – una condanna delle società convenute per avere tenuto una condotta illecita, consistita in ciò: avere iniziato una procedura esecutiva, ed averla coltivata, senza la ordinaria diligenza*”, condotta questa “*espressamente prevista dall'art. 96, comma 2, {URL}*”, e che le Sezioni Unite con la sentenza n. 25478 del 21 settembre 2021 “*componendo i precedenti contrasti*” abbiano stabilito “*che la domanda di risarcimento del danno da "esecuzione illegittima" va proposta dinanzi al giudice dell'opposizione all'esecuzione, e ne è consentita l'introduzione in un autonomo giudizio solo quando sia impossibile, per ragioni di fatto o di diritto, introdurre la domanda risarcitoria in quella sede*”, ha ritenuto che dovendosi qualificare la domanda di parte ricorrente come una “*domanda chiaramente volta a far valere una responsabilità aggravata ex art. 96, comma 2, {URL}*” questa non poteva “*essere proposta in un autonomo giudizio, ma doveva essere fatta valere in sede di opposizione all'esecuzione*” con la conseguenza che i provvedimenti di rigetto di primo e secondo grado dovevano ritenersi correttamente presi.

**Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema:** la principale tematica emergente dalla sentenza è ovviamente quella del risarcimento danni derivante da illegittima esecuzione sulla quale si sono espresse le Sezioni Unite della Suprema Corte stabilendo con la sentenza 25478 del 21 settembre 2021 che “*l'istanza di condanna al risarcimento dei danni ex art. 96, secondo comma, {URL} #39;esecuzione forzata in forza di un titolo esecutivo di formazione giudiziale non definitivo successivamente caducato, deve essere proposta, di regola, in sede di cognizione, ossia nel giudizio di formazione o preordinato alla definitività del titolo esecutivo, ove quel giudizio sia ancora pendente, e non vi siano preclusioni di natura processuale. In questa ultima ipotesi, la domanda deve essere formulata al giudice dell'opposizione all'esecuzione. Solo qualora sussista un'ipotesi di impossibilità di fatto o di diritto all'articolazione della domanda anche in tale sede, ne è consentita la proposizione in un giudizio autonomo*”. In dottrina si veda a riguardo {URL} *Caducazione del titolo esecutivo e giudizio di opposizione all'esecuzione* in Rivista di Diritto Processuale, n. 2/2022, 735 e {URL} *La sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo: la soluzione delle Sezioni Unite*, in Esecuzione Forzata 4/2021, 918.

---

### **ALTRE PRONUNCE IN RASSEGNA**

Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza del 19 settembre 2022, (ud. 5 aprile 2022) n. 27381 – Pres. De

**Stefano – Rel. Guizzi Gaima.**

In materia di opposizione a precetto fondato su assegno, posto che il disconoscimento dell'autenticità di una scrittura o della sua sottoscrizione deve presentare il carattere della specificità e determinatezza ma senza la necessità del rispetto di formule sacramentali o vincolate, deve ritenersi manifestazione inequivoca di disconoscimento la deduzione con cui si contesti che il titolo è stato rilasciato solo a garanzia di ritardati pagamenti, che lo stesso risultava privo di sottoscrizione e che il beneficiario lo ha compilato e completato contra pacta e senza autorizzazione alcuna del traente.

**Cassazione Civile, Sez. III, Ordinanza del 9 settembre 2022, (ud. 21 giugno 2022), n. 26624 – Pres. Frasca – Rel. Condello.**

In tema di occupazione “*sine titulo*” di immobile non identificato catastalmente, l'omessa indicazione dei dati catastali da parte del proprietario è irrilevante ai fini della domanda di rilascio del bene, poiché l'art. 19, del {URL}

**Cassazione Civile, Sez. VI - 3, Ordinanza del 3 agosto 2022, (ud. 12 aprile 2022), n. 24037 – Pres. Scoditti – Rel. Rossetti.**

In tema di opposizione agli atti esecutivi, l'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione provvede a definire la fase sommaria, quand'anche dichiari illegittimamente inammissibile l'opposizione, non è impugnabile con il ricorso straordinario ex art. 111, comma 7, Cost., in quanto priva del carattere della definitività.

**Cassazione Civile, Sez. III, Ordinanza del 27 luglio 2022, (ud. 21 aprile 2022), n. 23477 – Pres. Rubino – Rel. Sajia.**

In tema di espropriazione forzata, nel caso in cui, alla data del pignoramento, il credito azionato sia inesistente, l'originaria mancanza del diritto di procedere all'esecuzione determina l'invalidità di tutti gli atti esecutivi, essendo irrilevante il successivo, eventuale deposito di un atto d'intervento fondato su un diverso credito (dello stesso pignorante o di terzi).

**Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza del 26 luglio 2022, (ud. 5 aprile 2022), n. 23343 – Pres. De Stefano – Rel. Sajia.**

In tema di espropriazione forzata, l'avvertimento al debitore esecutato prescritto, quale contenuto del precetto, dall'art. 480, comma 2, secondo periodo, cod. proc. civ. (e volto a renderlo edotto della possibilità di porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento mediante le procedure di composizione della crisi di cui alla l. n. 3 del 2012) ha la finalità, precipuamente "promozionale", di stimolare o incentivare l'accesso a una delle citate procedure, il quale non è comunque precluso dall'inizio o dalla progressione

dell'esecuzione; ne consegue che l'omissione del predetto avvertimento non determina la nullità, bensì una mera irregolarità, dell'atto di intimazione.

**Cassazione Civile, Sez. III, Ordinanza del 26 luglio 2022, (ud. 9 giugno 2022), n. 23338 – Pres. De Stefano– Rel. Rossi.**

L'offerente escluso dalla partecipazione ad un esperimento di vendita è legittimato a proporre opposizione ex art. 617 {URL} #39;esecuzione, indipendentemente dalla ragione giustificativa di quest'ultimo (e, quindi, anche in caso di dichiarazione di inammissibilità dell'offerta per vizi formali), perché, sotto il profilo oggettivo, l'atto è immediatamente lesivo del diritto del soggetto estromesso a concorrere per l'aggiudicazione del bene pignorato e, dal punto di vista soggettivo, l'offerente è interessato al regolare svolgimento della procedura e destinatario degli atti della stessa che siano idonei a cagionargli un pregiudizio.

**Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza del 25 luglio 2022, (ud. 17 marzo 2022), n. 23123 – Pres. De Stefano– Rel. Rossi.**

Il creditore che intenda promuovere un'azione esecutiva nei confronti del singolo condomino, pro quota, sulla base di un titolo esecutivo giudiziale formatosi nei confronti del condominio, deve previamente notificare il titolo in forma esecutiva a tale condomino, al fine di consentirgli lo spontaneo adempimento o le opportune contestazioni circa il proprio status di partecipe al condominio oppure circa la sua responsabilità per quella specifica obbligazione condominiale, pena la nullità del precetto, da denunciare nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, comma 1, {URL}

**Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza del 25 luglio 2022, (ud. 17 marzo 2022), n. 23123 – Pres. De Stefano– Rel. Rossi.**

Nell'espropriazione forzata presso terzi, in seguito alle modifiche apportate dalla l. n. 228 del 2012, dal {URL} #39;accertamento dell'obbligo del terzo postula, quale condizione di procedibilità, un'istanza della parte interessata - da formulare, in mancanza di previsioni specifiche, secondo il modello dell'art. 486 {URL} #39;allegazione del "*petitum*" e della "*causa petendi*" propri della domanda giudiziale e, cioè, l'indicazione della misura del credito del debitore verso il terzo (possibile anche "*per relationem*" fino a concorrenza dell'importo pignorato) e del titolo dell'obbligazione da accertare.

**Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza del 25 luglio 2022, (ud. 17 marzo 2022), n. 23123 – Pres. De Stefano– Rel. Rossi.**

Nell'espropriazione forzata presso terzi, in seguito alle modifiche apportate dalla l. n. 228 del 2012, dal {URL} #39;accertamento dell'obbligo del terzo è sottratto al regime delle

preclusioni proprio dei giudizi di cognizione ed è rimesso alle determinazioni del giudice dell'esecuzione che, salvi il rispetto del contraddittorio e la tutela effettiva del diritto di difesa delle parti, è legittimato a disporre d'ufficio ogni mezzo di prova ritenuto necessario, anche superando i limiti di ammissibilità stabiliti dal codice civile e le rigide modalità di assunzione prescritte dal codice di procedura civile.

## Note e riferimenti bibliografici

---

\* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9111>

# IL PATRIMONIO DIGITALE E GLI STRUMENTI ALTERNATIVI PER LA SUA TRASMISSIBILITÀ MORTIS CAUSA

*Il presente lavoro si propone di affrontare i principali profili problematici sottesi alla composizione del patrimonio digitale e alla sua trasmissibilità mortis causa mediante le determinazioni di volontà ospitate all'interno dei contratti conclusi con i gestori dei servizi Internet. Inoltre, l'analisi si sofferma sugli strumenti di pianificazione dell'eredità conosciuti dall'ordinamento giuridico e sulla possibilità di utilizzarli per regolare la sorte del patrimonio digitale, secondo una lettura innovativa/evolutiva, compatibile con le particolari esigenze evocate dal tema della successione nel patrimonio digitale.*

autore **Marco Rosiello**

## Abstract ENG

The paper examines the main issues about the composition of the digital asset and its transmissibility mortis causa through the indications of user intent provided by the contracts concluded with the Internet service provider. Furthermore, the analysis focuses on legacy planning tools provided for by the legal system and on the possibility of using them to regulate the fate of the digital heritage, through an innovative/evolutionary reading, compatible with the special identified needs in the theme of succession in the digital heritage.

**Sommario:** 1. Premessa; 2. I confini della nozione di patrimonio digitale; 3. La trasmissibilità del patrimonio digitale online: criticità e prospettive; {URL} *post mortem*; 5. Il mandato *post mortem exequendum* come valida alternativa per disciplinare l'eredità digitale; 6. Conclusioni.

## 1. Premessa

L'eredità digitale e il patrimonio ad essa sotteso hanno assunto un notevole interesse, alla luce del processo di digitalizzazione e di evoluzione tecnologica e in considerazione dell'assenza di una specifica disciplina legislativa che regoli la successione dei beni digitali.

Invero, il mutamento della realtà sociale (caratterizzata sempre di più dall'utilizzo dei *social network*) e l'inevitabile progresso tecnologico (in particolar modo la digitalizzazione e la creazione delle monete virtuali) incidono non soltanto sul contesto

economico, determinando la nascita di nuovi beni - cosiddetti beni digitali - ma anche sul piano giuridico, ove si richiedono risposte a nuove esigenze meritevoli di protezione.

Più precisamente, lo sviluppo e la diffusione di molteplici servizi *internet* di gestione dei rapporti sociali inducono frequentemente la dottrina e la giurisprudenza ad occuparsi del tema dei dati personali, i quali - a causa della relativa idoneità alla circolazione e alla permanenza sul *web* per tempo tendenzialmente indeterminato[1] - necessitano di una regolamentazione incentrata sul controllo del traffico delle informazioni e sui profili di tutela *post mortem* dell'identità della persona.

Inoltre, l'insorgenza frequente di nuovi strumenti finanziari e di pagamento (*bitcoin, ethereum, nft et similia*), considerato anche il notevole impatto economico derivante dal loro valore di mercato, impone di individuare una disciplina giuridica applicabile nelle ipotesi della loro successione *mortis causa*.

Una lettura unitaria di tali elementi lascia emergere una nuova concezione, necessariamente dinamica e non statica, dell'identità digitale[2], concetto non coincidente con l'identità fisica perché collegato ad un *id name* e ad una *password* non necessariamente corrispondenti ai dati anagrafici dell'interessato, che, ciononostante, richiede un'adeguata regolamentazione sul piano delle tutele giuridiche.

Qualche anno fa, il matematico inglese *Clive Humby* ha affermato espressamente che «i dati sono il nuovo petrolio[3]», volendo intendere che essi costituiscono una delle risorse più preziose del mondo e, probabilmente, generare la consapevolezza che i dati, a differenza del petrolio, non possono terminare, data la loro persistenza nel mondo digitale.

Il presente contributo ha come obiettivo la focalizzazione dei principali profili critici che emergono sia in ordine alle soluzioni di trasmissione dei beni digitali imposte dai proprietari delle piattaforme *online* in caso di morte dell'utente, sia rispetto alla possibilità di utilizzare il diritto successorio al fine di regolare preventivamente la sorte dell'eredità digitale.

## **2. I confini della nozione di patrimonio digitale**

La portata delle questioni sottese alle «vicende successorie nella {URL} [4]» suggerisce una breve riflessione circa l'individuazione dei beni suscettibili di formare il patrimonio digitale.

Nel ricostruire tale nozione risulta fondamentale prendere in considerazione l'imprescindibile eterogeneità che caratterizza i beni digitali, potenziali *asset* del patrimonio ereditario.

Sul punto sono state avanzate molteplici classificazioni dottrinali, sintetizzabili nei termini che seguono[5].

Innanzitutto, è necessario effettuare una macro distinzione tra beni di natura patrimoniale, vale a dire suscettibili di valutazione ed utilizzazione economica (ad esempio, credenziali di accesso a portafogli di monete virtuali), e beni a contenuto non patrimoniale, ovvero di natura personale (come fotografie o *e-mail*), attinenti alla proiezione individuale e alla sfera privata della persona e di rilevanza principalmente morale e affettiva.

Altra distinzione riguarda, da un lato, i beni digitali *online*, così classificati perché conservati in rete (si pensi ai dati della persona contenuti nel *cloud*) e, dall'altro lato, i beni digitali *offline*, collocati su supporti materiali fisici, quali, ad esempio, pennette *usb* o *computer*.

Le classificazioni teoriche relative alla composizione del patrimonio digitale assumono rilevanza anche sul piano pratico.

All'interno dell'ampio *genus* del patrimonio digitale *offline*, non desta particolari problematiche l'ipotesi di successione che investe i beni digitali incorporati in un supporto fisico (si pensi al *file* di testo o musicale), qualora quest'ultimo sia oggetto di un diritto reale (ad esempio, diritto di proprietà) da parte del titolare dei dati, poiché a fronte di tale fattispecie, la dottrina ritiene di poter applicare le ordinarie regole codicistiche per la trasmissione *mortis causa* del patrimonio digitale *offline* contenuto sui dispositivi materiali[6], con la conseguenza che la proprietà degli apparati fisici è trasmessa agli eredi unitamente ai *file* interni.

Occorre operare una riflessione diversa laddove i contenuti dei cosiddetti beni digitali *offline* presentino natura strettamente personale e abbiano rilevanza puramente affettiva (ad esempio, foto o video di famiglia), atteso che in tal caso opera un peculiare regime successorio a favore dei prossimi congiunti[7], disciplinato dall'art. 93 della L. n. 633/41 (Legge sul diritto d'autore).

La norma stabilisce che, ai fini della diffusione/pubblicazione delle corrispondenze epistolari o delle memorie familiari e personali, dopo la morte dell'autore, occorre il consenso del coniuge o dei figli o, in mancanza di questi, dei genitori, oppure, in mancanza anche di questi ultimi, occorre comunque il consenso degli altri parenti, a prescindere dalla loro posizione ereditaria.

Infine, per quanto concerne i beni oggetto di proprietà intellettuale e suscettibili di utilizzazione economica (ad esempio, la bozza di un romanzo destinata ad avere un successo mondiale), la successione è specificatamente regolata dagli artt. 115-117 della

Legge sul diritto d'autore, i quali prevedono una particolare procedura per l'esercizio dei diritti di utilizzazione dell'opera[8].

Diversamente, con riferimento alla composizione del patrimonio *online*, emerge il problema della trasmissibilità dei contenuti digitali derivanti dai rapporti contrattuali *online* afferenti al *de cuius*.

### 3. La trasmissione del patrimonio digitale *online*: criticità e prospettive

L'argomento in analisi, oggetto di vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale, concerne le diverse modalità di trasmissione dell'eredità digitale in assenza di qualsivoglia programmazione o manifestazione di volontà da parte del *de cuius*.

Anzitutto, occorre premettere in via generale che - vista la vasta eterogeneità che caratterizza la categoria dei beni digitali *online* (*file, account, credenziali, software, conti correnti online*[9], contratti di servizi e rapporti commerciali presso piattaforme *online et similia*) - è probabilmente errato affrontare il tema della trasmissione di tali dati nell'ottica di tentare di individuare una soluzione unitaria ed onnicomprensiva o, comunque, una regola generale valevole in qualsiasi circostanza.

D'altronde, la materia si caratterizza, da un lato, per una costante tensione tra l'interesse dell'erede alla continuità nei rapporti contrattuali del *de cuius* (anche *sub specie* di certezza dei traffici giuridici) e contrapposti interessi di carattere personale (come, ad esempio, la tutela postuma della *privacy* e della riservatezza del titolare dell'*account*) che giustificano, talvolta, l'inserimento di clausole di «intrasmissibilità[10]», e, dall'altro lato, per la diversa natura giuridica che contraddistingue ciascun bene digitale.

Pertanto, anche a fronte dei discordanti esiti cui giungono i *providers* nel realizzare quest'opera di bilanciamento, attribuendo magari prevalenza ad un'esigenza piuttosto che ad un'altra, è più corretto sostenere che sono ipotizzabili una pluralità di meccanismi di trasmissione dell'eredità digitale che variano a seconda degli interessi in gioco e delle peculiarità della fattispecie concreta[11].

Al fine di chiarire quanto appena detto, basti pensare ai contratti di fornitura di servizi di posta elettronica e *social network* conclusi con i diversi gestori, quali *Facebook, Gmail, Yahoo, Google Drive, Microsoft et similia*, e regolati dalle singole condizioni generali di contratto sottoscritte dall'utente.

Ebbene, pur trattandosi di contratti quasi identici per ciò che concerne le finalità e le prestazioni erogate, i gestori del servizio adottano diverse soluzioni in ordine alle sorti del contratto per il tempo in cui l'utente avrà cessato di vivere, anche con riferimento alla previsione o meno dei {URL} *online tools*[12]», ossia quegli strumenti, offerti dai

*providers*, con cui l'utente può disciplinare l'accesso ai contenuti del suo *account* successivamente alla sua morte[13].

A titolo meramente esemplificativo, *Facebook* contempla diverse soluzioni, tra cui la chiusura dell'*account* oppure la sua trasformazione in un *account* commemorativo gestito da un «contatto erede[14]», fermo restando che, quanto alla possibilità di accedere ai contenuti, messaggi e *file* dell'utente deceduto nel caso in cui quest'ultimo non abbia dato alcuna disposizione, è espressamente stabilito che «in rari casi, prendiamo in considerazione richieste di ulteriori informazioni o contenuti dell'*account*. Ti verrà chiesto di fornire un documento che attesti che sei un rappresentante autorizzato (ad es., un membro della famiglia) e un'ordinanza del tribunale[15]».

All'opposto, *Microsoft* permette di accedere liberamente ai dati dell'*account* di un familiare deceduto, sia pure dopo aver seguito la semplice procedura di identificazione indicata sul sito[16].

Da quanto appena detto emerge come i *server providers* possano regolamentare in maniera diversa l'accesso ai contenuti informatici del titolare dell'*account*.

Un altro esempio della circostanza in base alla quale nel campo della successione digitale non è possibile individuare un solo strumento giuridico in grado di risolvere unitariamente tutte le problematiche connesse alla trasmissibilità dei beni digitali, si evince dall'analisi della disposizione di cui all'art. 2-terdecies del d. lgs. {URL} *post mortem* dei dati personali.

La norma in questione, prevedendo espressamente che «i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione», è individuata come riferimento normativo che consente di ipotizzare la possibilità per il *de cuius* di designare un mandatario cui affidare il compito di eseguire *post mortem* la propria volontà inerente alla sorte dei propri dati personali[17].

In assenza di tale preventiva dichiarazione di volontà da parte dell'interessato, si ritiene comunque che il dettato normativo legittimi specifici soggetti ad accedere *post mortem* ai beni digitali appartenenti al *de cuius* che possono essere qualificati come dati personali, mediante un'interpretazione estensiva della norma[18].

Ebbene, va constatato che - non essendoci sempre perfetta coincidenza o sovrapposizione tra la nozione di bene digitale e quella di dati personali - la norma rappresenta uno speciale strumento di trasmissione utilizzabile esclusivamente per quella parte di patrimonio digitale che può identificarsi nell'insieme dei cosiddetti dati

personali.

In altre parole, se è chiaramente possibile invocare l'art. 2-terdecies per legittimare i soggetti indicati dalla norma ad ottenere l'accesso ai dati personali del defunto qualora si tratti di beni digitali che appaiono *ictu oculi* personali (ad es., le fotografie), non può giungersi pacificamente alla medesima conclusione nel caso in cui il bene digitale appartenente al *de cuius* sia rappresentato da dati diversi (si pensi, ad esempio, alla bozza del romanzo di successo archiviata su *Google Drive* o comunque alle credenziali di accesso ad un portafoglio virtuale).

Quanto appena esposto rappresenta una delle eventuali criticità che investono l'art 2-terdecies[19], alla luce della considerazione per cui non tutto ciò che forma il patrimonio digitale e di cui si richiede la trasmissione è inquadrabile agevolmente nella definizione di dato personale.

### {URL}

Tanto premesso, al fine di superare le incertezze e le problematiche che, come detto, sorgono in ordine alla trasmissione degli *asset* digitali in mancanza di una preventiva pianificazione[20], è opportuno focalizzare l'attenzione su una diversa tematica, ossia quella concernente l'individuazione degli strumenti disponibili *ante mortem* per disciplinare la sorte del proprio patrimonio digitale.

In altre parole, è necessario interrogarsi se gli atti di ultima volontà che il diritto successorio italiano riconosce al *de cuius* siano validamente utilizzabili per la trasmissione dei dati digitali, nonché rappresentino una soluzione adeguata, tenuto conto del conflitto tra i contrapposti interessi in gioco[21].

La risposta al quesito è il risultato di un'operazione di bilanciamento che deve tener conto di diversi fattori, quali le «esigenze di semplicità e flessibilità nell'amministrazione del proprio patrimonio digitale[22]»; le esigenze di segretezza e *privacy* che si scontrano con le differenti caratteristiche del negozio testamentario (pubblicità, conoscibilità e altri requisiti formalistici); l'eventuale contrapposizione tra la posizione di erede e quella di prossimo congiunto[23].

A fronte di queste considerazioni, la dottrina teorizza, in linea generale, tre principali strumenti alternativi di trasmissione del patrimonio digitale, espressione dell'autonomia negoziale: il testamento nella sua atipicità contenutistica[24], il mandato *post mortem ad exequendum* e, infine, il legato di *password* (finalizzato, più specificamente, alla trasmissione a titolo particolare delle credenziali di accesso)[25].

Limitando l'esame alle prime due modalità, non vi è alcun ostacolo a riconoscere la

possibilità astratta di utilizzare il negozio testamentario mediante la valorizzazione della disposizione di cui all'art. 587 {URL} (includendo, pertanto, anche i beni digitali)[26].

Tuttavia, tale soluzione appare inadeguata a causa dei rigidi meccanismi di pubblicità che lo contraddistinguono, incompatibili con quelle esigenze di elasticità e segretezza alla base della trasmissione del patrimonio digitale[27].

In termini pratici, sarebbe contraddittorio disporre di credenziali o *password* di accesso a portafogli di monete virtuali mediante un testamento olografo o segreto, le cui caratteristiche e formalità (come la pubblicazione con verbale notarile alla presenza di due testimoni) si scontrano con l'idea di una sicura e semplice accessibilità ai dati digitali da parte degli eredi, implicante, ad esempio, l'aggiornamento periodico delle *password*.

Stante l'inadeguatezza della soluzione che opta per la pianificazione testamentaria dei beni digitali, si preferisce lo strumento del mandato *post mortem ad exequendum* per la trasmissione *mortis causa* dei rapporti contrattuali *online* e dei diritti ad essi inerenti.

Invero, esso rappresenta un meccanismo di trasmissione del patrimonio digitale più flessibile e sicuro sotto il profilo della segretezza e riservatezza e pertanto più rispettoso di quelle particolari esigenze invocate dal tema della tutela dei dati digitali inerenti al *de cuius*[28].

#### **4. Una panoramica generale sul mandato *post mortem***

Ai fini di una migliore comprensione delle questioni problematiche sottese al tema dei rapporti tra mandato *post mortem* e patrimonio digitale, occorre realizzare un breve inquadramento dell'istituto.

In linea generale, va premesso che l'espressione mandato *post mortem* si riferisce all'assunzione di un incarico che un soggetto (mandatario) si obbliga a compiere per conto di altro soggetto (mandante), dopo la morte di quest'ultimo[29].

In altre parole, si tratta di un negozio mediante il quale il mandante conferisce al mandatario il compito di eseguire determinati atti giuridici ovvero anche semplici operazioni materiali, per il tempo successivo alla sua morte.

Sotto questo profilo, la dottrina teorizza tre tipologie di mandato con effetti *post-mortem*: il mandato *post mortem* in senso stretto, il mandato *mortis causa* e, infine, il mandato *post mortem ad exequendum*[30].

Volendo analizzare - sia pure brevemente - le caratteristiche dei suddetti strumenti, il mandato *post mortem* in senso stretto è pacificamente qualificato come atto unilaterale

con cui il *de cuius* affida ad un soggetto il compito di compiere una determinata attività materiale o giuridica, per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Nonostante il *nomen iuris*, l'istituto in analisi pertanto si caratterizza da un punto di vista prettamente strutturale, trattandosi di una fattispecie unilaterale e non bilaterale.

A titolo esemplificativo, si ritiene che la figura del mandato *post mortem* in senso stretto si possa rinvenire nello schema dell'esecutore testamentario di cui agli artt. 700 e ss. {URL} [31].

Diversamente, la seconda tipologia di mandato integra una fattispecie contrattuale attraverso la quale il mandatario assume l'incarico di realizzare una vera e propria attribuzione patrimoniale *post mortem* a favore di un terzo soggetto.

In altre parole, il mandato *mortis causa* non è altro che un contratto con cui il mandante attribuisce al mandatario il compito di disporre un trasferimento di beni alla sua morte.

Da ultimo, il mandato *post mortem exequendum* è rappresentato anch'esso da una pattuizione contrattuale (caratteristica in comune con il mandato *mortis causa*) mediante la quale il mandatario compie, dopo la morte del mandante, atti a contenuto non patrimoniale oppure attività materiali non afferenti a diritti patrimoniali successori[32].

Più precisamente, il mandato *post mortem exequendum* si contraddistingue sul fondamento che si tratta «di compiere di atti meramente esecutivi di attribuzioni patrimoniali già verificatesi in vita del mandante ed in particolare di operare la consegna di beni già estranei o divenuti estranei al patrimonio del *de cuius* in vita dello stesso [33]».

Proprio quest'ultimo profilo, ossia la natura dell'affare che funge da oggetto dell'incarico da eseguirsi *post mortem*, rappresenta il criterio distintivo tra mandato *mortis causa* e mandato *post mortem exequendum*: caratteristica che vale a sostenere rispettivamente la nullità del primo, per violazione del divieto dei patti successori ai sensi dell'art 458 {URL} [34].

In realtà, il tema dell'ammissibilità del mandato *post mortem exequendum* è stato per molti anni oggetto di interesse dottrinale.

Più precisamente, i suoi possibili profili di invalidità venivano ricondotti essenzialmente all'analisi di due norme: l'art. 1722 n. 4 {URL}

Per ciò che concerne il contrasto con l'art. 1722 {URL} [35].

Escludendo, quindi, il carattere imperativo della regola «*mandatum morte finitur*[36]», si

riconosce la possibilità che le parti concludano in vita un contratto di mandato con cui affidare al mandatario l'incarico di eseguire attività a contenuto non patrimoniale dopo la morte del mandante.

Quanto ai profili di incompatibilità con l'art. 458 {URL} *ratio* del divieto dei patti successori è da individuarsi nell'esigenza di assicurare l'esclusiva rilevanza della volontà e delle istanze del disponente[37], occorre tenere ben presente la distinzione tra atto *mortis causa* e atto *inter vivos* con effetti *post mortem*[38].

A tal proposito, se, da un lato, il primo si caratterizza per essere sempre *de residuo* (perché avente ad oggetto ciò che residua alla morte del titolare) e *si premoriar* (nel senso che è privo di efficacia prima della morte del *dante causa* e necessita la sua premorienza rispetto al destinatario), l'atto *inter vivos* con effetti *post mortem* si perfeziona e diviene immediatamente vincolante per il suo autore, ancorché gli effetti finali sono differiti al momento della sua morte[39].

Così delineate le ragioni per cui il testamento è l'unico negozio con cui si può disporre validamente della sorte del proprio patrimonio successivamente alla morte, il mandato *post mortem ad exequendum* è considerato un accordo *inter vivos* con effetti *post mortem* che non integra un trasferimento di beni, bensì un incarico gestorio a contenuto non patrimoniale che, per tale ragione, non contrasta con il divieto di cui all'art 458 {URL}

Dunque, in sintesi, l'unica tipologia di mandato *post mortem* validamente riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza è rappresentata dal mandato *post mortem exequendum*, là dove il termine *exequendum* indica il compimento di mere attività materiali, compatibili con i principi posti a fondamento del divieto dei patti successori che escluderebbero la validità del mandato allorquando quest'ultimo, mediante un'indagine condotta sotto il profilo causale, assume funzione regolatrice della successione.

## **5. Il mandato *post mortem ad exequendum* come valida alternativa per disciplinare l'eredità digitale**

Ad oggi il mandato *post mortem ad exequendum* rappresenta uno degli strumenti più utilizzati per impartire istruzioni relative alla gestione di particolari dati digitali.

Si potrebbe parlare a tal proposito di «mandato *post mortem* digitale[40]», intendendosi in tal senso quello strumento con cui il disponente individua un proprio soggetto di fiducia cui affidare le credenziali o *password* per gestire la propria eredità digitale, per il tempo successivo alla sua morte.

D'altronde, si è evidenziato come tale soluzione sia, da un lato, più coerente con le

esigenze di maggiore riservatezza e versatilità sottese alla successione digitale e[41], dall'altro lato, necessaria nell'ottica di evitare le problematiche che conseguirebbero in caso di mancata pianificazione della destinazione dei propri beni digitali ed *account* (si pensi, ad esempio, alle clausole di intrasmissibilità, predisposte dai gestori dei servizi *internet*, che appunto sanciscono l'estinzione automatica dell'*account*).

Una simile soluzione sembrerebbe, inoltre, trovare avallo anche dal punto di vista legislativo ovvero nella disposizione di cui all'art. 2-terdecies del Codice della *privacy*, il quale tuttavia ammette l'operatività del mandato *post mortem* con riferimento alla gestione dei soli dati personali del *de cuius*[42].

Lo schema del mandato *post mortem ad exequendum* riecheggia anche nelle varie soluzioni prospettate dai *providers* nelle condizioni generali di contratto: la figura del {URL} (previsto da *Facebook*), il servizio di «gestione account inattivo» (predisposto da *Google*), nonché i servizi, anche a pagamento, offerti da alcune aziende (ad es., la piattaforma digitale *E-Legacy*) che, in qualità di mandatarie e mediante la stipula di un apposito contratto sottoscritto dal titolare dei dati, si occupano della trasmissione/gestione dell'eredità digitale[43].

Insomma, in tutti questi casi sembrerebbe confermato il ricorso ad una fattispecie inquadrabile nel mandato *post mortem exequendum*, con cui il *de cuius* consegna ad un soggetto di propria fiducia le chiavi di accesso ai propri dati digitali, impartendo altresì le opportune istruzioni sul da farsi.

Tuttavia, in senso critico, deve evidenziarsi sotto diversa prospettiva come in realtà la soluzione che privilegia il ricorso al mandato *post mortem ad exequendum* non è priva di problematicità.

Il rischio che emerge è quello di accessi abusivi negli *account* o comunque di un uso distorto delle *password* e credenziali da parte del soggetto fiduciario, sia durante la vita sia successivamente la morte del titolare.

Peraltro, è necessario interrogarsi su come può monitorarsi la fedele esecuzione dell'incarico da parte del mandatario.

Il pericolo potrebbe ridursi nell'ipotesi in cui il *de cuius* abbia preventivamente comunicato agli eredi il contenuto, le modalità e i limiti dell'incarico fiduciario affidato al mandatario, consentendo pertanto agli stessi di controllarne l'operato ed agire a fronte di una cattiva gestione delle *password* o comunque dell'esecuzione non diligente del mandato.

Diversamente, laddove gli eredi non conoscono l'identità del soggetto fiduciario né

tantomeno l'esistenza di un'eredità digitale, sarebbe necessario individuare degli espedienti in grado di offrire un quadro chiaro e dettagliato circa le ultime volontà del *de cuius* in tema di trasmissione dei propri *assets* digitali.

Queste sono solo alcune delle potenziali criticità che possono sorgere a fronte della gestione di dati digitali di notevole rilevanza economica (come, ad esempio, *password* che permettono di accedere a portafogli di monete virtuali), atteso che l'assenza di cautele può essere foriera di abusi da parte dei soggetti fiduciari.

## 6. Conclusioni

L'assenza di una disciplina normativa di riferimento diretta a regolamentare il fenomeno, in maniera unitaria e completa, determina il sorgere di una pluralità di criticità o comunque interrogativi, tutt'oggi privi di soluzione e riscontro.

Oltre alle problematiche evidenziate poc'anzi in riferimento al mandato *post mortem ad exequendum*, quale strumento di pianificazione preventiva della propria successione digitale, si riscontrano criticità anche per quanto concerne l'ammissibilità e la validità delle clausole con cui le piattaforme di servizi *internet*, in assenza di una diversa indicazione da parte del titolare, disciplinano le conseguenze e l'accesso dei dati alla morte del *de cuius*.

Risulta naturale interrogarsi sulla circostanza se le condizioni generali di contratto sottoscritte dagli utenti esprimano scelte libere e consapevoli in ordine alla sorte del proprio patrimonio digitale.

A tal proposito, si è accennato a quelle tesi dottrinali che addirittura sostengono la vessatorietà di alcune clausole, soprattutto quelle che dispongono l'automatica cancellazione dell'*account* e la sua intrasmissibilità agli eredi.

Non va, inoltre, dimenticato che ogni soluzione sin qui prospettata da dottrina o giurisprudenza deve comunque coordinarsi e fare i conti con la disciplina in tema di successioni.

Da questo punto di vista ci si potrebbe interrogare su un'altra questione, sintetizzabile nei termini che seguono.

Si pensi al contrasto che potrebbe sorgere tra le disposizioni indicate nelle condizioni generali di contratto o comunque in una dichiarazione preventiva da parte del titolare dei beni digitali e le indicazioni contenute in un atto di ultima volontà del *de cuius*.

In altre parole, nel caso in cui si verifichi una contraddizione (in ordine alla sorte del proprio patrimonio digitale) tra la volontà del *de cuius* contenuta, ad esempio, nel

mandato *post mortem ad exequendum* e quella diversamente espressa nel testamento, è necessario interrogarsi su come risolvere il contrasto.

Ancora, si è evidenziato che il testamento, benché in astratto rappresenta un potenziale strumento di trasmissione dei propri *assets* digitali, può rivelarsi in concreto inadeguato a causa dei suoi rigidi formalismi.

Ebbene, potrebbe riflettersi sulla circostanza che le stesse esigenze di certezza e serietà che giustificano le previsioni formalistiche in materia successoria debbano essere tenute in considerazione anche nella ricerca degli ulteriori strumenti di trasmissione del patrimonio digitale.

In altre parole, in un'ottica di bilanciamento, è utile interrogarsi se sia più conveniente privilegiare dei meccanismi di trasmissione più celeri e flessibili (ma al contempo meno sicuri) oppure appare più appropriata una soluzione che, ancorché meno elastica, sia più scrupolosa e pertanto caratterizzata dal rispetto di appositi formalismi.

Tenuto conto anche dell'eterogeneità dei beni che possono caratterizzare la composizione del patrimonio digitale, il tema della successione digitale è potenzialmente esposto a una serie infinita di problematicità e criticità, da cui pertanto consegue la necessità di un urgente intervento regolatorio nell'ottica di porre fine alla confusione generatasi in materia.

In sintesi, alla luce delle considerazioni sin qui esposte, emerge che il sistema giuridico civilistico italiano focalizza maggiormente l'attenzione su beni materiali e persone fisiche, rilevandosi pertanto poco incisivo nel tutelare diritti che hanno ad oggetto beni digitali.

In conclusione, sulla scia della crescente importanza attribuita al mondo digitale dai processi di rivoluzione tecnologica, l'unica certezza è rappresentata dalla necessità di un intervento legislativo che deve svilupparsi sulla circostanza di garantire dei meccanismi che forniscano all'erede un quadro chiaro e dettagliato del patrimonio digitale del *de cuius* e che al contempo permettano a quest'ultimo di trasmettere in modo sicuro e affidabile le sue volontà successorie.

## Note e riferimenti bibliografici

[1] Si parla a tal proposito di «perennità dei dati e delle informazioni immessi nelle reti telematiche».

Si veda G. RESTA, La morte digitale, in *Dir. inf. e inform.*, 2014, 6, 892.

[2] G. ALPA, L'identità digitale e tutela della persona. Spunti di riflessione, in *Contratto e Impresa*, 2017, 3, 726.

[3] *Slogan* coniato nel 2006 dal matematico *Clive Humby* e rinvenibile in M. NOVARINI, Viaggio dentro il data center italiano che punta all'impatto zero, in {URL}

[4] V. PUTORTÌ, Patrimonio digitale e successione “*mortis causa*”, in *Giustizia civile*, 2021,1, 164.

[5] Per l'individuazione della nozione di patrimonio digitale: R. BERTI – S. ZANETTI, *Trasmissione mortis causa del patrimonio e dell'identità digitale: strumenti giuridici operativi e prospettive de iure condendo*, in *Law and media working paper series*, 2016, 18, 4 ss.; C. CAMARDI, L'eredità digitale tra reale e virtuale, in *Dir. inf. e inform.*, 2018, 1, 73 ss.; G. MARINO, La successione digitale, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, 1, 179; A. MANIACI - A. D'ARMINIO MONFORTE, La prima decisione italiana in tema di “eredità digitale”: quale tutela post mortem dei dati personali?, in *Il corriere giuridico*, 2021, 5, 664 ss.; F. PINTO, Sulla trasmissibilità mortis causa delle situazioni giuridiche soggettive “digitali”, in *Rivista del notariato*, 2021, 4, 705; M. TAMPIERI, Il patrimonio digitale oltre la vita: quale destino?, in *Contratto e impresa*, 2021, 2, 554 ss.; V. PUTORTÌ, *op. cit.*, 166 ss.

[6] G. RESTA, *op. cit.*, 905.

[7] In tal senso, F. PINTO, *op. cit.*, 706. Peraltro, parte della dottrina utilizza l'espressione «vocazione anomala», a tal proposito si veda G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, I, 967 ss.

[8] Più precisamente, l'art. 115 della L. n. 633/1941 dispone che: «Dopo la morte dell'autore, il diritto di utilizzazione dell'opera, quando l'autore stesso non abbia altrimenti disposto, deve rimanere indiviso fra gli eredi per il periodo di tre anni dalla morte medesima, salvo che l'autorità giudiziaria, sopra istanza di uno o più coeredi, consenta, per gravi ragioni, che la divisione si effettui senza indugio. Decorso il detto periodo, gli eredi possono stabilire, per comune accordo, che il diritto rimanga ancora in comunione per la durata che sarà da essi fissata, entro i limiti indicati nelle disposizioni contenute nei codici. La comunione è regolata dalle disposizioni del Codice civile e da quelle che seguono».

[9] Contrariamente, ovvero nel senso di escludere che i conti correnti *online* possano rientrare nel concetto di eredità digitale, si veda M. PALAZZO, La successione nei rapporti digitali, in *Vita notarile*, 2019, 3, 1321.

[10] C. CAMARDI, *op. cit.*, 78.

[11] G. RESTA, *op. cit.*, 907.

[12] M. CINQUE, L'“eredità digitale” alla prova delle riforme, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1, 81.

[13] Parte della dottrina evidenzia che se fosse previsto un obbligo normativo a carico dei gestori delle piattaforme *online* circa la predisposizione dei {URL} *online tools*, consentendo pertanto all'utente di decidere, in modo libero e consapevole, sulla trasmissibilità o meno dei propri *assets* digitali, si potrebbero risolvere molti problemi attinenti al tema della successione dell'eredità digitale. Sul punto si vedano M. TAMPIERI, *op. cit.*, 560; M. CINQUE, *op. cit.*, 99 ss.

[14] R. BERTI - S. ZANETTI, *op. cit.*, 9. Inoltre, per una approfondita analisi delle regole di *Facebook* valedoli in caso di morte del titolare dell'*account*, cfr. V. BARBA, Interessi “*post mortem*” tra testamento e altri atti di ultima volontà, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 2, 341 ss.

[15] Cfr. {URL}

[16] Informazioni presenti in «un membro della mia famiglia è deceduto di recente/si trova in coma, cosa devo fare relativamente al suo *account Hotmail?*», in {URL}

[17] S. DELLE MONACHE, Successione “*mortis causa*” e patrimonio digitale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 466.

[18] Cfr. A. MANIACI – A. D'ARMINIO MONFORTE, *op. cit.*, 665, secondo cui «i beni digitali possono, nel contempo, essere qualificati (anche) come dati personali, qualora siano costituiti (o contengano) informazioni

riguardanti una persona fisica identificata o identificabile (ex art. 4, Reg. Ue n. 2016/679- {URL} )».

[19] Per lo studio dei profili critici dell'art. 2-terdecies, quale strumento giuridico di regolamentazione dell'esercizio *post-mortem* di diritti riferiti ai dati personali del defunto, si veda A. MANIACI – A. D'ARMINIO MONFORTE, *op. cit.*, 665 ss.; F. PINTO, *op. cit.*, 710 ss.; M. CINQUE, *op. cit.*, 93 ss.; M. PALAZZO, *op. cit.*, 1326 ss.; V. PUTORTÌ, *op. cit.*, 181 ss.; {URL} “persistenza” postmortale dei diritti sui dati personali: il caso Apple, in *Dir. inf. e inform.*, 2021, 1, 29 ss.; R. E. DE ROSA, La trasmissibilità *mortis causa* dei dati digitali, in *Familia*, 2022, 2 ss.

[20] Ad esempio, parte della dottrina dubita della validità delle clausole di intrasmissibilità *mortis causa* predisposte dai *providers* nelle condizioni generali di contratto, attesa la loro natura vessatoria o, comunque, la loro inidoneità ad esprimere una libera volontà dell'utente. Sul punto, per un maggiore approfondimento: F. PINTO, *op. cit.*, 710; G. RESTA, *op. cit.*, 909; M. CINQUE, *op. cit.*, 97; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 464.; G. MARINO, La successione digitale, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, 1, 181.

[21] Un altro importante profilo problematico è rappresentato dal «difficile coordinamento tra le disposizioni in materia successoria dei singoli ordinamenti e le condizioni generali di contratto imposte dagli operatori che forniscono i servizi digitali e che operano nel mercato globale». In questi termini I. MASPEL, Successione digitale, trasmissione dell' "account" e condizioni generali di contratto predisposte dagli "internet services providers", in *I contratti*, 2020, 5, 583 ss.

[22] Espressione utilizzata da G. RESTA, *op. cit.*, 918.

[23] Conflitto che può sorgere sia con riferimento alla trasmissione dei beni soggetti alla disciplina di cui all'art. 93 della Legge sul diritto d'autore, sia con riferimento al tema della legittimazione attiva all'esercizio dei diritti previsti dall'art 2-terdecies del Codice in materia di protezione dei dati personali. Con specifico riferimento a quest'ultima fattispecie, si discute infatti se l'esercizio di tali diritti avvenga *iure successionis* ovvero mediante un acquisto *iure proprio*. Per una attenta analisi di entrambe le tesi: A. MANIACI – A. D'ARMINIO MONFORTE, *op. cit.*, 666.; R. E. DE ROSA, *op. cit.*, 3; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 465 ss.; G. RESTA, La successione nei rapporti digitali e tutela *post mortem* dei dati personali, in *Contratto e Impresa*, 2019, 1, 99 ss.

[24] Sull'atipicità contenutistica del testamento: V. BARBA, *op. cit.*, 327 ss.; G. MUSOLINO, Il testamento e le disposizioni non patrimoniali. Profili di interpretazione alla luce della dialettica tra tipicità e atipicità, in *Rivista del notariato*, 2017,1, 15 ss.

[25] Per una maggiore analisi del lascito testamentario di *password* cfr. L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, 2, 147 ss.

[26] RESTA G., *op. cit.*, 916.

[27] N. DI STASIO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 10, 694.

[28] M. TAMPIERI, *op. cit.*, 572.

[29] Per la definizione di mandato *post mortem*: L. COVIELLO, *Il mandatum post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, 24 ss.; G. NAVARRA, *Del mandato e dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1939, 232 ss.; U. CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario del dir. priv.*, Milano, 1980, I, 474; G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, I, 27; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2022, XI, 30.

[30] F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contratto e impresa*, 1990, 82; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita notarile*, 1993, 2, 1250; A. ANSALDO, *In tema di mandato post mortem*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, 499; N. DI STASIO, *op. cit.*, 690 ss.; A. A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato post mortem. Contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, 458; V. PUTORTÌ, *Mandato "post mortem" e divieto dei patti successori*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 11, 737; L. VIZZONI, *Mandato post mortem ed eredità digitale*, in *Familia*, 2019, 1.

[31] G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 130.

[32] Sulla distinzione tra mandato *mortis causa* (nullo perché integrante il trasferimento di beni inerenti all'asse ereditario) e mandato *post mortem ad exequendum* (valido perché avente ad oggetto l'esecuzione di un'attività giuridica o materiale dopo la morte del *de cuius* e non pertinente ai diritti patrimoniali successori): U. CARNEVALI, *Negozi fiduciari e mandato "post mortem"*, in *Giurisprudenza commerciale, società e*

fallimento, 1975, 5, 703 ss.; P. GALLO, Successioni in diritto comparato, Milano, 2011, II, 856; L. GHIDONI, Conferme e novità in tema di mandato “*post mortem*”, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 3, 947 ss.; F. GRADASSI, *op. cit.*, 829.

[33] C. CICERO, Il (falso?) problema della contrattualizzazione del diritto successorio, in *Rivista del notariato*, 2022, 2, 13.

[34] La dottrina, pertanto, concorda nell’attribuire rilevanza all’oggetto dell’incarico da eseguirsi *post mortem* per stabilire la validità o meno del mandato. In tal senso, G. BONILINI, Una valida ipotesi di mandato *post mortem*, in *I contratti*, 2000, 12, 1101 ss.; A. PALAZZO – A. SASSI, Trattato della successione e dei negozi successori, Milano 2012, I, 575.; A. A. DOLMETTA., *op. cit.*, 458;

[35] A sostegno della tesi della natura non cogente della norma: G. BONILINI, *ibid.*; L. GHIDONI, *op. cit.*, 946; P. GALLO, *op. cit.*, 856; U. CARNEVALI, *op. cit.*, 702; G. MUSOLINO, Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato *post mortem*, in *Rivista del notariato*, 2007, 3, 692. Diversamente, a sostegno della tesi opposta che riconosce carattere inderogabile all’art. 1722 n. 4 {URL} *post mortem* si estinguerebbe alla morte del mandante, cfr. N. DI STASIO, *op. cit.*, 689; R. NICOLÒ, Attribuzioni patrimoniali *post mortem* e *mortis causa*, in *Vita notarile*, 1971, 154.

[36] In questi termini: A. ANSALDO, *op. cit.*, 500; L. COVIELLO, *op. cit.*, 17.

[37] D. ACHILLE, I patti successori istitutivi e l’interpretazione tradizionale, in *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell’autonomia privata nella successione futura*, 61; N. DI STASIO, *op. cit.*, 687; V. PUTORTÌ, *op. cit.*, 742; M. TAMPIERI, Il contratto a favore di terzi e patti successori. Alcuni orientamenti a confronto, in *Vita notarile*, 2011, 3, 1806 ss.

[38] Non può sostenersi la tesi secondo cui la ragione giustificatrice del divieto deve rinvenirsi nell’esigenza di garantire la libera revocabilità dell’atto di ultima volontà fino al momento della morte, atteso che, se così fosse, il problema potrebbe essere facilmente superato ammettendo l’esistenza di contratti *mortis causa* arricchiti della presenza di clausole che riconoscono al *de cuius* la possibilità di recesso unilaterale. Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2019, I, 230.

[39] Sulle caratteristiche che delineano le differenze tra gli atti *inter vivos* con effetti *post mortem* e gli atti *mortis causa*, D. ACHILLE, *op. cit.*, 64; N. DI STASIO, *op. cit.*, 687; F. GRADASSI, *op. cit.*, 834; V. PUTORTÌ, *op. cit.*, 743.

[40] Espressione utilizzata da G. RESTA, *op. cit.*, 916.

[41] C. CAMARDI, *op. cit.*, 87; N. DI STASIO, *op. cit.*, 694.

[42] M. PALAZZO, *op. cit.*, 1131; F. PINTO, *op. cit.*, 713; L. VIZZONI, *op. cit.*, 2; V. PUTORTÌ, {URL} .., 182.

[43] R. BERTI – S. ZANETTI, *op. cit.*, 14 ss.; RESTA G., *op. cit.*, 917.

---

\* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9089>

# LA NATURA MERAMENTE OBBLIGATORIA E NON REALE DELLA COMUNIONE DE RESIDUO NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE

*Il dibattito sul controverso e delicato tema della qualificazione giuridica del diritto spettante al coniuge non imprenditore sui beni oggetto della comunione de residuo trae oggi nuovi spunti di riflessione dalla recente sentenza della Corte di cassazione, resa a Sezioni unite che, chiamata a risolvere il contrasto interpretativo, ha riconosciuto la natura meramente obbligatoria e non reale del diritto spettante all'altro coniuge a seguito dello scioglimento del regime patrimoniale legale.*

autore **Consiglia Botta**

## Abstract ENG

The debate on the controversial and sensitive issue of the legal qualification of the right to which the non-entrepreneur spouse is entitled over the property subject to the *communio de residuo* today draws new insights from the recent ruling of the Italian Supreme Court, rendered in unified sections, which called upon to resolve the contrast, recognized the merely obligatory and not real nature of the right to which the other spouse is entitled following the dissolution of the legal property regimen.

**Sommario:** 1. Premessa; 2. *Ratio* e disciplina della *communio de residuo*; 3. La tesi della natura reale del diritto sui beni oggetto della comunione *de residuo*; 4. La tesi della natura creditizia del diritto; 5. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il controverso e delicato tema della qualificazione della posizione giuridica vantata, a seguito dello scioglimento della comunione legale, dal coniuge non imprenditore sui beni della {URL} #160;*communio de residuo* ha, per lungo tempo, impegnato gli interpreti, divisi tra il riconoscimento della natura reale ovvero meramente obbligatoria di tale diritto<sup>[1]</sup>.

La configurazione della comunione residuale – dei beni cioè che non ricadono immediatamente nel patrimonio comune ma solo in quanto esistenti al momento dello scioglimento del regime patrimoniale legale *ex art. 177, lett. b) e c) e 178* {URL}

Sul dibattito tema, è intervenuta più di recente la Corte di cassazione, a Sezioni unite,

chiamata a risolvere il contrasto interpretativo sulla questione di massima rilevanza concernente la natura del diritto vantato dal coniuge non titolare, sui beni destinati all'esercizio dell'impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi, costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella [URL](#) #160;*de residuo*.

La sentenza del Supremo Collegio, dopo aver ripercorso nell'*iter* logico-argomentativo l'annosa questione, che ha diviso sia la dottrina che la giurisprudenza, ha escluso la contitolarità reale, giungendo a riconoscere natura creditizia a tale diritto, da attribuirsi nella misura del 50% del valore dell'azienda, «quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, al netto delle eventuali passività»[\[2\]](#).

L'attesa pronuncia alimenta un rinnovato interesse, sul tema, riaccendendo il dibattito teorico intorno alla figura.

## **2. Ratio e disciplina della *communio de residuo***

La comunione legale tra i coniugi non consiste soltanto in una peculiare situazione di contitolarità di diritti ma rappresenta il regime giuridico patrimoniale della famiglia, volto a disciplinare gli acquisti effettuati dopo il matrimonio, in una prospettiva che attribuisce rilievo preminente al momento comunitario e partecipativo, anche nell'ambito delle relazioni economiche che intercorrono tra i membri della famiglia[\[3\]](#).

Come la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire, a differenza della comunione ordinaria nella quale i partecipanti sono individualmente titolari di un diritto di quota che delimita il potere di disposizione di ciascuno sulla cosa comune, la comunione legale si caratterizza per essere una “comunione senza quote”, nella quale ciascun coniuge è titolare di un diritto avente ad oggetto i beni della comunione, solidalmente con l'altro; in sostanza, nel regime patrimoniale legale la quota ha «soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari, la misura della responsabilità sussidiaria di ciascuno dei coniugi, e infine la proporzione in cui, sciolta la comunione, l'attivo ed il passivo saranno ripartiti tra i coniugi o i loro eredi» [\[4\]](#).

Si tratta, peraltro, di un sistema composito nel quale si riscontrano differenti modalità temporali di acquisizione dei beni al patrimonio comune.

Accanto alla previsione di ciò che costituisce oggetto di comunione immediata, il Codice civile pone infatti una articolata disciplina per i beni della [URL](#) #160;*communio de residuo*; per quei beni, cioè, che confluiscono in modo differito nella comunione, purché esistenti e non consumati al momento dello scioglimento della stessa.

Si tratta di una pluralità di fattispecie, specificamente individuate dal legislatore, che trovano espressa disciplina negli artt. 177 e 178 {URL} [5], a condizione che siano presenti nel patrimonio di ciascun coniuge al momento dello scioglimento del regime patrimoniale legale della famiglia.

Lo scioglimento, conseguente al verificarsi di una delle cause previste dall' {URL} #160;«attratti alla disciplina della comunione legale»[6], a differenza di quanto accade agli acquisti di natura personale tassativamente elencati all' {URL} #160;

Dunque, mentre gli acquisti effettuati anche separatamente durante il matrimonio cadono immediatamente in comunione, così come le aziende costituite dopo il matrimonio e gestite da entrambi, (art. 177, lett. a e d, {URL} ), diversa è la disciplina in relazione ad una serie di beni per i quali il legislatore ha disposto l'esclusione solo *medio tempore* dal regime legale.

Si tratta di beni di cui il coniuge titolare conserva la libera disponibilità in costanza del vincolo, ma che successivamente, se non consumati al momento dello scioglimento, cadono in comunione *de residuo*. Il riferimento è in particolare, ai frutti dei beni individuali e ai proventi dell'attività separata di ciascuno di essi (art. 177, lett. b e c, {URL} ), nonché ai beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno solo tra i due, costituita dopo il matrimonio, e agli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente, ma realizzati in costanza di matrimonio, qualora sussistenti al momento dello scioglimento del regime patrimoniale legale (art. 178 {URL} ).

La *communio de residuo* si configura pertanto come una fattispecie incerta sia nell'*an*, poiché subordinata all'esistenza concreta ed effettiva del *residuum*, sia nel *quantum*, realizzandosi la contitolarità solo sui beni ancora esistenti al momento della cessazione del regime patrimoniale legale.

La *ratio* della scelta legislativa viene tradizionalmente individuata nella necessità di bilanciare le istanze solidaristiche poste a fondamento della vita coniugale *ex art. 29 Cost.*, con la tutela della proprietà privata e la libertà di autodeterminazione, gestione e remunerazione del lavoro del coniuge percettore, di cui agli artt. 35, 41 e 42 Cost.

A ben vedere, l'obiettivo che permea la Riforma del 1975 è quello di realizzare un'equilibrata composizione tra diverse esigenze, tutte costituzionalmente tutelate; al principio di solidarietà in ambito familiare è funzionalmente collegata l'individuazione, quale regime patrimoniale legale, del regime di comunione - nel rispetto tuttavia della libertà di scelta dei singoli per un diverso regime[7] - conformato in modo da realizzare, anche nel campo dei rapporti patrimoniali, un modello di famiglia che valorizzi l'eguaglianza sostanziale e la comunità di vita tra i coniugi[8], e garantisca, nel contempo, l'indipendenza dell'iniziativa economica dei singoli, quale espressione di

una libertà individuale che è posta a salvaguardia della dignità personale e non può essere conculcata in conseguenza del matrimonio[9].

In questa prospettiva, pur con qualche ambiguità testuale che in questi anni ha reso complesso il lavoro dell'interprete, trova collocazione la disciplina della *communio de residuo*; come hanno efficacemente sottolineato le Sezioni unite della Suprema Corte, «se la finalità dell'istituto è quella di garantire l'uguaglianza delle sorti economiche dei coniugi in relazione agli eventi verificatisi dopo il matrimonio, il legislatore ha avuto anche ben presente l'esigenza di assicurare al singolo coniuge un adeguato spazio di autonomia nell'esercizio delle proprie attività professionali o imprenditoriali, ed in generale nella gestione dei propri redditi da lavoro come pure dei frutti ricavati dai beni personali.

L'obiettivo era quello di fornire una disciplina che operasse un necessario ed equilibrato bilanciamento tra alcuni principi, tutti di rango costituzionale e, come tali, meritevoli in egual modo di protezione, quali la tutela della famiglia, (art. 29 Cost.), il principio di pari uguaglianza dei cittadini (art. 3 Cost.), la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) la remunerazione del lavoro (art. 35 Cost.) »[10].

Questa prevalenza attribuita alla libertà individuale nell'amministrazione e gestione della propria attività lavorativa, esercitata sempre nel rispetto delle esigenze della solidarietà familiare, dà conto dell'assenza di un espresso obbligo, per il coniuge percettore, alla conservazione dei beni, dei proventi o dei frutti ricavati dallo svolgimento della propria attività di lavoro, che costituiranno infatti *residuum* solo qualora esistenti e non consumati al momento dello scioglimento.

Non è infatti previsto alcun vincolo, per il coniuge titolare, alla preservazione del patrimonio personale durante il regime di comunione legale, se non quello legato all'assolvimento dell'obbligo primario ed inderogabile di contribuzione, in misura proporzionata alle proprie sostanze, ai bisogni della famiglia, previsto all' {URL} #160;

Pertanto, sia i beni personali dei coniugi, sia i proventi derivanti dall'attività lavorativa, essendo nella libera disponibilità dei rispettivi titolari, una volta soddisfatto prioritariamente l'obbligo di contribuzione alle esigenze della famiglia, potranno essere gestiti individualmente da ciascuno di essi, liberamente[11].

### **3. La tesi della natura reale del diritto**

Come si è avuto modo di osservare, il regime residuale prevede che al coniuge non titolare venga riconosciuta una compartecipazione differita, al momento dello scioglimento della comunione, alla ricchezza prodotta dall'altro durante il matrimonio; resta tuttavia da chiarire la natura del diritto che gli viene attribuito, al fine di procedere

alla quantificazione complessiva del patrimonio ed alla sua successiva divisione.

Sin dall'introduzione della Riforma del 1975, come si è detto, la delicata questione ha impegnato gli interpreti, divisi tra il riconoscimento di un diritto di natura reale ovvero di natura creditizia al coniuge non titolare, sui beni oggetto di *communio de residuo*, animando così un dibattito che si è prevalentemente concentrato sull'ipotesi relativa alla caduta in comunione *de residuo* dei beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e degli incrementi dell'azienda costituita prima, ma realizzati in costanza del vincolo matrimoniale, qualora sussistenti al momento dello scioglimento (art. 178 {URL} )[\[12\]](#).

La rilevanza sul piano applicativo della soluzione accolta, nella fattispecie *de quo*, riguardo alla natura giuridica del diritto, oggetto di compartecipazione differita, spettante al consorte non imprenditore può essere agevolmente colta in relazione alla circostanza che essa si riverbera non solo sulla posizione dei coniugi, ma ancor più ha incidenza nei confronti dei terzi, ed in particolare dei creditori del coniuge imprenditore, dal momento che i beni in comunione *de residuo* possono essere aggrediti esecutivamente, nella loro interezza, alla stregua di beni personali, fino al momento dello scioglimento del regime patrimoniale legale. Successivamente, tale principio può continuare a trovare applicazione solo ove si attribuisca natura obbligatoria e non reale al diritto dell'altro coniuge.

Quella parte della dottrina[\[13\]](#), che configura in termini di realtà il diritto del coniuge non titolare sui beni in comunione *de residuo*, fonda la propria interpretazione, principalmente su un argomento testuale, ricavabile dal tenore letterale delle norme di cui agli artt. 177, lett. b) e c) e 178 {URL} (la prima indicando che “costituiscono” (art. 177 {URL} ); la seconda che “si considerano oggetto” art. 178 {URL} ).

Questa circostanza lascerebbe trasparire l'intento del legislatore di attuare *ex lege* una contitolarità reale sui beni della *communio de residuo*, in virtù della quale l'altro coniuge diventa comproprietario del bene del coniuge imprenditore o professionista[\[14\]](#), considerato personale *manente comunione*; con il vantaggio non solo di unificare, sotto il profilo della natura giuridica e della disciplina, la sorte della comunione immediata e di quella differita[\[15\]](#) - in ossequio alla visione solidaristica posta a fondamento della disciplina della comunione legale, che troverebbe così una compressione solo temporanea a fronte dell'esigenza di salvaguardare la libertà individuale e l'iniziativa economica del coniuge imprenditore - ma anche di offrire maggiore tutela al coniuge non titolare che, divenuto comproprietario, eviterebbe il concorso con gli eventuali creditori del consorte[\[16\]](#).

A ciò si aggiunge il rilievo, ancora una volta testuale, dell'assenza, nell'art. 192 {URL} #160; differita; la mancata previsione di un diritto di credito derivante dai beni *de*

*residuo* tra le reciproche partite di dare e avere intercorrenti tra i coniugi, allo scioglimento, suffragherebbe il riconoscimento della natura reale e non obbligatoria del diritto<sup>[17]</sup>.

Al riguardo, tuttavia, le Sezioni unite della Suprema Corte, nel loro recente intervento, sottolineano come il tenore letterale delle norme richiamate contiene un'ambiguità semantica che può agevolmente dare adito ad una diversa interpretazione; come già anche parte della dottrina<sup>[18]</sup> aveva avuto modo di sostenere, l'uso del verbo "considerare" adoperato dall'art. 178 {URL} #160; *voluntas legis* di sottoporre la *communio de residuo* e, in particolare, quella di impresa, a un regime giuridico diverso da quello previsto dall'art. 177 {URL}

Negli stessi termini, l'omissione rilevata in ordine al contenuto della norma di cui all'art. 192 {URL} #160; *communio de residuo*.

E' da segnalare, tuttavia, l'interpretazione di altra parte della dottrina<sup>[19]</sup> la quale, pur aderendo alla tesi della realtà del diritto, individua l'esistenza di una contitolarità sul saldo attivo del patrimonio aziendale, rimanendo il coniuge non imprenditore estraneo alla responsabilità per i debiti connessi all'attività imprenditoriale, che acquistano rilevanza al solo al fine di determinare il valore netto del patrimonio aziendale, calcolato detraendo le passività sorte in epoca anteriore alla cessazione del regime patrimoniale legale.

A tal proposito, si è osservato<sup>[20]</sup>, infatti che «al coniuge estraneo all'impresa fino al momento dello scioglimento non possono [...] accollarsi le obbligazioni contratte nell'esercizio di essa, né può, per altro verso, attribuirgli una metà dei beni aziendali, a prescindere da tali obbligazioni, così come non si può costringerlo a divenire imprenditore né spogliare l'altro coniuge del diritto esclusivo e personale d'impresa».

Pertanto, anche in caso di individuazione del diritto in termini di realtà, non sussisterebbe il coinvolgimento dell'altro coniuge, in quanto, questi, «divenuto comproprietario dell'azienda e legittimato, quindi, a farla comprendere nella divisione stessa, rimane tuttavia estraneo all'impresa, per il cui esercizio dovrà dirsi che l'altro coniuge si avvale, fino alla divisione, di un'azienda parzialmente altrui»<sup>[21]</sup>.

Al riguardo, le Sezioni unite della {URL} #160; «che quale entità astratta, attiene a calcoli economici, non si adatta al diritto reale, e, inoltre, rispetto alle passività dovrebbe essere chiamato a risponderne anche il coniuge non imprenditore, il quale sarebbe esposto ad una responsabilità illimitata, che coinvolgerebbe anche i suoi beni personali, senza che possa opporsi il limite del valore dei beni in comunione *de residuo*<sup>[22]</sup>».

#### **4. La tesi della natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione *de***

## *residuo*

A favore della tesi della qualificazione creditizia del diritto vantato dal coniuge non titolare, militano le già richiamate esigenze sottese all'istituto della comunione *de residuo*, volta a realizzare un equilibrato contemperamento tra le istanze solidaristiche della famiglia e la libertà di iniziativa economica del coniuge imprenditore, anche nella fase patologica del rapporto.

Il riconoscimento della natura obbligatoria del diritto garantisce, cioè, il bilanciamento tra l'aspettativa di fatto del coniuge non titolare sulle entità patrimoniali e gli incrementi di valore dei beni oggetto di *communio de residuo*, e il diritto del coniuge imprenditore di continuare ad assumere liberamente le proprie scelte in relazione alla gestione dell'attività aziendale.

Si sottolinea in dottrina, peraltro, che appare contraddittorio ritenere che la libertà di esercizio dei poteri di disposizione e godimento sui beni, i frutti ed i proventi personali, riconosciuta all'imprenditore in costanza di matrimonio, possa essere compresa successivamente, con il riconoscimento di una situazione di natura reale sui beni *de residuo* proprio quando il vincolo coniugale si infrange e i rapporti dovrebbero affievolirsi e non, viceversa, rafforzarsi mediante nuove ipotesi di contitolarità[23].

Il riconoscimento della natura creditizia del diritto dell'altro coniuge[24] consente a quest'ultimo, coerentemente con la *ratio legis* «e senza menomare la libertà personale del primo, di partecipare, sotto forma di diritto di credito, alla ricchezza prodotta durante la convivenza familiare»[25], ponendo al centro dell'attenzione la tutela delle esigenze dell'impresa.

Viene evitato, in tal modo, il rischio di una paralisi dell'attività produttiva che potrebbe determinarsi sia a causa di difficoltà nella gestione legate al rispetto delle regole dettate per i beni comuni - «anche ove si reputi che la qualità di imprenditore resti sempre in capo al coniuge che l'aveva prima dello scioglimento del regime di comunione legale»[26] - sia attraverso la dimidiazione della garanzia patrimoniale che potrebbe pregiudicare i creditori, i quali fondano il proprio affidamento, anche in vista della concessione del credito, sulla consistenza dell'azienda ritenuta di proprietà esclusiva dell'imprenditore[27].

Inoltre, in assenza di una specifica previsione che contempli un diritto di prelazione al favore del coniuge non imprenditore, all'esito della divisione, ove il complesso aziendale non risultasse agilmente divisibile, potrebbe verificarsi l'ipotesi che a chiederne l'assegnazione sia il coniuge non imprenditore o, addirittura, che si determini la necessità di vendere il complesso aziendale a terzi [28].

Parimenti esiziale, per la sopravvivenza dell'impresa, potrebbe configurarsi l'ipotesi di una comunione sui beni aziendali tra il coniuge imprenditore e gli eredi dell'altro, nell'ipotesi di decesso di quest'ultimo.

## 5. Conclusioni

Le Sezioni unite della [URL](#) #160;*ratio* dell'istituto della comunione residuale - che mira, cioè, a realizzare un bilanciamento tra le esigenze sottese da un lato ai principi costituzionali ispiratori della comunione dei beni, di distribuzione delle risorse che ciascun coniuge realizza durante il regime legale<sup>[29]</sup> e dall'altro, quelle di libertà individuale, che deve essere garantita al coniuge imprenditore in attuazione dei precetti costituzionali di tutela dell'iniziativa economica e della remunerazione del lavoro - aderiscono alla tesi della natura creditizia del diritto spettante all'altro coniuge, riconoscendo una partecipazione pari alla metà dell'ammontare del denaro o dei frutti oggetto di comunione *de residuo*, ovvero del controvalore dei beni aziendali e degli eventuali incrementi, al netto delle passività.

La pronuncia, muovendo dalla considerazione che le esigenze solidaristiche della famiglia sono da considerarsi recessive rispetto a quelle di assicurare il soddisfacimento di altri concorrenti diritti di pari dignità costituzionale, nonché di garantire tutela ai creditori, accoglie la soluzione, prospettata da una parte degli interpreti, che valorizza l'interesse aziendale, laddove tale esegesi consente un controllo gestionale unitario e la sopravvivenza stessa dell'impresa, altrimenti potenzialmente compromessa dalle vicende familiari, senza tuttavia vanificare in termini patrimoniali l'aspettativa di fatto vantata dal coniuge non imprenditore sui beni *de residuo*.

Questa interpretazione, peraltro, oltre ad essere in sintonia con le scelte operate in diversi ordinamenti stranieri<sup>[30]</sup>, e a porsi nel solco degli orientamenti comunitari in materia di conservazione dell'unità aziendale, nell'evenienza di una crisi familiare, appare coerente anche con la *voluntas* legislativa sottesa all'introduzione nel nostro ordinamento del cd. patto di famiglia, di cui agli artt. 768 e ss., che costituisce uno strumento funzionale a garantire la continuità dell'impresa a fronte di vicende potenzialmente destabilizzanti, nel rispetto delle esigenze della solidarietà.

Nella stessa linea, la [URL](#) #160;*de residuo*.

## Note e riferimenti bibliografici

- [1] Ampia la letteratura sul tema; cfr. tra gli altri, in particolare, {URL} *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in Riv. dir. {URL} #160; M. DETTI, *Oggetto, natura e amministrazione della comunione legale*, in Riv. not., 1976, 1173; A. JANNARELLI, *Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia*, in Foro it., 1977, V, 270; V. DE PAOLA, A. MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, 212; F. PROSPERI, *Sulla natura della comunione legale*, Napoli, 1983, 151; T. AULETTA, *La comunione legale*, in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, 112 ss.; G. DI TRANSO, *La comunione de residuo* in {URL} . *Scritti in onore di G. Capozzi. Il diritto privato*, I, 1, Milano, 1992, 531 ss.; A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, Art. 159-230, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, continuato da F. Galgano, Bologna-Roma, 2003, 240; C. BENANTI, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, in *Famiglia*, 2005, 1076 s., G. OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da {URL}
- [2] Così Cass., Sez. un., 17 maggio 2022 n. 15889, in {URL} , 22 agosto 2022, con nota di N. SCARANO, in *Notariato*, 2022, 365, con nota di {URL} #160; *Riv. not.*, 2022, p. 201 ss., con nota di {URL} #160; *Vita not.*, 2022, 579, con nota di {URL}
- [3] Così F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino 2022, 459 ss. Cfr. F. PROSPERI, *Sulla natura della comunione legale*, cit., 36, che qualifica la comunione legale come regime patrimoniale della famiglia funzionalizzato al godimento e all'amministrazione paritaria dei beni da parte dei coniugi, nonché alla loro partecipazione differita sugli stessi al momento dello scioglimento.
- [4] Così, Corte cost. 10 marzo 1988, n. 311, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1388. Nello stesso senso, Cass. 7 marzo 2006, n. 4890, in Rep. Foro It., 2006, voce *Famiglia*, (*Regime patrimoniale*), 6. In dottrina cfr. M. FRAGALI, *La comunione*, in Tratt. Cicu-Messineo, XIII, 2, Miano, 1978, 124.
- [5] Cfr. G. CIAN, e A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 436 ss.
- [6] Cass. Sez. un., 17 maggio 2022 n. 15889 in {URL} , 22 agosto 2022, con nota di N. SCARANO, in *Notariato*, 4, 2022, p. 365 con nota di {URL} #160; *Riv. not.*, 2, 2022, p. 201 ss. con nota di {URL} #160; *Vita not.*, 2, 2022, p. 579, con nota di {URL} #160;
- [7] Tale libertà di scelta si pone quale espressione dell'avvertita esigenza di consentire ai diretti interessati di adeguare il regime patrimoniale all'assetto economico organizzativo della personale e concreta esperienza familiare. Cfr. E. QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in {URL} 1997, IV, 229 ss.; *Id.*, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1999.
- [8] Sulla famiglia come *consortium omnis vitae*, in dottrina, cfr., per tutti, P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e {URL} #160; 71 ss.
- [9] Ampiamente, F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino 2022, 459 ss.
- [10] Così, Cass., Sez. un., 17 maggio 2022 n. 15889, cit.
- [11] Cfr. sul punto, Cass. 12 febbraio 2021 n. 3767, in {URL} ., la quale, in linea con l'interpretazione prevalente, sottolinea che il legislatore «non prevede vincoli di destinazione, né impone limiti o controlli al diritto di ciascun coniuge di disporre del *surplus* dei propri redditi», in quanto non esiste «alcun diritto di ciascun coniuge sui proventi dell'altro e sul modo in cui questi li amministra». In sostanza, al coniuge percettore viene riconosciuto, «*manente comunione*, rispetto ai proventi dell'attività personale, un potere di godimento, di amministrazione e disposizione pieno, salvo il limite di contribuire ai bisogni della famiglia, che peraltro sussiste anche con riferimento ai beni personali». La Corte prosegue, rilevando che «la comunione *de residuo* si realizza al momento dello scioglimento della comunione, limitatamente a quanto effettivamente sussista nel patrimonio del singolo coniuge e non a quanto avrebbe potuto ivi rinvenirsi. Ne consegue, che ai sensi dell'art. 177 lett. c), sono esclusi dalla comunione legale i proventi dell'attività separata da ciascuno dei coniugi e consumati, anche per fini personali, in epoca precedente allo scioglimento della comunione», discostandosi in tal modo dall'orientamento che riconosceva la caduta in comunione *de residuo* oltre che dei redditi sussistenti al momento dello scioglimento della comunione legale «anche dei redditi percetti e

percipiendi, rispetto ai quali il titolare non riesca a dimostrare che siano stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione»; in questo senso, Cass. 12 settembre 2003 n. 13441, in *Corr. giur.*, 2006, 813, con nota di G. {URL} #160; *Dir. e Giur.*, 2003, 39, con nota di {URL} #160; *Giust. civ.* 2004, I, 341; in *Vita not.* 2004, 278, in *Dir. fam.*, 2004, 933; Cass. 10 ottobre 1996, n. 8865, in *Fam. dir.*, 1996, 515 ss., con nota di P. SCHLESINGER; in *Vita not.*, 1996, 1200, con nota di M. FINOCCHIARO. In dottrina, cfr. T. AULETTA, op. cit., p. 99 ss.

[12] Diversa, per espressa previsione codicistica, la disciplina relativa alle aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio, che cadono in comunione immediata ex 177, co. 1, lett. d).

[13] Cfr. F. PARENTE, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, nota a Trib. Camerino, 5 agosto 1988, in *Foro it.*, 1990, I, 2345; P. SCHLESINGER, op. cit., 139 s.; L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Tratt. di diritto privato, Persone e famiglia*, II, diretto da P. Rescigno, Torino, 1996, 440 ss.

[14] Individua la realizzazione di una contitolarità automatica, P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., 120. In giurisprudenza, cfr.: Pret. Bari, 6 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 8 e in *Giur. merito*, 1984, 616 e 1138, con note di M. GIONFRIDA DAINO e M. DOGLIOTTI.

[15] C. BENANTI, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, cit., 1092.

[16] Cass., Sez. un., Cass. 9 marzo 2000 n. 2680 in *Foro it.*, 2000, I, 3551; Cass. 14 aprile 2004, n. 7060, in *Riv. not.*, 2004, 1483; Cass. 3 luglio 2015 n. 13760 in *Notariato*, 2015, 526; Cass. 14 aprile 2004, n. 7060, in *Riv. not.*, 2004, 1483; Cass. 9 marzo 2000 n. 2680 in *Foro it.*, 2000, I, 3551.

[17] G. DI TRANSO, *Comunione legale*, cit., 51.

[18] Ampiamente sostenuta in dottrina; in questo senso F. PARENTE, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, cit.; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2009, 67 s.; V. DE PAOLA E A. MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., 115.

[19] G. GABRIELLI e M. G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 209 ss. Contra, G. OBERTO, *Sulla natura della comunione residuale al momento dello scioglimento della comunione legale*, nota a Cass. 29 novembre 2010, n. 42182 in {URL} ., 2011, 369 ss.

[20] G. GABRIELLI e M. G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., 209 ss.

[21] G. GABRIELLI e M. G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., 209.

[22] Cfr. Così Cass., Sez. un., 17 maggio 2022 n. 15889, cit. In dottrina, G. OBERTO, *Sulla natura della comunione residuale al momento della cessazione del regime legale*, cit., 371.

[23] Cfr. G. CIAN, e A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Noviss.* {URL} #160; A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., 526.

[24] In giurisprudenza, cfr.: Tribunale di Camerino 5 agosto 1988, cit.; Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, 542 ss.; Cass. 21 maggio 1997 n. 4533, in *Mass. giust. civ.*, 1997, 809; Cass. 20 marzo 2013 n. 6876 in *Fam. e dir.*, 2013, 7, 659. In dottrina, cfr. {URL} #160; *La "comunione legale" nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, 36 ss.; G. CIAN, *Introduzione generale, sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, 54; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da G. Cicu e A. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1979, 95 e 191; P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., 122.

[25] G. OBERTO, *Sulla natura della comunione residuale al momento dello scioglimento della comunione legale*, cit., 379.

[26] Così Cass., Sez. un., 17 maggio 2022 n. 15889, cit.

[27] Così già Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, cit., secondo la quale «sono meglio tutelati i creditori dell'imprenditore, i quali fanno di potere contare su tutti i beni che risultano intestati all'imprenditore e facenti parte dell'azienda. Questa protezione dei creditori appare logica proprio perchè l'imprenditore è, per la attività stessa, fisiologicamente soggetto che ricorre al credito altrui (fornitori, banche)».

[28] Così Cass., Sez. un., 17 maggio 2022 n. 15889, cit.

[29] F. PARENTE, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, cit., 2345.

[30] Sul punto, ampiamente, G. OBERTO, *Sulla natura della comunione residuale al momento dello scioglimento della comunione legale*, cit., 372 ss.

---

\* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9191>

# OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA: SETTEMBRE/OTTOBRE 2022

*Osservatorio bimestrale relativo alle principali sentenze emesse dalla Corte di cassazione in tema di Diritto penale dell'economia. Periodo Settembre-Ottobre 2022*

autore **Gaia Gandolfi**

## Abstract ENG

Bimonthly observatory on the main judgments issued by the Court of Cassation in the field of economic criminal law. Period September-October 2022

**Sommario:** **Parte I:** Sentenze in primo piano. 1) Infortuni sul lavoro – Sulla responsabilità del costruttore in caso di infortunio occorso al lavoratore; 2) Illeciti tributari – Non basta l'atto dispositivo per concretizzare la sottrazione fraudolenta; 3) Illeciti fallimentari – La Cassazione mostra aperture rispetto all'irrelevanza delle operazioni di {URL} *cash pooling* all'interno del gruppo societario. **Parte II:** Altre pronunce in rassegna.

## SENTENZE IN PRIMO PIANO

### 1) Infortuni sul lavoro – *Sulla responsabilità del costruttore in caso di infortunio occorso al lavoratore*

Cassazione, Sez. IV, 8 marzo 2022, dep. 13 settembre 2022, n. 33548 – Pres. Ciampi – Rel. Dovere – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 23 {URL} )

(*omissis*)

## RITENUTO IN FATTO

1. (*omissis*) la Corte di appello di Torino ha confermato la sentenza del Tribunale di Torino del 15 novembre 2018, con cui {URL} ), e secondo, {URL} (e con {URL} ), il C., quale presidente del consiglio di amministrazione e consigliere ed amministratore delegato, e, quindi, datori di lavoro della società (*omissis*) {URL} (*omissis*), munito di delega in materia di sicurezza e igiene sul lavoro conferita il 31 ottobre 2001 e il C., quale legale rappresentante della società (*omissis*) {URL} :

1) *omissis*;

2) *omissis*

3) il C. in violazione dell'art. 23 {URL} (*omissis*) {URL} (*omissis*) - lesioni personali consistite in “amputazione con sguantamento III, IV e V dito mano sinistra”, dalle quali derivava uno stato di malattia per un tempo superiore ai 40 giorni, segnatamente giorni 402, nonché l'indebolimento permanente di un organo in quanto il lavoratore, intento ad effettuare la sostituzione di un rotolo di tessuto ormai esaurito con un nuovo rotolo in ingresso alla linea di estrusione 1 - zona calandra - nell'atto di inserire il capo della bobina di tessuto, rimaneva pizzicato con la mano sinistra indossante il guanto di protezione dal calore tra i cilindri della calandra.

Con le aggravanti di avere cagionato una lesione personale grave e di avere commesso il fatto con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro - in (*omissis*), in data (*omissis*).

{URL} :

A) *omissis*.

B) L'accertata non conformità del macchinario adoperato dal lavoratore infortunato al momento del fatto, che era stato poi oggetto di prescrizioni ex {URL} (*omissis*).

C) *omissis*.

D) L'accertato erroneo utilizzo del macchinario in quanto impiegato per attività diverse da quelle previste dal suo costruttore, il quale aveva previsto che l'incorsamento del tessuto avvenisse con un telo (che avrebbe trainato la pasta plastica) in un punto diverso della linea a macchina ferma, evitando il rischio di intrappolamento degli arti nella calandra (presso la quale non era prevista la presenza di operatori).

E) Sussistenza del nesso causale tra la condizione del macchinario e le sue modalità di utilizzo e l'evento verificatosi (*omissis*).

F) *omissis*.

G) *omissis*.

H) La responsabilità del C., legale rappresentante della società costruttrice del macchinario - (*omissis*) {URL} #39;infortunio - ossia la calandra di cui sopra - rivelatosi *ex post* inadeguato da un punto di vista delle precauzioni antinfortunistiche - è stata riconosciuta perché, sebbene tale macchinario fosse stato modificato per adeguarlo alle esigenze produttive della (*omissis*), non era stato provato che l'(*omissis*) non fosse a conoscenza delle modifiche all'impianto e della possibilità di utilizzare una filiera di lunghezza inferiore ai due metri (*omissis*).

{URL}

(*omissis*).

Quanto alla posizione del C., in base al quadro probatorio, la Corte di merito ha ricavato la conoscenza dell'avvenuta modifica del macchinario mediante collocazione di un inappropriato estrusore (di dimensioni diverse da quello originale progettato dalla *omissis*) che presentava componenti in movimento non protette da contatto, anche accidentale, tra l'operatore e gli ingranaggi (*omissis*).

2. Gli imputati, a mezzo dei rispettivi difensori, ricorrono per Cassazione avverso la sentenza della Corte di appello.

3. *omissis*

4. *omissis*

5. Il C., a mezzo del proprio difensore, ricorre per Cassazione avverso la sentenza della Corte di appello, proponendo sette motivi di impugnazione.

{URL} ), Direttiva Macchine 2006/42/CE e 23 {URL}

Si osserva che il C. risponde in qualità di fabbricante della sola calandra e non della più complessa macchina denominata "Linea di estrusione 1" (come erroneamente ancora riportato in sentenza), sulla quale era occorso l'infortunio. Le modifiche apportate dalla (*omissis*) alla linea di estrusione per la quale la (*omissis*) aveva progettato, prodotto e certificato la propria calandra, l'avevano resa differente da quella per la quale la (*omissis*) aveva progettato e venduto la propria calandra. Le caratteristiche di conformità CE della calandra presenti al momento della vendita erano venute meno a causa delle modifiche apportate dalla (*omissis*). L'aggiunta del trasco, componente sconosciuto alla (*omissis*) e installato autonomamente dalla (*omissis*) sulla linea di produzione nonché la decisione della società acquirente di montare una testa di estrusione di dimensioni ridotte rispetto a quella inserita nelle specifiche date alla (*omissis*), avevano sostanzialmente modificato il macchinario originario.

{URL} (documento "Offerta n. {URL} ).

Si rileva che non era condivisibile il passaggio in cui la Corte di appello (salvo poi fornire tutt'altra motivazione) ha tentato di affermare che il C. sapesse delle modifiche che la (*omissis*) voleva apportare alla "Linea di estrusione 1" (*omissis*).

{URL}

Si deduce che la motivazione della sentenza di appello è fondata sull'errato presupposto della conoscenza da parte dell'(*omissis*) delle modifiche apportate. La verifica circa la sussistenza o meno dei requisiti di sicurezza e, conseguentemente, la certificazione vanno rapportati al momento della consegna a chi acquisti. Se, in un momento successivo, e a totale insaputa del venditore-certificatore l'acquirente apporta modifiche sostanziali che richiedono - per i rischi insorti a seguito di esse nuovi e diversi dispositivi di sicurezza, ciò diventa incontrovertibilmente responsabilità esclusiva di chi tali modifiche ha posto in essere (il quale, come già eccepito, assume *ex novo* la qualifica di fabbricante).

{URL}

(*omissis*).

{URL}

Si rileva che le modifiche sostanziali apportate dalla (*omissis*) al macchinario venduto e originariamente certificato dalla (*omissis*) - anche ove non fossero ritenute tali da trasferire sulla medesima società la qualifica di "fabbricante" - risultavano quantomeno idonee ad interrompere il nesso causale rispetto all'evento infortunistico.

{URL}

(*omissis*).

{URL}

(*omissis*).

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I ricorsi proposti da {URL}

2. *omissis*.

3. È fondato anche il ricorso proposto dal C., legale rappresentante della società costruttrice del macchinario - (*omissis*) {URL}

Il ricorrente osserva che, contrariamente a quanto affermato dai giudici di merito, non era a conoscenza delle modifiche apportate al macchinario per adeguarlo alle esigenze produttive della (*omissis*) {URL}

Va ricordato al riguardo, che la responsabilità colposa del costruttore, che deriva

dall'inosservanza delle cautele infortunistiche nella progettazione e fabbricazione della macchina, cioè dalla mancata predisposizione dei sistemi di sicurezza previsti dalla normativa di settore e da quelli che, in relazione alla singola apparecchiatura, si rivelino idonei ad evitare che l'uso del macchinario costituisca pericolo per colui che lo utilizza, può essere esclusa solo quando si provi che l'utilizzatore abbia compiuto sulla macchina trasformazioni di natura e di entità tale da poter essere considerate causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento (*omissis*).

Qualora un infortunio sia dipeso dall'utilizzazione di macchine o impianti non conformi alle norme antinfortunistiche, la responsabilità dell'imprenditore che li ha messi in funzione, senza ovviare alla non rispondenza alla normativa suddetta, non fa venir meno la responsabilità di chi ha costruito, installato, venduto o ceduto gli impianti o i macchinari stessi (*omissis*).

Il costruttore, infatti, in quanto titolare di una posizione di garanzia, risponde per gli eventi dannosi causalmente ricollegabili alla costruzione del prodotto ove risulti privo dei necessari dispositivi o requisiti di sicurezza e sempre che l'utilizzatore non ne abbia fatto un uso improprio, tale da poter essere considerato causa sopravvenuta, da sola sufficiente a determinare l'evento (*omissis*); a meno, quindi, che l'utilizzatore abbia compiuto sulla macchina trasformazioni di natura ed entità tali da poter essere considerate causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento (*omissis*).

Ciò posto, sui principi operanti in materia, va osservato che, nella fattispecie in esame, il C. aveva costruito un solo macchinario (la calandra) e non il complesso macchinario denominato "Linea di estrusione 1", al quale la (*omissis*) {URL} (T.) e di una testa di estrusione di dimensioni ridotte rispetto a quella prevista dal progetto.

Il macchinario, pertanto, era stato alterato in senso diverso rispetto a quello originario, che aveva ottenuto la certificazione CE. Tali innovazioni avrebbero comportato la necessità di un positivo espletamento di un nuovo *iter* certificativo per conseguire la marcatura CE.

(*omissis*).

Sotto il profilo contrattuale, il rapporto tra costruttore ed acquirente cessava alla data della vendita. Il costruttore, pertanto, non poteva sapere anticipatamente che l'acquirente avrebbe modificato il macchinario né, tanto meno, che sarebbe stato profondamente alterato rispetto alla struttura originaria con un componente di tipologia nettamente diversa. Né, ovviamente, il fabbricante aveva poteri di controllo per verificare la permanenza delle condizioni di sicurezza e per scongiurare modifiche al macchinario rischiose per l'incolumità degli operatori.

Le modifiche sostanziali apportate dalla (omissis) {URL} (omissis), pertanto, determinavano quantomeno l'interruzione del nesso causale rispetto all'evento infortunistico.

In sostanza, il C. non aveva nessun dovere di compiere azioni per evitare i pericoli insorti *ex post* a seguito delle modifiche apportate dal compratore, in quanto, ai sensi del {URL} (art. 15) è punito “chiunque apporta modifiche ad apparecchiature dotate della prescritta marcatura CE, che comportano la non conformità ai medesimi requisiti”. Si trattava di un'innovazione dovuta ad esclusiva volontà ed all'autonoma iniziativa dell'utilizzatore dell'impianto, non prevista dal contratto di vendita e difforme da qualsiasi indicazione del costruttore.

In conseguenza delle modifiche al macchinario non previste dal costruttore, pertanto, si realizzava un subentro dell'acquirente nella posizione di garanzia, per non aver assolto all'obbligo di fornire misure di sicurezza utili ed efficaci.

4. (omissis).

5. Per tali ragioni la sentenza impugnata va annullata senza rinvio nei confronti di {URL}

La sentenza va annullata nei confronti di {URL}

Il ricorso proposto dal C. va rigettato con conseguente condanna del medesimo al pagamento delle spese processuali.

{URL}

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di {URL}

Annulla la medesima sentenza nei confronti di {URL} #39;appello di Torino.

Rigetta il ricorso di {URL}

**Il principio di diritto:** È penalmente responsabile, per l'infortunio occorso al lavoratore, il costruttore che nella progettazione e fabbricazione del macchinario abbia ommesso di predisporre i sistemi di sicurezza previsti dalla normativa di settore, nonché quelli che, in relazione allo specifico apparecchio, appaiano idonei ad evitare che l'utilizzo dello strumento costituisca pericolo. La responsabilità colposa del costruttore è, quindi, esclusa solo laddove l'utilizzatore abbia apportato al macchinario trasformazioni di natura ed entità tali da poter essere considerate causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento lesivo.

**Il caso ed il processo:** in sede di merito l'imputato era stato riconosciuto responsabile (unitamente ad altri soggetti che rispondevano a diverso titolo in merito alla posizione di garanzia assunta), del reato di cui agli artt. 113, 590, commi 1, 2 e 3, 583, comma 1, {URL}

Avverso la sentenza di condanna era, dunque, insorto l'interessato rilevando, per qual che più interessa in questa sede ed in sintesi, che le caratteristiche di conformità dello strumento prodotto e presenti al momento della vendita erano venute meno, successivamente, in ragione delle sostanziali modifiche autonomamente apportate al macchinario, all'insaputa del produttore/venditore, dalla società datrice di lavoro. Secondo la tesi difensiva, quindi, avendo l'intervento compiuto sul macchinario, dopo la vendita, comportato la necessità, per i rischi insorti a seguito del predetto intervento, di nuovi e diversi dispositivi di sicurezza, l'omessa predisposizione di questi ultimi configurava una responsabilità esclusiva di chi tali modifiche aveva posto in essere.

Ad avviso del ricorrente, le modifiche impresse all'strumento avrebbero dovuto essere valutate, dunque, in termini di idoneità delle medesime ad interrompere il nesso causale rispetto all'evento lesivo occorso al lavoratore, esauendosi, peraltro, la condotta doverosa del venditore al momento della consegna del macchinario, col collaudo e non potendo essere estesa a qualsivoglia momento successivo.

Talché, in riforma della prefata pronuncia, si era invocato l'accoglimento del ricorso.

**La soluzione resa dalla Corte:** la Cassazione ha accolto il ricorso spiegato dal produttore, annullando la sentenza impugnata senza rinvio «perché il fatto non sussiste».

In particolare, la Corte ha, anzitutto, rimarcato che il costruttore, in quanto titolare di una posizione di garanzia, «risponde per gli eventi dannosi causalmente ricollegabili alla costruzione del prodotto ove risulti privo dei necessari dispositivi o requisiti di sicurezza», purché, però, l'utilizzatore non «abbia compiuto sulla macchina trasformazioni di natura ed entità tali da poter essere considerate causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento».

Detta ultima circostanza, ad avviso della Cassazione, avrebbe caratterizzato il caso scrutinato, atteso che il macchinario prodotto, e venduto, dall'imputato sarebbe stato significativamente modificato ed alterato, rispetto a quello originario, dalla società datrice di lavoro mediante l'installazione di nuovi componenti, che avrebbero, allora, richiesto «un positivo espletamento di un nuovo *iter* certificativo per conseguire la marcatura CE».

Secondo i giudici di legittimità, quindi, il costruttore non avrebbe potuto conoscere anticipatamente la volontà dell'acquirente in ordine agli interventi modificativi da

quest'ultimo effettuati, né che lo strumento sarebbe stato «profondamente alterato rispetto alla struttura originaria con un componente di tipologia nettamente diversa», né, ancora, «il fabbricante aveva poteri di controllo per verificare la permanenza delle condizioni di sicurezza e per scongiurare modifiche al macchinario rischiose per l'incolumità degli operatori».

La Cassazione ha, quindi, evidenziato non solo che le importanti modifiche apportate al macchinario prodotto e originariamente certificato avrebbero determinato l'interruzione del nesso eziologico rispetto all'evento lesivo contestato, ma anche che le predette modifiche avrebbero determinato «un subentro dell'acquirente nella posizione di garanzia, per non aver assolto all'obbligo di fornire misure di sicurezza utili ed efficaci».

La Cassazione, quindi, alla luce di tale *iter* motivazionale, ha ritenuto meritevole di accoglimento il ricorso spiegato dall'interessato, annullando senza rinvio la sentenza impugnata «perché il fatto non sussiste».

**Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema:** i principi fondamentali che debbono ispirare una corretta gestione, nella prospettiva dell'igiene e della sicurezza nei luoghi di lavoro, dei macchinari impiegati nel ciclo produttivo sono rappresentati, sostanzialmente, i) dalla corretta progettazione delle attrezzature, a fini di salute e sicurezza; ii) dal corretto impiego delle attrezzature medesime.

Per quanto, in particolare, attiene alla fabbricazione degli strumenti di lavoro, gli stessi debbono essere realizzati perseguendo la massima sicurezza dal punto di vista costruttivo; tale obbligo promana, innanzitutto, dall'art. 70 {URL} (si veda, in particolare, la direttiva 2006/42 CE, recepita in Italia con il {URL} ).

Diretto corollario del predetto principio è, tra l'altro, rappresentato dalla penale responsabilità gravante su progettisti, fabbricanti e costruttori in caso di violazione dell'obbligo di garantire che le attrezzature da essi realizzate siano conformi alle “regole dell'arte” (si vedano, ad esempio, artt. 22, 23 e 24 {URL} ), che convive con quella del datore di laddove non si adoperi per impedire che i macchinari impiegati vengano utilizzati in maniera impropria o pericolosa da parte dei dipendenti (cfr. art. 71 {URL} ).

*In subiecta materia*, invero, esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare; occorre, quindi, configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva distinte sfere di responsabilità, che conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto, o ai soggetti, ritenuti “gestori” del rischio (su tali principi, cfr. Cass., Sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821. Si veda anche Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2014, n. 9699, che ha statuito che «in tema di infortuni sul lavoro, qualora vi siano più titolari della posizione di garanzia, ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di tutela impostogli dalla legge fin quando

si esaurisce il rapporto che ha legittimato la costituzione della singola posizione di garanzia, per cui l'omessa applicazione di una cautela antinfortunistica è addebitabile ad ognuno dei titolari di tale posizione»).

Per quanto, allora, specificamente attiene alla figura del costruttore/fabbricante, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza Cass., Sez. Un., 23 novembre 1990, n. 1003, avevano già affermato che «qualora un infortunio sia dipeso dalla utilizzazione di macchine o impianti non conformi alle norme antinfortunistiche, la responsabilità dell'imprenditore che li ha messi in funzione senza ovviare alla non rispondenza alla normativa suddetta non fa venir meno la responsabilità di chi ha costruito, installato, venduto o ceduto gli impianti o i macchinari stessi», individuando, quindi, in capo al costruttore una posizione di garanzia in relazione ai difetti strutturali degli strumenti immessi nel circuito produttivo, rispondendo questi, pertanto, per gli eventi dannosi occorsi al lavoratore causalmente ascrivibili alla fornitura di tali macchinari.

Il pronunciamento in disamina si pone, dunque, nel solco di consolidata giurisprudenza di legittimità, che ritiene il costruttore responsabile degli «eventi dannosi causalmente ricollegabili alla costruzione e fornitura di una macchina priva dei necessari requisiti di sicurezza indipendentemente dal soggetto che la utilizza, poiché il divieto di fabbricazione e vendita fissato dalla norma e di carattere generale è assoluto, in quanto collegato al divieto di utilizzo di un macchinario non a norma», non potendo egli neppure «invocare il principio dell'affidamento qualora l'acquirente utilizzi la macchina ponendo in essere una condotta imprudente, in quanto tale condotta sarebbe stata innocua o, comunque, avrebbe avuto conseguenze di ben diverso spessore, qualora la macchina fosse stata dotata dei presidi antinfortunistici» (cfr. Cass., Sez. IV, 25 novembre 2020, n. 35945). Il tutto, peraltro, indipendentemente dalla «distanza temporale della condotta colposa rispetto all'evento da essa causato» (Cass., Sez. IV, 8 novembre 2019, n. 5541), nonché, secondo un consolidato orientamento, dalla conformità dello strumento alle caratteristiche richieste per ottenere la prescritta omologazione dal competente organo amministrativo, «atteso che il rispetto di norme finalizzate ad ottenere omologazioni e, in genere, autorizzazioni o certificazioni pubbliche non può di per sé garantire che a carico del costruttore non sia riconosciuta una sua inadeguatezza professionale o che non gli possa essere ascritto l'avvenuto verificarsi di un evento che risulti dovuto ad inosservanza di altre norme di cautela o anche al solo mancato, costante aggiornamento del prodotto alla evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecniche, soprattutto in campi di attività che presentino alti margini di rischio» (cfr. Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2013, n. 39157).

Occorre, infatti, rimarcare che l'esegesi giurisprudenziale se da un lato esclude che la presenza, sul macchinario, della marchiatura di conformità "CE" valga ad esonerare il datore di lavoro da responsabilità in caso di infortunio del dipendente, dall'altro estende

detto principio nei confronti del produttore o rivenditore della macchina, «in quanto l'interpretazione di una disposizione legislativa non può differenziarsi nei confronti dei diversi destinatari, sicché se la presunzione di conformità alla legge del macchinario con marcatura e dichiarazione CE è superabile rispetto al datore di lavoro, non operando quale causa di esenzione da responsabilità, lo è anche rispetto al produttore o venditore, i quali, peraltro, hanno maggiori possibilità di controllo del macchinario» (Cass., Sez. IV, 21 ottobre 2021, n. 42110).

Con la sentenza in commento la Cassazione si pone, poi, perfettamente in linea con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario anche con riguardo all'individuazione di deroghe al generale riconoscimento di penale responsabilità del costruttore in caso di infortuni dul lavoro.

Si voglia, infatti, considerare che sul punto la giurisprudenza di legittimità è costante nel rimarcare che la responsabilità colposa del costruttore, promanante dall'inosservanza di cautele infortunistiche nella progettazione e fabbricazione dello strumento, può essere esclusa solo laddove l'utilizzatore abbia apportato alla macchina modifiche di natura e di entità tale da poter essere considerate causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento lesivo, ovvero nelle ipotesi in cui il macchinario sia stato utilizzato in modo assolutamente improprio, tale da poter essere considerato, anche in questo caso, causa sopravvenuta da sola sufficiente alla produzione dell'evento (si veda Cass., Sez. IV, 11 novembre 2021, n. 3938).

In dottrina, sul tema generale della responsabilità del produttore nella *{URL} Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e {URL}*, Milano, 2004. Per un'ampia e aggiornata rassegna giurisprudenziale sulla responsabilità del produttore, cfr. R. Guariniello, *Il testo unico sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano, 2018, 433 ss. In generale, sul problema del concorso di cause, si veda di recente E. Mezzetti, *Autore del reato e divieto di "regresso" nella società del rischio*, Napoli, 2021.

## **2) Illeciti tributari – Non basta l'atto dispositivo per concretizzare la sottrazione fraudolenta**

**Cassazione, Sez. V, 27 giugno 2022, dep. 21 settembre 2022, n. 35295 – Pres. De Marzo – Rel. Pilla – {URL} (parz. diff.) – Ric. {URL} (rif. 11, comma 1, {URL} )**

*(Omissis)*

### RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza depositata in data 25 novembre 2021 il Tribunale del Riesame di

Bologna ha confermato il decreto del giudice delle indagini preliminari del medesimo tribunale del 16 luglio 2021 con il quale era disposto nei confronti della società (*omissis*) {URL} #160;finalizzato alla commissione di una serie di reati tributari e fallimentari:

- il sequestro impeditivo ai sensi dell'art. 321 {URL} #160;delle quote sociali e del relativo patrimonio aziendale della società (*omissis*) {URL} #160;contestato al capo A);

- il sequestro preventivo diretto finalizzato alla confisca in relazione al reato di cui al capo F) ({URL} ) riferibile alla società (*omissis*) della somma di Euro {URL} (*omissis*) {URL}

2. Ha proposto ricorso il {URL} (*omissis*) {URL}

{URL} *bis*) {URL} *fumus commissi delicti* in relazione al capo F).

In particolare, la ordinanza del Tribunale del Riesame non avrebbe motivato sulla specifica doglianza proposta quanto alla carenza di motivazione in relazione al *fumus commissi delicti* del reato contestato.

L'ordinanza impugnata non motiva, con riferimento alla somma sequestrata alla società, in relazione a quali sarebbero stati gli atti simulati e in quali date sarebbero stati compiuti al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte; non indica gli elementi di prova dai quali desumere la fittizietà dei negozi e le fatture a cui si era fatto ricorso per realizzare l'evasione di imposta con l'impossibilità di individuare la data di prescrizione del reato e la eventuale prescrizione dei fatti riferiti ad alcune annualità fiscali; non indica come sia stata determinata la entità del profitto del reato derivante dalla somma dei pagamenti da collegare ad atti simulati.

L'ordinanza non ha operato disamina o valutazione alcuna della documentazione di parte con allegata memoria depositata dalla difesa che fornisce una giustificazione dei pagamenti effettuati dalla società fallita (*omissis*) alla (*omissis*) {URL}

In relazione ai rapporti con la (*omissis*) la documentazione evidenzia che i pagamenti rappresentavano il corrispettivo della stessa alla (*omissis*) {URL}

(*omissis*)

{URL} #160;quanto alla sussistenza del *fumus commissi delicti* in relazione al capo A).

In particolare, la ordinanza del Tribunale del Riesame sarebbe censurabile quanto alla prospettata sussistenza del *fumus commissi delicti* dal momento che {URL} (*omissis*) {URL}

Da ciò consegue che l'operato dell' {URL} (*omissis*) {URL}

## CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è nel suo complesso fondato per le ragioni di seguito indicate.

(*omissis*)

1. Va poi premesso che il ricorso per cassazione contro ordinanze emesse in materia di sequestro preventivo o probatorio è ammesso solo per violazione di legge, in tale nozione dovendosi comprendere sia gli “*errores in iudicando*” o “*in procedendo*”, sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e quindi inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice.

{URL} *fumus commissi delicti* quanto al reato contestato al capo F) di cui al {URL}

{URL} (*omissis*) {URL} (..)un anomalo e significativo flusso in entrata (...) dalla (*omissis*) alla (*omissis*) {URL} #160;{URL}

L'ordinanza impugnata, nel riconoscere la sussistenza del *fumus commissi delicti*, consistito nella sottrazione fraudolenta di valori alla imposizione tributaria rispetto alla (*omissis*), valorizza l'anomalia delle operazioni effettuate per importi ingenti e senza causali e richiama la recente giurisprudenza di questa Corte secondo la quale gli atti dispositivi rilevanti ai fini della configurabilità della fattispecie in esame possono essere anche leciti, purché finalizzati a penalizzare l'Erario.

{URL} #160;{URL} #160;comma 1 sanziona la condotta di chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore a cinquantamila euro, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva, applicandosi una pena edittale più elevata laddove l'ammontare delle imposte, degli interessi e delle sanzioni, sia superiore a duecentomila euro.

La norma incriminatrice ha un suo precedente nell'art. 97 {URL}

A differenza della precedente norma incriminatrice, tuttavia, per la configurabilità della attuale ipotesi risulta sufficiente che l'azione sia idonea a rendere inefficace l'esecuzione esattoriale, configurandosi dunque l'illecito penale in termini di reato di pericolo concreto, integrato dal compimento di atti simulati o fraudolenti volti a occultare i propri o altrui beni, idonei – secondo un giudizio *ex ante* che valuti la sufficienza della

consistenza patrimoniale del contribuente rispetto alla pretesa dell'Erario – a pregiudicare l'attività recuperatoria dell'amministrazione finanziaria.

Per la configurazione del rilievo penale della condotta, non è sufficiente che gli atti siano oggettivamente finalizzati a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva, ma è necessario che gli stessi si caratterizzino altresì per la loro natura simulatoria o fraudolenta.

Con riguardo, in particolare, alla nozione di “atti fraudolenti”, deve evidenziarsi che devono ritenersi tali tutti quei comportamenti che, quand'anche formalmente leciti, siano tuttavia connotati da elementi di inganno o di artificio, dovendosi cioè ravvisare l'esistenza di uno stratagemma tendente a sottrarre le garanzie patrimoniali all'esecuzione.

Gli atti dispositivi compiuti dall'obbligato, oggettivamente idonei ad eludere l'esecuzione esattoriale, avranno dunque natura fraudolenta se connotati da elementi di artificio, inganno o menzogna tali da rappresentare ai terzi una riduzione del patrimonio non corrispondente al vero, così mettendo a repentaglio o, comunque, rendendo più difficoltosa la procedura di riscossione coattiva.

{URL} *fumus commissi delicti*, soffermandosi in realtà unicamente sulla circostanza di un parziale svuotamento dei conti correnti della (*omissis*) attraverso “un anomalo e significativo flusso in entrata con causali non circostanziate...” sul conto della (*omissis*) {URL} (somma, quest'ultima, oggetto di sequestro finalizzato alla confisca).

Ed invero occorre osservare che non risultano adeguatamente illustrate quali siano le singole operazioni compiute e dunque i singoli atti di disposizione al fine di valutare il requisito della natura fraudolenta delle operazioni medesime che, come detto, non può essere ritenuta implicita nella sola idoneità degli atti a mettere in discussione la possibilità di recupero del credito da parte dell'Erario.

Al riguardo deve in particolare rilevarsi che, a fronte della specifica deduzione difensiva in base alla quale i pagamenti rappresentavano il corrispettivo della (*omissis*) alla (*omissis*) {URL}

L'idoneità degli atti a eludere l'esecuzione esattoriale non può ritenersi di per sé sufficiente a riconoscere la natura ingannatoria o artificiosa degli atti per cui, essendo mancata nell'ordinanza una motivazione effettiva e non apparente sulla individuazione dei tempi degli atti di disposizione e sul carattere effettivamente fraudolento delle varie operazioni compiute, la ordinanza impugnata deve essere annullata, con rinvio per nuovo esame sul punto al Tribunale di Bologna.

2. Il terzo motivo di ricorso è da ritenersi infondato.

La ordinanza impugnata ha correttamente motivato, in punto di *fumus commissi delicti*, in relazione alla sussistenza della compagine associativa di cui al capo A).

Il Tribunale, nell'ordinanza impugnata, ha esaurientemente e dettagliatamente ricostruito l'attività del gruppo imprenditoriale in esame, la rete di relazioni, parentele, cointeressenze tra gli indagati, l'articolazione del "(omissis)", a cui capo si pone {URL} *in bonis* del gruppo di una posizione dominante nel settore di mercato di riferimento (logistica, trasporti, smaltimento di rifiuti).

Con particolare riferimento alla posizione del ricorrente, nel motivo di ricorso si lamenta violazione di legge e omessa motivazione in relazione alla sua funzione di mero prestanome, quale legale rappresentante della (omissis) {URL} *dominus* della intera operazione illecita, fosse l'amministratore di fatto della società sequestrata, lamentando anche in tal caso carenza di motivazione.

A parere di questo Collegio, l'ordinanza impugnata esaustivamente motiva sul punto richiamando una breve, ma efficace conversazione telefonica intercorsa tra {URL} (omissis) {URL} : "Ti do 2500,00 Euro al mese e non mi porti mai risultati", conversazione che disvela i reali rapporti esistenti all'interno della società.

L'ordinanza richiama altresì le numerose altre intercettazioni telefoniche che chiariscono la posizione di amministratore di fatto dell' {URL}

La ordinanza impugnata fornisce dunque esaustiva motivazione in relazione alla sussistenza del *fumus commissi delicti* in relazione al capo A) che consente il sequestro impeditivo ex art. 321 {URL} #160;della società (omissis) {URL}

{URL}

Annulla il provvedimento impugnato, limitatamente al sequestro disposto in relazione al reato di cui al capo F), con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Bologna.

Rigetta nel resto il ricorso.

**Il principio di diritto:** La fattispecie di cui all'art. 11, comma 1, {URL} *ex ante* che valuti la sufficienza della capienza patrimoniale del contribuente rispetto alla pretesa erariale, risultino idonei a pregiudicare l'attività recuperatoria dell'amministrazione finanziaria.

**Il caso ed il processo:** la vicenda si innesta nel coacervo di procedimenti attivati, presso diversi uffici giudiziari, nei confronti, tra gli altri, di un soggetto ritenuto titolare di una

pluralità di imprese componenti un gruppo *leader* nel settore della logistica, che si sono originati dalla contestazione di una serie di illeciti, anche in materia tributaria. Nel particolare caso oggetto della pronuncia, era stato disposto un sequestro finalizzato alla confisca in relazione al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte.

Più di preciso, era stato rilevato che una serie di pagamenti da una società ad un'altra appartenente al medesimo gruppo sarebbe stata priva di reali causali.

**La soluzione resa dalla Corte:** la suprema Corte, sul punto, ha accolto il ricorso dell'interessato, rilevando che sebbene la fattispecie contestata possa integrarsi attraverso atti dispositivi "formalmente" leciti, purché finalizzati ad eludere il pagamento del dovuto all'Erario a titolo di imposte, sanzioni e interessi, nel contesto di una figura di pericolo concreto, il richiamo ad atti di natura "simulata" o "fraudolenta" avrebbe imposto una più forte dimostrazione della riconducibilità degli atti dispositivi ai suddetti paradigmi, essendosi di contro il provvedimento attestato sulla mera *traslatio* e, in definitiva, non essendo sufficiente, ai fini dell'integrazione della fattispecie astratta, la più difficile recuperabilità del credito erariale.

**Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema:** la fattispecie contemplata dall'art. 11 del {URL} [\[1\]](#); nondimeno si tratta di una figura dall'esegesi assai controversa.

Per la giurisprudenza, il bene giuridico tutelato, nel complesso di una figura che è di pericolo concreto, sarebbe rappresentato dalla garanzia patrimoniale dell'Erario, con conseguente rilevanza di condotte antecedenti all'attivazione della procedura esecutiva[\[2\]](#), anche se ai fini dell'integrazione del delitto il debito debba essere già maturato al momento del compimento dell'azione criminosa[\[3\]](#).

La condotta, che si sostanzia in atti di alienazione simulati (con conseguente rilevanza di atti di simulazione tanto assoluta quanto relativa) o altri «atti fraudolenti», è, quanto a tale ultimo aspetto, affetta da grave indeterminatezza, spingendo la giurisprudenza, in molti casi, a ritenere punibili condotte del tutto sprovviste da contenuti fraudolenti[\[4\]](#).

Sicché, la sentenza in rassegna si apprezza per la valorizzazione del principio di legalità, essendo stato posto in luce che il richiamo ad opera del legislatore al concetto di "frode" implica che possano essere attratte nell'illecito solo condotte di artifici e raggiri, non meri atti dispositivi, sol perché lesivi della "ragion fiscale".

Quanto ai rapporti con altri reati, è oggetto di annoso dibattito il concorso con la bancarotta fraudolenta che, tuttavia, in ragione del rapporto di specialità reciproco per aggiunta, sembra dover essere inquadrato nel concorso materiale[\[5\]](#), secondo delle linee accolte in giurisprudenza[\[6\]](#).

### 3) Illeciti fallimentari – *La Cassazione mostra aperture rispetto all’irrelevanza delle operazioni di {URL} cash pooling” all’interno del gruppo societario*

Cassazione, Sez. V, 24 maggio 2022, dep. 30 settembre 2022, n. 37062 – Pres. Zaza – Rel. Tudino – {URL} *omissis* (conf.) – Ric. {URL} (rif. artt. 216, 223 {URL} )

(*omissis*)

#### RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata del 4 novembre 2020, la Corte d’appello di Milano – per quanto di rilievo in questa sede – ha, in riforma della decisione del Tribunale in sede del 2 aprile 2019, rideterminato la pena per le imputazioni di bancarotta al medesimo contestate in qualità di amministratore unico di (*omissis*) {URL} (*omissis*) {URL}

{URL} (*omissis*) {URL} :

(*omissis*)

Pagamenti non sorretti da giusta causa a favore della controllante;

(*omissis*)

2. Avverso la sentenza indicata della Corte d’appello di Milano ha proposto ricorso {URL}

(*omissis*)

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è complessivamente infondato.

(*omissis*)

Va ricordato come, secondo il consolidato insegnamento di questa Corte, il distacco del bene dal patrimonio dell’imprenditore poi fallito, in cui si concreta l’elemento oggettivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, possa realizzarsi in qualsiasi forma e con qualsiasi modalità, non avendo incidenza su di esso la natura dell’atto negoziale con cui tale distacco si compie, né la possibilità di recupero del bene attraverso l’esperimento delle azioni apprestate a favore degli organi concorsuali; in tal senso, pertanto, anche il contratto di affitto di azienda può connotarsi in modo da integrare la bancarotta per distrazione, e ciò tanto nel caso in cui l’affitto venga stipulato con canoni incongrui o simulati, quanto in quello cui la stipula avvenga al preciso scopo di trasferire la

disponibilità dei beni societari ad altro soggetto giuridico in previsione del fallimento.

È stato, altresì, precisato che integra il reato di bancarotta fraudolenta impropria patrimoniale la cessione di un ramo d'azienda che renda non più possibile l'utile perseguimento dell'oggetto sociale senza garantire contestualmente il ripiano della situazione debitoria della società.

(*omissis*)

Quanto all'elemento soggettivo del reato, le censure del ricorrente sono parimenti manifestamente infondate. La bancarotta fraudolenta per distrazione ha, invero, natura di reato di pericolo a dolo generico. In relazione a tale reato, non ha allora incidenza né la finalità perseguita in via contingente dal soggetto – e pertanto sono per l'appunto manifestamente infondate le numerose censure del ricorrente tese a valorizzare tale profilo – né si richiede uno specifico intento di arrecare pregiudizio economico ai creditori, essendo sufficiente la consapevolezza della mera possibilità di danno che possa derivare alle ragioni creditorie.

(*omissis*)

Il quinto motivo è infondato. Il tema che la censura devolve a questa Corte investe i termini ed i limiti di liceità dei trasferimenti infragruppo, prospettati dal ricorrente quanto ai pagamenti sine titolo effettuati in favore della controllante.

Sul punto, il ricorrente deduce l'omessa disamina dei documenti già richiamati, dimostrativi – in tesi difensiva – dell'unitaria gestione dei rapporti finanziari e del saldo attivo finale che ne è conseguito.

Trattasi di deduzione inconcludente, che trascura la *ratio decidendi* esplicita nella sentenza impugnata che, pur all'esito della valutazione della documentazione difensiva, ha argomentativamente escluso l'esistenza di un rapporto organizzativo unitario tra le società del gruppo, rispondente ai requisiti declinati da questa Corte di legittimità, nonché valorizzato l'epoca dei trasferimenti in questione in correlazione allo stato di crisi delle società del gruppo.

La locuzione *cash pooling* si riferisce, invero, nel gergo economico-aziendalistico, a quel particolare tipo di accordo negoziale, integrante, secondo parte della dottrina, una tipologia di conto corrente non bancario a causa mista, presentando anche elementi propri di un contratto di finanziamento, e che intercorre tra diverse società (*{URL} participants*) facenti parte di un medesimo gruppo societario e in esecuzione del quale le predette persone giuridiche si impegnano ad accorparsi in capo ad un unico soggetto giuridico – denominato società *pooler* e generalmente individuato nella *holding* o nella

finanziaria del gruppo – la gestione delle rispettive disponibilità finanziarie, nonché le liquidità e i relativi pagamenti.

L'obiettivo primario di siffatta modalità operativa è, generalmente, finalizzato ad assicurare, attraverso una forma di gestione accentrata della tesoreria aziendale, un efficiente andamento dei rapporti tra le società aderenti al gruppo e gli istituti di credito, razionalizzando l'utilizzo complessivo delle liquidità e scongiurando in tal modo il rischio che si verificino diseconomie all'interno dei singoli rapporti. Risulta, difatti, ben possibile che mentre una società disponga di risorse finanziarie (sia in *cash*) ed ottenga, dalla banca presso la quale detiene tali somme, una remunerazione per il deposito del proprio contante, altra società del gruppo versi in condizioni diametralmente opposte e sia, pertanto, costretta ad attingere alle linee di credito concesse dalle banche, pagando un tasso di interesse di importo più elevato rispetto a quello di cui gode la società economicamente florida. In siffatti casi, si prospetta il rischio che il gruppo nel suo complesso subisca le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla circostanza che il saldo economico tra tutte le società collegate e il ceto bancario sia negativo. Con il ricorso al meccanismo del *cash pooling* si pone, invece, rimedio a tale situazione, consentendo il trasferimento dell'eccesso di liquidità della società in *cash* alla società *pooler*, che potrà poi disporre in favore dell'impresa che si trova in una condizione di tensione finanziaria, evitando che quest'ultima si avvalga dell'utilizzo del credito bancario, con i conseguenti maggiori oneri.

In altri termini, una siffatta gestione delle finanze delle singole imprese genera l'effetto vantaggioso di compensare i saldi passivi di alcune società con i saldi attivi delle altre, venendosi così a realizzare un risparmio di tassi passivi.

La giurisprudenza di questa Corte ha, tradizionalmente, reputato illecite le operazioni di trasferimento di risorse finanziarie dai conti periferici delle società del gruppo a quello accentrato e amministrato dal *pooler*, che ne dispone a vantaggio della società che versi in stato di difficoltà, integrando siffatte condotte gli estremi della bancarotta fraudolenta per distrazione, ovvero della bancarotta preferenziale, qualora, invece, la società originariamente beneficiata dal suddetto meccanismo, saldi, per mezzo della gestione della tesoreria unica, il suo debito nei confronti delle consociate, restituendo quanto in precedenza ottenuto.

Secondo un primo indirizzo ermeneutico, in caso di fallimento di alcune delle società del gruppo interessate e coinvolte nella gestione unitaria della tesoreria, il conferimento della liquidità alla *pooler* non merita altra qualifica che quella di condotta distrattiva ingiustificata di parte del patrimonio aziendale o, quando il trasferimento della liquidità non possa assumere immediatamente una tale valenza di illecito distacco del denaro dal patrimonio sociale, la partecipazione al sistema di gestione accentrata della tesoreria

sarebbe da qualificare come operazione dolosa idonea a determinare il dissesto dell'impresa.

Questa Corte ha, successivamente, affermato – con orientamento consolidato, che va qui ribadito – come, in materia di bancarotta tra società infragruppo, i pagamenti in favore della controllante non configurano il reato di bancarotta e possono eventualmente essere ricondotti all'operatività del contratto cosiddetto di “*cash pooling*” solo qualora ricorra la formalizzazione di tale contratto di conto corrente intersocietario, con puntuale regolamentazione dei rapporti giuridici ed economici interni al gruppo; e si è, ulteriormente, specificato come integri distrazione rilevante il trasferimento di fondi alla capogruppo invocando l'attuazione di un sistema di tesoreria accentrata, atteso che nessun “sistema”, comunque denominato o qualificato, giustifica il passaggio di risorse da una società ad un'altra, anche facenti parte dello stesso gruppo, in una situazione di conclamata sofferenza della società deprivata, senza garanzia di restituzione dei valori trasferiti e al di fuori di un credibile programma di riassetto del gruppo, che sia rivolto a superare prioritariamente le problematiche dell'ente in sofferenza.

Da tanto si inferisce come, nella valutazione dei trasferimenti di ricchezza infragruppo, intanto può accedersi ad una visione unitaria dei rapporti e dei saldi in quanto, sul piano formale, esista una preconstituita e trasparente gestione finanziaria accentrata, e, sul versante sostanziale, sia esplicitata la vocazione funzionale di siffatta modalità di gestione alla massimizzazione, quantomeno in chiave proiettiva, della competitività delle società del gruppo. E tanto alla luce del principio generale per cui, al fine di escludere la natura distrattiva di un'operazione di trasferimento di somme da una società ad un'altra, non è sufficiente allegare la partecipazione della società depauperata e di quella beneficiaria ad un medesimo “gruppo”, dovendo, invece, l'interessato dimostrare, in maniera specifica, il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse di un gruppo, ovvero la concreta e fondata prevedibilità di vantaggi compensativi, *ex art. 2634* {URL}

In altri termini, ai fini della valutazione di rilevanza penale delle rimesse *sine titolo* intercorse tra società collegate, occorre la dimostrazione della previa esistenza di rapporti di gestione unitaria, deliberati nella prospettiva fisiologica dell'attività del gruppo, sicché, quand'anche le operazioni compensative possono sembrare rivestire, se isolatamente considerate ed in relazione alle singole imprese, gli estremi di un fatto penalmente tipizzato, l'intera operazione di *cash pooling* può ritenersi inoffensiva in ragione dell'esistenza di compensazioni comunque realizzate in conseguenza della partecipazione della singola società apparentemente “depredata” al raggruppamento, secondo la logica dei vantaggi compensativi, essendovi evidenti benefici derivanti dal far parte di un gruppo di imprese legate da un rapporto di natura sinallagmatica.

A tal fine, s'appalesa necessario il ricorso di una duplice condizione: in primo luogo, i trasferimenti di risorse fra *participants* e *pooler* devono essere eseguiti in presenza di una antecedente puntuale regolamentazione contrattuale dei rapporti interni al gruppo, dovendosi stipulare un contratto con indicazioni relative alle modalità e ai termini con cui i saldi dei conti correnti periferici delle consociate devono essere trasferiti al conto corrente accentrato, nonché alle modalità e ai termini entro i quali il *pooler* deve restituire la liquidità ricevuta sul conto accentrato di cui è titolare, ed anche all'ammontare dei tassi in base ai quali maturano gli interessi attivi e passivi, sui crediti annotati nel conto comune, alle modalità con cui gli interessi verranno corrisposti ed all'eventuale commissione spettante al *pooler* per lo svolgimento dell'attività di tesoriere. In sostanza, se i trasferimenti infragruppo di denaro costituiscono modalità esecutive di un contratto, di tale negozio giuridico deve esservi adeguata traccia documentale e, inoltre, la struttura e il contenuto negoziale devono essere completi e idonei a regolamentare in maniera ragionevole comportamenti che presentano un significativo grado di rischio per le condizioni economiche e patrimoniali delle società che vi partecipano, avendo cura di approntare un sistema di accordi e prestazioni che non risulti immotivatamente pregiudizievole per alcuna delle società del gruppo. In secondo luogo, siffatto accordo deve iscriversi all'interno della logica dei {URL} *holding* che dirige il raggruppamento di imprese.

Più in particolare, se si accerta che l'atto di depauperamento non risponde all'interesse diretto della società il cui amministratore lo ha compiuto e che ne è scaturito nell'immediato un danno al patrimonio sociale, il medesimo amministratore deve provare sia l'esistenza di un gruppo di imprese, sia il rilievo per cui gli ipotizzati benefici indiretti della società fallita risultino non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta, in guisa tale da non renderla capace di incidere sulle ragioni dei creditori sociali. E ciò in quanto l'interesse che può escludere l'effettività della distrazione non può ridursi al fatto stesso della partecipazione al gruppo, né può identificarsi nel vantaggio della società controllante, dovendo, invece, l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per reputare lecita l'attività temporaneamente svantaggiosa per la società impoverita.

Nel caso in esame, il ricorrente non si confronta con lo *standard* predetto, limitandosi a ribadire, trascurando *in toto* di confrontarsi con la sentenza impugnata, che ha evidenziato come la prospettiva difensiva altro non è che il tentativo postumo di rielaborare, in chiave unitaria, rapporti privi *ex ante* di una trasparente organizzazione accentrata, proiettata al risanamento del gruppo, in tal modo precludendo in radice la riconducibilità della fattispecie nel novero dei vantaggi compensativi.

(*omissis*)

Al rigetto del ricorso consegue, ai sensi dell'art. 616 {URL}

{URL}

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

**Il principio di diritto:** Non integrano il reato di bancarotta per distrazione i trasferimenti di ricchezza infragruppo, potendo gli stessi essere riconducibili nell'alveo del contratto a causa mista {URL} *cash pooling*", laddove ricorra la formalizzazione di tale negozio di conto corrente intersocietario, con specifica regolamentazione dei rapporti giuridici ed economici interni al gruppo. La predetta operazione di *cash pooling* può, infatti, ritenersi inoffensiva attesa l'esistenza di compensazioni comunque realizzate per effetto della partecipazione della società apparentemente depauperata al raggruppamento, secondo la logica dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2634, comma 3, {URL}

**Il caso ed il processo:** la vicenda ha ad oggetto la contestazione ad un soggetto di una pluralità di fatti di bancarotta realizzati, ad avviso dell'accusa, in riferimento ad alcune società appartenenti ad un medesimo gruppo. Tra le varie ipotesi di illecito, vi era quella di spostamenti pecuniari da una delle società fallite, con risorse confluite nella disponibilità della *holding* e di altre imprese appartenenti al gruppo, in un momento in cui la disponente si sarebbe trovata in una situazione di grave squilibrio.

**La soluzione resa dalla Corte:** la suprema Corte, sul punto, ha rigettato il ricorso, rilevando la carenza di una prova documentale del rapporto di *cash pooling* dedotto dall'interessato, in base al quale le singole società appartenenti al gruppo sarebbero state tenute, al fine di ottenere vantaggi finanziari, a trasferire le giacenze di conto nella disponibilità della *holding*, nonché della sussistenza di vantaggi compensativi, ottenuti o ragionevolmente attesi, in capo alla società prima del fallimento, per l'effetto del predetto rapporto.

**Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema:** il tema della rilevanza penale di operazioni compiute da due o più imprese che interagiscono all'interno di un "gruppo" attraverso rapporti non pienamente improntati sull'autonomia decisionale, sulla pura logica del mercato e sull'economicità del risultato di singoli atti dispositivi, è ormai da anni all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza.

Il problema è quello degli effetti per gli *stakeholders* di attraverso operazioni che, isolatamente considerate, risultino svantaggiose per la società che le compie.

Per lungo tempo l'ordinamento italiano non ha previsto una specifica disciplina dei gruppi d'impresa, verosimilmente temendo il legislatore che l'introduzione di norme in tale delicato ambito avrebbe potuto generare un effetto addirittura "criminogeno"; solo con il [URL](#) ([URL](#)), prevedendosi l'esimente correlata al risultato complessivo della gestione dei rapporti intersoggettivi e alle condotte ripristinatorie (primo comma dell'art. 2497 [URL](#)).

La giurisprudenza, tuttavia, in un primo momento, ha assunto un atteggiamento di chiusura rispetto all'estensione della clausola dei vantaggi compensativi nel contesto dei reati fallimentari, limitandone l'efficacia esimente (vd. Cass., Sez. V, 24 aprile 2003, n. 23241).

Successivamente si è registrata una maggiore apertura, sebbene in molte occasioni la Cassazione abbia sostenuto che l'esclusione della responsabilità sussisterebbe soltanto laddove, sulla base di un approccio "ragionieristico", il "saldo finale" dell'operazione originariamente svantaggiosa per la disponente risulti perlomeno in pareggio (cfr. Cass., Sez. V, 30 giugno 2016, n. 46689).

In tempi recenti si registrano pronunce che, invece, correttamente valorizzano anche la ragionevole aspettativa di detti vantaggi, seppur non conseguiti materialmente, come nel caso di Cass., Sez. V, 27 febbraio 2020, n. 13284, nel cui solco si inserisce anche la sentenza in rassegna.

Quest'ultima, tuttavia, sembra aver valorizzato oltremodo, in linea di principio, lo stato di crisi dell'impresa disponente che, per il vero, non può essere considerato assorbente nell'ottica dell'esclusione dell'esimente poiché, a ben considerare, è proprio in simili fasi che si sviluppano generalmente le sinergie all'interno di un gruppo societario, tanto da rappresentare detto elemento, al più, un indice di frodolenza, tale da essere suscettibile di smentita a cura dell'interessato. Sul punto vd. Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38995.

Non appare neppure condivisibile l'ulteriore affermazione, compendiata nel provvedimento oggetto di commento, in base alla quale il rapporto di *cash pooling*, tale da giustificare a certe condizioni gli spostamenti patrimoniali infragruppo, debba essere dimostrato attraverso la produzione di un contratto in forma scritta al fine di escludere la natura fraudolenta delle operazioni. Trattasi, infatti, di requisito non richiesto dal diritto civile né prescritto in materia penale, tanto che, a rigore, dovrebbe essere ammessa la prova in ordine alla sussistenza del rapporto (nonché delle condizioni) anche in forme diverse<sup>[7]</sup>.

## ALTRE PRONUNCE IN RASSEGNA

**Cassazione, Sez. II, 13 luglio 2022, dep. 5 settembre 2022, n. 32571 – Pres. Rago – Rel. Imperiali – {URL} (parz. diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 648-ter.1 {URL} )**

In tema di autoriciclaggio, affinché possa ritenersi sussistente la condotta dissimulativa occorre procedere ad una valutazione *ex ante* in ordine alla idoneità della stessa, sulla base degli elementi di fatto sussistenti nel momento della sua realizzazione, ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene.

**Cassazione, Sez. VI, 8 luglio 2022, dep. 6 settembre 2022, n. 32827 – Pres. Fidelbo – Rel. Tripiccone – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 316-bis {URL} )**

Il delitto di malversazione di erogazioni pubbliche si perfeziona allorquando viene a scadenza il termine essenziale previsto in contratto per la realizzazione dell'opera, ovvero, anche in un momento antecedente, allorquando divenga comunque impossibile la destinazione dei fondi alla finalità pubblicitaria per la quale gli stessi siano stati erogati, come, ad esempio, nelle ipotesi dell'inosservanza di vincoli e condizioni ulteriori che dia luogo ad una irreversibile compromissione del conseguimento della finalità perseguita con l'erogazione pubblica.

**Cassazione, Sez. V, 8 aprile 2022, dep. 13 settembre 2022, n. 33575 – Pres. De Gregorio – Rel. Guardiano – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 216 {URL} )**

Il dolo generico che assiste il reato di bancarotta fraudolenta documentale *ex art. 216, comma 1, n. 2 {URL} #160*; può essere desunto, ricorrendo ad un metodo logico-presuntivo, anche dall'accertata responsabilità del soggetto agente per fatti di bancarotta fraudolenta patrimoniale; la condotta di irregolare tenuta dei libri o delle altre scritture contabili, è, infatti, normalmente funzionale all'occultamento o alla dissimulazione di atti depauperativi del patrimonio sociale.

**Cassazione, Sez. IV, 30 giugno 2022, dep. 15 settembre 2022, n. 33976 – Pres. Piccialli – Rel. Antezza – {URL} (parz. diff.) – Ric. *omissis* {URL} (rif. artt. 5, 25-septies {URL} )**

In tema di responsabilità degli enti derivante da reati di lesioni personali colpose in violazione della disciplina antinfortunistica, integra il criterio di imputazione oggettiva del vantaggio di cui all'art. 5 {URL} (nel caso al vaglio, la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sull'infortunio occorso ad un lavoratore il quale, nell'esercizio delle proprie mansioni, a causa della pavimentazione bagnata era scivolato, inserendo così la mano all'interno di una vasca priva della necessaria griglia di protezione, riportando lesioni gravi all'arto a causa del contatto con un macchinario idraulico contenuto nella predetta vasca. Il tutto, con un risparmio di spesa per l'ente pari a {URL} ).

**Cassazione, Sez. IV, 24 maggio 2022, dep. 21 settembre 2022, n. 34943 – Pres. Dovere – Rel. Bellini – {URL} (diff.) – Ric. omissis {URL} (rif. art. 16 {URL} )**

Non rappresenta un elemento sintomatico della costituzione di una posizione apicale ovvero direzionale, rilevante ai sensi dell'art. 5 {URL}

**Cassazione, Sez. IV, 24 maggio 2022, dep. 21 settembre 2022, n. 34944 – Pres. Dovere – Rel. Ranaldi – {URL} omissis (parz. diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 589 {URL} )**

In tema di infortuni sul lavoro, la regola cautelare che si assume violata deve essere preesistente al fatto, ovverosia il comportamento doveroso fondato sulla diligenza, prudenza e perizia deve essere valutato in concreto ed *ex ante* non potendo essere frutto di un'elaborazione creativa, basata su una valutazione ricavata *ex post* (la suprema Corte, nel caso scrutinato, ha escluso la penale responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio mortale occorso ad un *rider* che indossava un casco omologato tipo *jet* e non un casco integrale).

**Cassazione, Sez. III, 5 luglio 2022, dep. 22 settembre 2022, n. 35383 – Pres. Liberati – Rel. Mengoni – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. artt. 30, 44 {URL} )**

Nelle ipotesi in cui l'intervento edificatorio, per il quale siano stati rilasciati singoli permessi di costruire, abbia natura lottizzatoria, è necessaria l'approvazione del piano di lottizzazione, anche laddove non sussista un formale obbligo di adozione in tal senso. Ciò in quanto il titolo edilizio deve essere verificato alla luce della natura dell'opera realizzanda, delle sue caratteristiche strutturali e dell'idoneità dell'intervento medesimo a produrre una trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni interessati, ai sensi dell'art. 30 {URL} (nel caso di specie, la suprema Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza impugnata che aveva ritenuto configurabile il reato di lottizzazione abusiva in relazione all'edificazione di diciotto edifici, suddivisi in circa trecentotrenta unità immobiliari, aventi volumetria assentita ottantaseimila mc., idonei ad accogliere oltre milleduecento persone, intervento realizzato in assenza della previa approvazione di un piano di lottizzazione, in zona di nuova espansione e solo parzialmente urbanizzata, che, quindi, rendeva necessario il raccordo con il preesistente agglomerato abitativo ed il potenziamento delle opere di urbanizzazione).

**Cassazione, Sez. III, 15 giugno 2022, dep. 27 settembre 2022, n. 36552 – Pres. Andrezza – Rel. Reynaud – {URL} (parz. diff.) – Ric. {URL} (rif. artt. 3, 44 {URL} )**

È configurabile il reato di lottizzazione abusiva – anche successivamente alle modifiche apportate all'art. 3, comma 1, lett. {URL} ) {URL}

**Cassazione, Sez. V, 15 giugno 2022, dep. 30 settembre 2022, n. 37101 – Pres. Palla – Rel. Pezzullo – {URL} (conf.) – Ric. Procuratore Generale presso la Corte d’appello di Milano – (rif. artt. 216, 223 {URL} )**

In tema di concorso dell'*extraneus* nel delitto di bancarotta fraudolenta impropria per operazioni dolose, il parere reso dal legale della società dichiarata successivamente fallita può assurgere a contributo causalmente rilevante rispetto alla condotta tipica di bancarotta solo nelle ipotesi in cui lo stesso sia risultato decisivo ai fini della realizzazione della condotta da parte dell'*intraneus*.

**Cassazione, Sez. V, 23 giugno 2022, dep. 30 settembre 2022, n. 37109 – Pres. Zaza – Rel. Belmonte – {URL} (parz. diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 216 {URL} )**

Integra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, ove sussistano “indici di fraudolenza” della distrazione, anche l’esercizio di facoltà legittime che determini la stabile fuoriuscita di un bene dal patrimonio del fallito, impedendone, in tal modo, l’apprensione da parte degli organi della procedura (nel caso di specie, gli indici di fraudolenza sono stati rinvenuti nel fatto che l’imputato aveva ceduto in comodato gratuito, in assenza di cause riconducibili all’oggetto sociale, un’autovettura della società a un terzo estraneo, che a sua volta l’aveva successivamente ceduta ad altri).

**Cassazione, Sez. II, 15 luglio 2022, dep. 10 ottobre 2022, n. 38141 – Pres. Imperiali – Rel. D’Agostini – {URL} (parz. diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 648-bis {URL} )**

Il delitto di cui all’art. 648-bis {URL} (nel caso scrutinato, la Cassazione ha affermato che l’intestazione fittizia di un immobile acquistato mediante denaro proveniente da condotte illecite costituisce un segmento della più articolata condotta di riciclaggio, con il conseguente “assorbimento” del reato di cui all’art. 512-bis {URL} ).

**Cassazione, Sez. III, 5 luglio 2022, dep. 14 ottobre 2022, n. 38861 – Pres. Liberati – Rel. Zunica – {URL} (conf.) – Ric. Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Savona – (rif. art. 10 {URL} )**

Il reato di occultamento o distruzione di documenti contabili di cui all’art. 10 {URL}

Il reato di cui all’art. 10 {URL}

**Cassazione, Sez. IV, 26 gennaio 2022, dep. 20 ottobre 2022, n. 39615 – Pres./Rel. Ciampi – {URL} (diff.) – Ric. omissis {URL} (rif. artt. 5, 25-septies {URL} )**

In tema di infortuni sul lavoro, l’interesse o il vantaggio per l’ente può conseguire alla violazione delle norme antinfortunistiche solamente al momento della condotta ed al

netto dell'evento, *sub specie* di risparmio di spesa o di accelerazione e massimizzazione della produzione; è, infatti, al momento della condotta realizzata dal soggetto agente che si realizza l'intento finalistico di procurare un vantaggio all'ente, necessario a ritenere anche quest'ultimo responsabile, essendo l'evento del reato non voluto.

**Cassazione, Sez. III, 27 maggio 2022, dep. 21 ottobre 2022, n. 39832 – Pres. Rosi – Rel. Gentili – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 44, comma 2, {URL} )**

La confisca urbanistica di cui all'art. 44, comma 2, {URL} #160;{URL}

**Cassazione, Sez. III, 14 luglio 2022, dep. 21 ottobre 2022, n. 39834 – Pres. Aceto – Rel. Semeraro – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 3 {URL} )**

Il reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'art. 3 {URL} #160; affinché sia configurabile il reato in disamina è necessario che il soggetto agente ne abbia consapevolezza al momento della presentazione della dichiarazione.

**Cassazione, Sez. III, 27 settembre 2022, dep. 21 ottobre 2022, n. 39835 – Pres. Marini – Rel. Corbetta – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 5 {URL} bis {URL} )**

Integra la fattispecie di cui all'art. 5 {URL}

**Cassazione, Sez. II, 6 luglio 2022, dep. 24 ottobre 2022, n. 40148 – Pres. Mantovano – Rel. Di Paola – {URL} (conf.) – Ric. Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Napoli e alt. – (rif. artt. 379, 648-bis {URL} )**

Il delitto di favoreggiamento reale è una figura criminosa sussidiaria rispetto al reato del riciclaggio, sicché laddove siano ritenuti sussistenti gli elementi costitutivi di detta ultima fattispecie, deve essere esclusa la prima.

**22) Cassazione, Sez. V, 22 settembre 2022, dep. 27 ottobre 2022, n. 40797 – Pres. Zaza – Rel. Sessa – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 216 {URL} )**

In tema di reati fallimentari, il ruolo di amministratore di fatto, ricorrendo indici sintomatici dell'esercizio continuativo e non occasionale, da parte di questi, di funzioni riservate alla competenza tipica degli amministratori di diritto, nonché del godimento di autonomia decisionale, costituisce il presupposto fondante il riconoscimento della penale responsabilità *ex art. 216* {URL}

## Note e riferimenti bibliografici

[1] I precedenti sono rappresentati dall'art. 30 {URL} (*infra*) ed ha aggiunto la circostanza aggravante di cui all'ultimo periodo dell'attuale comma 1, nel caso in cui il debito erariale sia superiore a {URL}

[2] Da ultimo vd. Cass., Sez. III, 3 settembre 2015, n. 36378.

[3] A. Ingrassia, *Le diverse forme di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in R. Bricchetti – P. Veneziani (a cura di), *Reati tributari*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da F. Palazzo e {URL}

[4] Cfr. ad esempio Cass., Sez. III, 2 marzo 2018, n. 29636.

[5] Cfr. ad esempio A. De Lia, *Brevi note a margine del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, tra torsioni ermeneutiche, utilizzo improprio dello strumento della confisca ed efficientismo esasperato*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, 59 ss; G. Forte, *Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposta*, in A. Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2018, 850; {URL} *I reati tributari*, Milano, 2013, 389.

[6] Cfr. Cass., Sez. III, 20 giugno 2017, n. 35591.

[7] Su questi temi vd. I. Caraccioli, *Gruppi di società e valenza strategica dell'art. 2634 comma 3 {URL}*, in *Impresa Comm. Ind.*, 2003, 882 ss; F. Mucciarelli, *Il ruolo dei vantaggi compensativi nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2002, 633; C. Benussi, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 421 ss; E. Scaroina, *Verso una responsabilizzazione del gruppo di imprese multinazionali*, 23 luglio 2018, in {URL}; E. Borzheku, *L'offensività nella bancarotta fraudolenta per operazioni distrattive infragrappo*, in *Cass. Pen.*, 2018, 340 ss; C. Santoriello, *Contratto di cash pooling: penalmente irrilevante ma solo a determinate condizioni*, 15 ottobre 2018, in {URL}; A. De Lia, *Riflessi penali delle operazioni infragrappo*, in Id. – A. Manna, *Dieci nodi gordiani di diritto penale dell'economia*, Milano, 2021, 195 ss.

---

\* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9118>

# LA RESISTENZA DELLO STATO COSTITUZIONALE. VERSO LA VITTORIA DELLA DEMOCRAZIA

---

*Le emergenze pongono sotto stress il sistema costituzionale, con un impatto considerevole sui diritti fondamentali e sulla democrazia parlamentare; tali situazioni necessitano di essere affrontate senza la sospensione dei meccanismi di tutela previsti dal dettato costituzionale e sempre nell'ottica della protezione della persona umana. Nel quadro della crisi sanitaria da Covid-19, la Costituzione è stata spesso posta in discussione, evocando potenziali revisioni. Tale lavoro si propone di dimostrare la buona capacità di resistenza della Costituzione, marcando la necessità di ripartire dalla stessa per risolvere le questioni rimaste in sospeso.*

---

autore **Luana Leo**

---

## **Abstract ENG**

Emergencies put the constitutional system under stress, with a considerable impact on fundamental rights and parliamentary democracy; such situations need to be addressed without the suspension on the protection mechanisms provided for by the Constitution and always with a view to the protection of the human person. In the context of the Covid-19 health crisis, the Constitution has often been questioned, evoking potential revisions. This work aims to demonstrate the good resilience of the Constitution, highlighting the need to restart from it in order to resolve the outstanding issues.

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. L'improprio confronto con gli Stati socialisti e totalitari nella drammatica lotta al contrasto della pandemia; 3. La "peculiarità" della Costituzione Repubblicana in materia di emergenza; 4. L'indiscutibile "tenuta" dello Stato costituzionale; 5. Il ruolo silente e marginale del Parlamento; 6. Conclusioni.

## **1. Introduzione**

“*Ubi maior minor cessat*”. Il brocardo latino risulta tanto utile quanto attuale per esaltare il valore e l'importanza assunta dalla Costituzione negli ultimi due anni, segnati dalla crisi sanitaria.

Nel contesto dell'emergenza da Covid-19, essa è stata sottoposta a persistenti torsioni, con il concreto pericolo di comprometterne la funzionalità e l'effettiva vigenza futura.

Emblematica si è rivelata l'incessante ricerca di individuare quale diritto potesse prevalere sull'altro, evidente indice di una cultura che sembra ormai aver assorbito definitivamente *“la degenerazione patologica della competizione”* [1].

Occorre partire dal presupposto che la cornice giuridica relativa alla gestione della pandemia avrebbe potuto trovare nella sola Carta costituzionale il proprio fondamento ed i relativi limiti.

Quest'ultima, pur non racchiudendo uno statuto *ad hoc* per le situazioni di emergenza, ha dimostrato ottima capacità di resistenza, prevedendo comunque efficaci strumenti per contrastare tali fenomeni.

Come sostenuto dall'allora Presidente della Consulta Marta Cartabia, in occasione della presentazione della Relazione annuale sull'operato della Corte costituzionale, *“è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità – a offrire alle Istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare “per l'alto mare aperto” dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende”* [2].

In tale sede, si intende porre in luce come la democrazia costituzionale, quale forma di organizzazione politica nella quale sono garantiti i diritti dell'individuo e dove il potere è limitato dal diritto, sia riuscita a non farsi sopraffare dalle varie problematiche sollevate dall'emergenza sanitaria.

## **2. L'improprio confronto con gli Stati socialisti e totalitari nella drammatica lotta al contrasto della pandemia**

Prima di entrare nel merito dell'oggetto del predetto lavoro, si ritiene doveroso soffermarsi sul particolare apprezzamento riservato in Italia da studiosi, politici e opinione pubblica a riguardo delle decisioni adottate in Paesi autoritari, come la Cina e l'Iran.

Appare necessario ricordare come la pandemia tragga origine da *deficit* organizzativi, cesure e occultamenti dei primi segnali del Covid-19, gestiti segretamente dalle competenti autorità sanitarie e politiche, verificatesi proprio nella Repubblica federale cinese.

Celebre è il caso del dott. Li Wenliang, il quale sul finire del mese di dicembre 2019 aveva tentato di segnalare ai colleghi medici del *Central Hospital di Wuhan* la comparsa della malattia.

Egli, quattro giorni dopo aver riportato la notizia sui *social network*, era stato convocato

dall'autorità locale di polizia che lo intimava, a mezzo di ammonimento, di non diffondere notizie infondate. Lo stesso medico contraeva la malattia, che ne ha provocato la morte, avvenuta in giovane età a seguito di tre settimane di ricovero presso la struttura ospedaliera dove operava come oculista[3].

A prescindere da tali criticità, il raffronto con Cina e Iran in termini di gestione della pandemia non trova riscontro a livello costituzionale, principalmente sotto il profilo della limitazione delle libertà e dei diritti fondamentali.

In Cina, le libertà ed i diritti dei cittadini sono stati drasticamente “compressi”, specialmente nella prima fase di contrasto del virus: l'art. 51 della Costituzione cinese statuisce che i diritti e le libertà possono essere esercitati soltanto nella misura in cui non si pongano in contrasto con gli interessi dello Stato e della società.

A tale previsione costituzionale si accostano gli artt. 53 e 54, in virtù dei quali i cittadini devono “*garantire i segreti di Stato [...], rispettare la disciplina del lavoro, l'ordine pubblico e l'etica sociale*”, “*salvaguardare la sicurezza, l'onore e gli interessi della madrepatria e non commettere azioni dannose per la sicurezza, l'onore e gli interessi della madrepatria*”. Si tiene a evidenziare come le decisioni assunte in Cina siano “*soltanto apparentemente frutto di scelte operate dagli organi dello Stato*”[4].

Le stesse, infatti, si conformano alle deliberazioni adottate dal Partito Comunista Cinese, per effetto del meccanismo delle {URL} : chi ricopre cariche nello Stato cinese si trova ad esercitare funzioni di livello corrispondente anche all'interno del Partito, non in base a vincoli istituzionali, ma in via di mero fatto. Come osservato in dottrina, tali disposizioni delineano un sistema di “diritti affievoliti”[5] che si pongono nel solco della tradizione confuciana di supremazia delle esigenze collettive su quelle individuali.

A fronte di ciò – e dell'oggettivo carattere di minaccia alla sicurezza ed agli interessi dello Stato – sembrerebbe opportuno parlare, in relazione alle misure emergenziali adottate, non tanto di restrizioni o violazioni dei diritti costituzionali, quanto di loro adeguamento alle esigenze della delicata situazione attraversata.

La mancanza di democrazia ed i pochi strumenti di tutela dei diritti hanno consentito una risposta non sempre positiva alla crisi sanitaria, con misure adottate senza procedure di confronto e fortemente limitative dei diritti individuali[6]. A parte le libertà strettamente legate alla propagazione del virus (circolazione, riunione, etc.), nella realtà cinese è stata limitata anche la libertà di parola, ammettendo la pena di morte per coloro che non si fossero allineati alle misure adottate

Passando all'ordinamento iraniano, l'art. 79 della Costituzione sancisce che “*il Governo ha il diritto di imporre temporaneamente alcune restrizioni con l'approvazione del*

*Parlamento Islamico dell'Iran*". Tuttavia, l'omessa attivazione della disposizione sopraindicata ha comportato l'intervento del Consiglio Supremo per la Sicurezza Nazionale, con istituzione di un apposito Comitato nazionale per la lotta al virus.

In tale sede, però, preme sottolineare come il catalogo costituzionale delle libertà e dei diritti sia predisposto in modo tale da limitare il riconoscimento degli stessi per mezzo della previsione di chiari condizionamenti *"a tutela tanto dei "principi dell'Islam" [...], quanto di altri principi e interessi, attraverso il rinvio a testi legislativi che di fatto finiscono per "svuotare" i diritti e le libertà costituzionali"* [7].

Discutibile è la scelta di attuare una strategia di "gestione del disordine" [8] nella lotta al contrasto del Covid-19: le misure di contenimento adottate dalle istituzioni iraniane non si sono tradotte in un *lockdown* totale, quanto invece nell'incisiva limitazione delle libertà costituzionali.

Difatti, è stato esercitato un controllo rigoroso e scrupoloso delle informazioni e della possibilità di esprimere critiche in merito alla gestione dell'emergenza sanitaria, tant'è che diversi esponenti di rilievo della società civile sono stati arrestati con l'accusa di "confondere l'opinione pubblica" e "diffondere voci non veritiere" [9].

Da tempo, la dottrina costituzionalista italiana è unanime nel ritenere che non sussista una classifica dei diritti fondamentali; sebbene taluni appaiano più di altri essenziali per costruire la struttura costituzionale, la regola comune ai fini della coesistenza dei diritti è quella del bilanciamento [10].

L'opera di bilanciamento presuppone che principi o diritti siano posti tutti sullo stesso piano e che in talune circostanze possano anche scontrarsi tra loro [11]: si verifica uno scenario in cui due o più diritti non possano essere soddisfatti contemporaneamente e dunque occorre decidere, per il caso concreto, quale di essi debba prevalere e in che modo debba essere esercitato.

In tale senso, un contributo prezioso è stato offerto in passato dalla giurisprudenza costituzionale: nel delicato caso Ilva [12], il Giudice delle Leggi ha sostenuto che *"tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri"*.

In tale prospettiva, la Costituzione *"richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di dissolutezza per nessuno di essi"*, il cui punto di equilibrio, *"proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non*

*consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.*

Appare fondamentale evocare la successiva pronuncia[13] riguardante sempre il caso Ilva: il legislatore non aveva rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti.

In particolare, la Corte costituzionale è giunta ad attestare che *“a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)”*; il Giudice delle Leggi, altresì, ha osservato che la tempestiva soppressione dei fattori di pericolo per la salute e l'incolumità dei lavoratori *“costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona”*.

Dalla lettura delle decisioni richiamate è possibile cogliere i seguenti elementi: la prima pronuncia rammenta che la necessaria opera di bilanciamento tra diritti fondamentali incombente sul legislatore incontra il limite della proporzionalità e della ragionevolezza; la seconda pronuncia sottolinea come il diritto riconosciuto all'art. 32 Cost. finisca per essere attratto nel giudizio di bilanciamento con altri interessi e diritti costituzionalmente rilevanti[14].

Un altro rilevante dato offerto sempre dalla giurisprudenza costituzionale è quello della temporaneità. Nella risalente decisione n. 15/1982, attinenti ai limiti sulla carcerazione preventiva in tempi di terrorismo eversivo delle brigate rosse, la Corte costituzionale ha statuito che, dinanzi ad un'emergenza deleteria per la *salus rei publicae*, le limitazioni straordinarie ai diritti fondamentali costituiscono un sacrificio accettabile, ma solo se limitate nel tempo[15].

Infine, affinché le misure eccezionali si mantengano entro la cornice della Costituzione e di una forma di Stato democratica, si richiede l'osservanza di un ulteriore requisito, ossia il rispetto di forme ed equilibri in relazione al potere dell'esecutivo.

In tale senso, l'adozione di misure emergenziali comporta forme di concentrazione di ingenti poteri in capo ai vertici degli esecutivi; tuttavia, una democrazia impone che tali poteri non siano pieni, nel senso che siano garantiti il controllo e l'intervento da parte di altri organi[16].

Sebbene a livello costituzionale non siano le misure restrittive in sé considerate a destare particolare interesse, occorre chiedersi se possa realmente parlarsi di un bilanciamento

tra diritti.

Come ben osservato in dottrina, in talune circostanze, la risposta all'emergenza Covid-19 tende ad essere nel segno dell'economia sociale di mercato, piuttosto che nell'ottica del progetto di emancipazione sociale della Costituzione[17].

Permane comunque – a giudizio di chi scrive – il profondo divario tra Italia e Stati non democratici in tema di limitazione delle libertà e dei diritti fondamentali: nel corso della crisi sanitaria, si carpisce la volontà delle istituzioni italiane di porre al centro delle proprie decisioni l'uomo, quale “pietra d'angolo” dell'intero edificio costituzionale”[18].

### 3. La “peculiarità” della Costituzione Repubblicana in materia di emergenza

A differenza delle altre Costituzioni democratiche, la Costituzione Repubblicana non prevede una disciplina generale tesa a far fronte alle situazioni di emergenza. Come specificato in dottrina, tale vuoto non deve tradursi in una dimenticanza[19], alla luce dei lodevoli studi di Carl Smith[20] e del pericoloso precedente storico (art. 48 della Costituzione di Weimar). In tale sede, appare essenziale ripercorrere l'*iter* argomentativo che condusse i Costituenti a non codificare lo stato di emergenza.

L'On. La Rocca, in Seconda Sottocommissione, aveva presentato una proposta volta a dichiarare lo stato di assedio su decisione esclusiva del Capo dello Stato *“accertata la necessità e l'urgenza di una misura straordinaria a garanzia della vita del paese”*[21].

Nell'ottica della Sottocommissione, però, l'inserimento di tale clausola nel progetto avrebbe posto in risalto *“la preoccupazione di prevedere certe eventualità e di organizzare certe situazioni di poteri più o meno dittatoriali, che sarebbero state in contraddizione con la logica stessa della costituzione”*[22]. A distanza di poco tempo, su proposta dell'On. Fabbri, prese avvio il dibattito sul divieto di prevedere lo stato di assedio nel testo costituzionale e la sospensione delle sue norme.

L'inflessibile posizione dell'On. Mortati spense ogni speranza anche sulla formulazione in negativo della clausola (*“o nella Costituzione non se ne debba dir nulla, affidandosi allo svolgimento futuro della prassi, o che si debba autorizzarlo in quei limiti e con quelle garanzie che, pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso”*)[23].

Tale questione fu ripresa in Aula con l'emendamento Crispi, che contemplava lo stato di assedio, identificando nel Governo l'autorità competente a dichiararlo, con possibilità di limitare o sospendere i diritti costituzionalmente garantiti, e nel Parlamento l'organo di ultima istanza chiamato eventualmente a respingerne la proclamazione ed i relativi provvedimenti.

In definitiva, prevalsero le diffidenze rispetto a qualsiasi soluzione di concentrare i poteri, anche se in via temporanea, in capo ad un solo individuo, data la recente chiusura del periodo di dittatura fascista e la minaccia rappresentata dall'art. 48 della Costituzione di Weimar, che aveva agevolato l'avvio della dittatura nazionalsocialista[24].

Tali elementi avevano indotto i Padri Costituenti ad assumere un atteggiamento di assoluta prudenza, tradottosi nel silenzio sul punto del testo approvato.

In Assemblea Costituente si ritenne opportuno regolare non l'emergenza in sé, bensì i poteri esercitabili dal Governo nei casi straordinari di necessità ed urgenza (art. 77 Cost.) ed in seguito alla deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere (art. 78 Cost.)[25].

Con specifico riferimento allo stato di guerra, vi è chi ha posto in risalto il seguente cambio di passo: la Costituzione del 1948, a dispetto di quanto sancito nello Statuto Albertino[26], ha optato per un modello integrativo dell'organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare, anche in presenza di una situazione eccezionale di emergenza, come il conflitto bellico.[27] In età statutaria, la dichiarazione del Sovrano era autonoma e svincolata da ogni preventivo atto di un ulteriore organo. Alla luce di ciò, il Capo dello Stato oggi potrebbe assumere un atteggiamento passivo soltanto in caso di contrarietà con i principi ispiratori dell'art. 11 Cost.

Nel dibattito giuridico italiano, la pandemia è stata equiparata proprio ad un evento bellico[28]. L'incerto confronto induce a riflettere sull'effettiva possibilità di "costituzionalizzare" l'emergenza: tale necessità prende le mosse dalla recente proposta di revisione costituzionale ({{URL}} ), che racchiude la {{URL}} *emergency clause* circoscritta alla funzione legislativa[29].

Con la presente proposta di legge, si prevede *“una procedura straordinaria estremamente garantista, da azionare con una dichiarazione di emergenza deliberata con la maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in modo da coinvolgere necessariamente anche gruppi di opposizione”*, aprendo la strada persino al voto da remoto (art. 55-bis). La medesima concentra l'intera funzione legislativa in capo ad una Commissione parlamentare speciale, la quale si sostituisce alle Assemblee e alle Commissioni.

Tale proposta riserva a tale Commissione una latitudine di poteri analoga a quella delle Assemblee che operano in periodo ordinario, salvo l'area ristretta delle deliberazioni legislative che incidono sulle regole fondamentali. Infine, si legittima a talune condizioni a derogare al riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni, attivando una via alternativa a quella prescritta dall'138 Cost., benché provvisoria.

Così delineata, tale proposta implica gravose conseguenze: oltre ad intaccare l'esistenza stessa del Parlamento, si comprometterebbe il corretto funzionamento del rapporto parlamentare se a decidere fosse una minoranza di parlamentari che agiscono da stanze virtuali[30].

In generale, vi è chi intravede nella soluzione della “costituzionalizzazione” dell'emergenza una forma di fuga dal diritto vigente, in particolare dal diritto costituzionale[31]. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la stessa sarebbe opportuna per evitare sbalzi interpretativi circa l'autorità competente a dichiarare l'emergenza, la tipologia dei poteri ed i relativi limiti[32]. È doveroso tenere presente – a giudizio di chi scrive – come l'omissione di tale clausola non impedisca di trarre nel testo costituzionale elementi favorevoli alla sua implicita esistenza.

Come già enunciato, nelle Costituzioni europee il silenzio sull'emergenza non costituisce un'opzione. In particolare, la Costituzione francese del 1958 include talune clausole che consentono una disciplina di stati eccezionali.

La più rilevante – ma anche la più dibattuta nei suoi presupposti teorici ed applicativi – è quella prevista all'art. 16, che autorizza il Presidente della Repubblica ad assumere pieni poteri nell'ipotesi in cui una grave crisi istituzionale o internazionale interrompa il regolare funzionamento del sistema costituzionale, ovvero metta in pericolo l'indipendenza della Nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali.

La predetta clausola, il cui unico ricorso risale al Governo guidato da De Gaulle per fronteggiare il tentativo del colpo di stato verificatosi ad Algeri nel 1961[33], riconosce al Presidente della Repubblica un potere illimitato, al fine di salvaguardare la struttura costituzionale esistente. Tuttavia, nel quadro della riforma costituzionale del 2008, l'art. 16 è stato modificato introducendo un meccanismo che coinvolge il *Conseil constitutionnel* e il Parlamento nella verifica delle condizioni per la permanenza dello stato di emergenza costituzionale.

Oltre all'art. 16, la Costituzione francese racchiude una seconda clausola finalizzata a contrastare le emergenze: si tratta dell'art. 36, regolante l'*état de siège*, dichiarato con decreto del Consiglio dei ministri per un tempo non superiore ai dodici giorni (salvo proroga autorizzata dal Parlamento), ove sussista un pericolo imminente generato da una “*guerre étrangère*” o “*insurrection armée*” (art. L. 2121-1 del Codice della difesa)[34].

In realtà, lo strumentario che l'ordinamento francese prevede per affrontare le emergenze più gravi non è disciplinato a livello costituzionale, ma solo legislativo: la legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, spesso emendata e modificata nel periodo 2015-2017, disciplina l'*état d'urgence*, dichiarato sempre con decreto del Consiglio dei ministri, in

caso di pericolo imminente derivante da minacce gravi all'ordine pubblico, ovvero nell'ipotesi di avvenimenti che presentino, per la loro natura e la loro gravità, il carattere di calamità pubblica; si stabilisce poi il territorio nel quale lo stato è dichiarato e la sua durata (non superiore a 12 giorni, prorogabile sempre dal Parlamento)[35].

In ultima analisi, si colgono disposizioni sullo stato di emergenza anche nella Costituzione spagnola del 1978, il cui art. 116 distingue forme crescenti di stato di eccezione, con diversi presupposti e competenze[36], e nella Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, che distingue differenti stati di eccezione comportanti la sospensione di libertà fondamentali tra quelli di origine esterna e quelli di origine interna[37].

#### **4. L'indiscutibile “tenuta” dello Stato costituzionale**

La pandemia da Covid-19 ha senz'altro rappresentato una sfida significativa per l'ordinamento costituzionale.

Nella storia della Repubblica Italiana, per la prima volta, si è posta la necessità di disporre misure giuridiche destinate ad intaccare profondamente l'assetto sociale e le abitudini personali degli individui, causando così uno stravolgimento della sfera politica, economica e culturale del Paese. Difatti, i quesiti sollevati dalle misure adottate sono diversi e sostanziali: si fa leva soprattutto sull'individuazione dei diritti costituzionali concretamente limitabili, sulle fonti giuridiche attraverso le quali è possibile determinare la limitazione dei diritti, sulle conseguenze delle misure restrittive relativamente alla ripartizione delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali.

Tuttavia, l'emersione dei predetti interrogativi non deve indurre a ritenere che la Costituzione sia rimasta in *stand-by* di fronte alla crisi sanitaria, avendo invece dato prova di una buona capacità di resistenza. Pertanto, è doveroso escludere potenziali revisioni[38], non riscontrando alcuna lacuna nel dettato costituzionale. Al contrario, la Costituzione Repubblicana riconosce al Governo sia di avvalersi del decreto-legge[39], ossia una fonte appositamente concepita per consentirgli di fare entrare in vigore immediatamente norme legislative in casi straordinari di necessità ed urgenza che impediscano alle Camere di intervenire con una certa tempestività[40], sia eventualmente di esercitare il potere sostitutivo sugli organi regionali e locali.

Il reale problema risiede – a parere di chi scrive – nella complicata attuazione legislativa e amministrativa del modello costituzionale[41]. L'emergenza sanitaria ha rivelato il modo di essere e di operare delle istituzioni, confermando il costante impiego distorto delle fonti da parte di esse. Come noto, la Costituzione ammette la possibilità di limitare le libertà di circolazione e di riunione per motivi di sanità, sicurezza e incolumità pubblica, risultando più ambigua in ordine agli strumenti e alle modalità per fronteggiare

tali situazioni.

L'art. 16 Cost. prevede che sia la legge in via generale a porre dei limiti, senza però indicare le misure da adottare. Tale incertezza accresce la responsabilità politica del Governo, al quale incombe emanare i provvedimenti necessari.

Nel corso della pandemia, l'Esecutivo ha adottato una serie di decreti-legge, definendo le specifiche norme di attuazione con una serie di Dpcm[42], ossia atti di cui è responsabile il Presidente del Consiglio, sentiti ulteriori esponenti politici (Ministri e Presidenti di Regione), senza alcun intervento formale né del Presidente della Repubblica né del Parlamento. Una buona parte della dottrina ritiene che il decreto-legge, pur essendo lo strumento normativo più adeguato per regolare una situazione di emergenza, oggi pecchi di "lentezza"[43].

Si ammette la contrarietà della prassi seguita con la Costituzione, precisando però che gli atti adottati debbano ritenersi legittimi, in virtù di una presunta autoassunzione di potere *extra ordinem* che si legittimerebbe per via di necessità, rappresentata dalla pandemia, in mancanza della quale gli atti con cui l'Esecutivo attua una limitazione dei diritti fondamentali dovrebbero essere qualificati come eversivi della legalità costituzionale[44]. In realtà, la ragione di tale "lentezza" non deve essere intravista nel carattere dell'istituto così come ideato dai Costituenti, bensì nella sua distorsiva ed incoerente attuazione da parte dei Governi succedutesi nel corso degli anni[45].

L'emergenza sanitaria da Covid-19 avrebbe potuto rappresentare una valida *chance* per impiegare in modo ottimale proprio lo strumento normativo *ad hoc* che la nostra Costituzione prevede "*in casi straordinari di necessità ed urgenza*", coinvolgendo così dal primo istante l'organo legislativo.

Piuttosto, si è preferito intraprendere la via meno agevole: l'impiego costante e intenso dei Dpcm ha finito per recare danno "*a quel principio di legalità, tanto invocato dal Governo di fronte ai cittadini per chiedere loro, per paradosso, proprio il rispetto di quei decreti emergenziali, espressivi della scelta di limitare le loro libertà costituzionali tramite una fonte normativa di rango secondario, al posto invece di una di rango primario*"[46].

Appare ragionevole interrogarsi sui motivi che hanno spinto l'Esecutivo ad adottare misure così limitative con Dpcm e non direttamente con decreto-legge.

In primo luogo, si potrebbe fare leva proprio sulla necessità di ricorrere ad uno strumento più flessibile e celere della decretazione d'urgenza: tali atti, infatti, sono posti in essere da un organo monocratico e non devono passare al vaglio di un organo collegiale in cui trovano spazio varie espressioni politiche. In secondo luogo, si potrebbe evocare il fatto

che i Dpcm consentano di integrare il momento della decisione politica (ed amministrativa) con altri contributi tecnico-scientifici, mediante la consultazione di un apposito Comitato.

Tuttavia, le predette ragioni non risultano sufficienti, anche a fronte di una comparazione tra benefici e costi[47]. Oltre a “sacrificare” il principio di legalità, la scelta del Dpcm ha generato altri effetti nocivi: da un lato, in termini di alterazione degli equilibri infragovernativi e di collegialità del Governo; dall’altro, in relazione alle dinamiche dei rapporti tra organi costituzionali e le garanzie di cui gli stessi sono portatori[48].

In aggiunta, il susseguirsi di tali atti non ha giovato alla certezza del diritto, creando *caos* tra coloro che erano tenuti a rispettare le norme, ed intaccando la medesima gestione della crisi sanitaria, con consistenti ripercussioni anche sul versante economico[49].

La predetta emergenza ha investito anche il quadro dei rapporti centro-periferia. In via generale, è possibile sostenere che il Governo abbia optato per un assetto centripeto a “ridotta collaborazione” [50] nella gestione della crisi sanitaria: se in un primo momento, è sembrato che l’Esecutivo intendesse consentire alle Regioni di intervenire sulla definizione dei divieti, in seguito gli spazi per gli enti territoriali sono stati sensibilmente ridotti, generando una situazione di incertezza sia per le Regioni[51] sia per la società civile.

Con riguardo alla ripartizione delle competenze legislative in situazioni di emergenza, la Costituzione è trasparente: sullo Stato, soggetto maggiormente idoneo a garantire l’uniformità delle misure di contrasto alle malattie infettive sul territorio nazionale, incombono gli interventi legislativi in materia di profilassi internazionale e la fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute (art. 117, comma 2, lett. q) e m) Cost.); alle Regioni, invece, si demandano gli interventi in materia di tutela della salute e di protezione civile, esercitando la propria competenza nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale.

A ciò si aggiunge la possibilità per il Governo di esercitare un potere sostitutivo rispetto agli organi regionali e locali nel caso di “pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica”, specialmente per assicurare “la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 120, comma 2, Cost.).

L’intreccio di competenze ha condotto ad una catena di conflitti tra gli attori coinvolti; l’oggetto di tali conflitti risiedeva nella corretta ripartizione dei compiti inerenti il contenimento dei contagi ed il ripristino delle attività del Paese. Nell’ordinamento costituzionale italiano, lo Stato è “*il responsabile e il garante dell’uniformità del welfare*”[52], mentre le Regioni sono mere esecutrici di una distribuzione differenziata del servizio sanitario “*in relazione alle caratteristiche fisiche, sociali e culturali della*

rispettiva comunità”[53].

A tale riguardo, una chiara risposta è stata offerta dalla giurisprudenza costituzionale: con la sentenza n. 37/2021[54], la Consulta, per la prima volta, si è espressa sui principi che devono reggere il rapporto Stato-Regioni nel corso di una pandemia, nonché sulla competenza legislativa di Regioni e Province autonome ad adottare sistemi di contenimento e di prevenzione dell'emergenza pandemica difforni da quelli statali.

Nel caso di specie, il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Valle D'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (*“Misure di contenimento della diffusione del virus Sars-CoV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza”*) – sospesa in precedenza con ordinanza n. 4/2021 – nella parte in cui rendeva le disposizioni di legge statale predestinate al contenimento della pandemia da Covid-19 non immediatamente applicabili sul territorio valdostano, mettendo a punto una disciplina “autonoma e alternativa” rispetto a quella prevista a livello per il contrasto al contagio; tale legge avrebbe invaso la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale comprensiva *“di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla”*.

In tale circostanza, il Giudice delle Leggi ha tenuto a precisare che la legge statale non permette *“una politica regionale autonoma sulla pandemia, quand'anche di carattere più stringente rispetto a quella statale, ma la sola disciplina (restrittiva o ampliativa che sia), che si dovesse imporre per ragioni manifestatesi dopo l'adozione di un {URL} .* Dalla predetta ricostruzione scaturisce chiaramente come la quota di potere emergenziale facente capo alle Regioni risulti attenuata: si parla esplicitamente dell'impossibilità di una politica regionale autonoma sulla pandemia.

È incontestabile che la scelta della Consulta di trasformare la profilassi internazionale in una materia “trasversale” induca ad alterare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, immaginando un ripensamento del regionalismo italiano, soprattutto a fronte delle sfide presenti e future rispetto alle quali il Paese potrebbe trovarsi impreparato.

In realtà, desta maggiore allarme – a giudizio di chi scrive – la silenziosa e graduale scomparsa dalla scena di *“quel principio di leale collaborazione che, bene o male, ha contribuito a governare in questo anno di pandemia le complesse relazioni fra Governo e Regioni”*[55]. Pertanto, si accoglie la posizione di chi evoca il recupero della leale collaborazione come criterio guida dell'operato delle Istituzioni[56], in modo tale da *“scongiurare i gravi difetti di coordinamento ed i conseguenti conflitti che discendono dalla mancata concertazione e che, in contesti emergenziali, risultano ancor più dannosi”*[57]. Nel complesso, è ragionevole parlare non di vuoto costituzionale, bensì di vuoto istituzionale[58].

## 5. Il ruolo silente e marginale del Parlamento

Nel contesto dell'emergenza sanitaria, si è preso atto dello spostamento eccessivo dell'asse decisionale dal Parlamento al Governo, nonché della marginalizzazione del primo con riguardo a quelle scelte politiche determinanti la compressione di diritti e libertà fondamentali con strumenti procedurali non idonei. In concreto, si è assistiti ad un'inversione della posizione dei due attori: il Governo ha assunto la veste di “legislatore naturale”; comportando la crescente egemonizzazione del vertice governativo, con conseguente trasformazione in senso monocratico della determinazione e dell'attuazione dell'indirizzo politico, che costituisce una seria minaccia per la democrazia rappresentativa[59].

In realtà, la questione dell'emarginazione del Parlamento è risalente, e dunque non trae origine dall'emergenza in corso: come ben osservato in dottrina, la sua mancata capacità di auto-riforma costituzionale e sub-costituzionale si è tradotta in un processo di auto-emarginazione[60] (comprovato dalla prassi della questione di fiducia su maxiemendamenti)[61], soltanto accentuato dall'emergenza sanitaria. Negli ultimi anni, infatti, sono stati compiuti i più efficaci tentativi – parzialmente riusciti – di esautorare il Parlamento.

Si tratta di tentativi incidenti sull'effettivo funzionamento della nostra forma di governo, che hanno incrinato seriamente i quattro fondamenti giustificativi del parlamentarismo: (la rappresentatività delle Camere, la centralità del rapporto di fiducia, la discussione pubblica, la funzione legislativa).

In Italia, l'esautorazione del Parlamento è avvenuta attaccando tutti e quattro i fondamenti richiamati: minando la capacità delle Camere e dei singoli parlamentari di rappresentare il corpo elettorale, e conseguentemente le diverse tendenze politiche e i diversi interessi sociali del Paese; indebolendo la funzione di controllo e indirizzo delle Camere nei confronti del Governo, accrescendo così la responsabilità politica di quest'ultimo; escludendo dal processo decisionale la tradizionale discussione pubblica che si svolge nelle aule di Camera e Senato, considerata vera “anima” del metodo parlamentare per conseguire la decisione politica; sottraendo al Parlamento il concreto esercizio della funzione legislativa e ridimensionando il procedimento di formazione delle leggi alla mera ratifica di decisioni politiche pre-definite dall'Esecutivo[62].

Tornando allo scenario pandemico, è emblematico – ad avviso di chi scrive – che gli unici soggetti istituzionali dialoganti con il vertice del Governo siano stati i Presidenti delle Regioni, sui quali è ricaduto il compito di gestire in prima linea le diverse difficoltà scaturenti da ogni fase emergenziale[63].

Il rispetto del principio di continuità degli organi costituzionali[64] impone una riflessione sulla necessità di assicurare anche il regolare funzionamento delle Camere, al fine di mantenere l'equilibrio dei poteri costituzionali.

Decorsa la prima fase nevralgica dell'emergenza, si è tentato di instaurare un dialogo costante tra Governo e Parlamento, individuando un meccanismo che consentisse una partecipazione piena delle Assemblee nella lotta alla pandemia, e non riducesse il Parlamento a semplice "spettatore politico"[65] di un fenomeno di ampia portata. Con il decreto-legge n. 19/2020 (*"Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19"*) è stato statuito l'obbligo, per il Governo, di trasmissione alle Camere del provvedimento emanato il giorno successivo alla sua pubblicazione, sancendo altresì che *"il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisca ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate"*.

È opportuno segnalare che lo strumento dell'informativa urgente del Presidente del Consiglio dei ministri o di un ministro da lui delegato persegue il solo scopo di portare a conoscenza del Parlamento un evento di notevole spessore, avviando un dibattito, che però termina però senza possibilità per i gruppi parlamentari di votare l'atto di indirizzo politico.

La scadente risposta, nel prevedere soltanto un coinvolgimento delle Camere *a posteriori*, ha indotto alla presentazione di diverse proposte emendative alla legge di conversione del decreto, sino all'approvazione in corso di seduta del {URL} : *"il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare [...], al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere [...]"*.

A parte l'acclarata insufficienza del meccanismo di parlamentarizzazione dei Dpcm, colpisce particolarmente la posizione di chi coglie una generale tendenza a coinvolgere le Camere, in campi in cui sarebbero altrimenti escluse, attraverso procedure imputabili all'attività di indirizzo-controllo, piuttosto che per mezzo dell'esercizio del potere legislativo, tant'è che la funzione di controllo sembra espandersi *"quasi ad assorbire l'attività legislativa"*[66].

Al contempo, una parte della dottrina fa notare che il buon esercizio della funzione di controllo *"dipende dalla presenza in Parlamento di una maggioranza che non sia sempre disposta ad appiattirsi sulle posizioni del Governo e di un'opposizione non solo declamatoria e pregiudiziale"*[67].

Il progressivo dilagare dell'epidemia da Covid-19 ha posto in seria difficoltà il

Parlamento specialmente sotto il profilo organizzativo. Il punto nevralgico è stato quello di bilanciare il diritto alla salute dei parlamentari e della collettività con la funzionalità dell'istituzione parlamentare: si tratta di un bilanciamento cruciale, poichè il Parlamento adempie un "servizio pubblico essenziale"; di conseguenza, esso è impossibilitato a congedarsi proprio nel corso di una pandemia globale.

Al fine di risolvere i molteplici "nodi" operativi, si è dato vita ad un "diritto parlamentare dell'emergenza", imperniato sulle seguenti logiche: da una parte, la possibilità di partecipare ai lavori parlamentari anche da remoto, in modo tale da consentire al Parlamento di esercitare pienamente le sue funzioni, specie nelle fasi in cui gli spostamenti o la compresenza risultano piuttosto ardui, almeno per una parte dei rappresentanti; dall'altra, la definizione di forme più flessibili di organizzazione e di lavoro parlamentare, per porre tale organo nella condizione di partecipare appieno all'esercizio della funzione legislativa e di monitorare con scrupolosità l'operato del Governo in materia.

Con riguardo al tema della partecipazione da remoto ai lavori parlamentari, la dottrina si è pronunciata in ordine ad un eventuale reinterpretazione del concetto di presenza (art. 64, comma 3, Cost.)[\[68\]](#). In realtà, il tema in oggetto costituisce un vero e proprio dilemma, a prescindere da una possibile interpretazione evolutiva di tale concetto: da un lato, la partecipazione a distanza ai lavori parlamentari "*va a incidere sulle caratteristiche più tradizionali, intime e simboliche del parlamentarismo e della rappresentanza politica*"[\[69\]](#); dall'altro, la negazione di modalità alternative di partecipazione ai lavori parlamentari è espressione della mancata comprensione della delicatezza del contesto storico vigente[\[70\]](#).

La necessità di compiere un passo in avanti in termini di digitalizzazione dell'attività parlamentare scaturisce dal quadro comparato: in varie realtà europee, infatti, sono state introdotte modalità di lavoro e di votazione a distanza. A tale proposito, meritano considerazione i casi di Belgio e Regno Unito. La Camera dei rappresentanti belga ha modificato il proprio regolamento (artt. 25, 26, 42 e 58), affinché possano essere considerati presenti – sia in Commissione sia in Aula – anche i deputati assenti fisicamente nelle aule, ma che abbiano espresso il proprio voto per via elettronica.

Il 21 aprile 2020, la Camera dei Comuni ha approvato una mozione che consente ai deputati di partecipare ai {URL} *scrutiny proceedings* (in presenza e a distanza), ammettendo la convocazione di sedute ibride della medesima Camera, alle quali i deputati possono prendere parte in presenza o a distanza; il giorno seguente, è stata approvata una mozione che permette lo svolgimento in forma ibrida delle sedute riservate ai *substantive proceedings*.

Appare opportuno puntualizzare come le suddette previsioni trovino applicazione

provvisoria, nonché in presenza di una situazione grave ed eccezionale che minacci la salute pubblica ed impedisca ai componenti di partecipare fisicamente ai lavori parlamentari. È proprio questo – a parere di chi scrive – il punto da cui occorre partire: considerare la modalità a distanza quale soluzione *una tantum*; peraltro, tale scelta oggi avrebbe *“il grande merito di dimostrare che la tecnologia non serve a sostituire la rappresentanza [...] ma, al contrario, serve ad agevolarla, proteggendola nella sua funzione”* [71].

Pertanto, sarebbe irragionevole valutare tale modalità alternativa come un percorso obbligato: non giova al riguardo il riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale dell’esistenza di estesi margini in capo alle Camere nell’interpretare il numero legale.

Come infatti specificato in dottrina *“un conto è che la Costituzione richieda la maggioranza dei presenti “per la validità” di una delibera dell’Assemblea, lasciando alle Camere un margine di interpretazione della norma, altro è dedurre, da una disposizione costituzionale redatta quando neppure era immaginabile che i parlamentari potessero partecipare a distanza, che i regolamenti siano competenti ad ammettere la partecipazione telematica a tutte le attività parlamentari”* [72]. In tale prospettiva, trova terreno fertile l’insegnamento di chi sostiene che dal confronto e dalla negoziazione costante tra i rappresentanti e da una possibile reciproca fiducia derivi un valore aggiunto sia in termini di capacità decisionale sia in termini di legittimazione della decisione assunta [73].

Per quanto concerne l’introduzione di modalità più flessibili di organizzazione e di svolgimento delle attività parlamentari, si ritiene fondamentale tracciare una puntuale distinzione tra le forme che possono adottarsi per lo svolgimento della funzione legislativa e quelle da seguire per l’esercizio della funzione di controllo.

Relativamente alla funzione legislativa, il periodo storico vigente offre una valida opportunità per valorizzare il ruolo determinante delle commissioni permanenti in Parlamento. Sul piano costituzionale, esse sono legittimate a sostituirsi in tutto (sede legislativa) o in parte (sede redigente) all’Assemblea, salvo per i disegni di leggi rispetto ai quali è prescritto il normale procedimento legislativo o quando, precedentemente alla loro definitiva approvazione (art. 72, comma 4, Cost.), lo stesso è richiesto da parte di minoranze o dal Governo (art. 72, comma 3, Cost).

A tale riguardo, una corrente di pensiero evidenzia come la facoltà riconosciuta in Costituzione alle commissioni di sostituirsi all’Assemblea implica una rottura dei principi del parlamentarismo classico, a vantaggio di quelli propri dei regimi parlamentari “razionalizzati” [74].

Una parte della dottrina si è poi interrogata sulla possibilità di estendere, in tale fase peculiare, il procedimento in commissione in sede deliberante anche ai disegni di legge di conversione dei decreti-legge, spinta dal proposito di semplificare l'*iter* parlamentare dei decreti-legge[75]. In tale sede, si condivide il pensiero di chi privilegia la sede redigente che, oltre a dare luogo ad un percorso dall'andamento più ordinato, presenterebbe il pregio di ridurre le ore di seduta in Assemblea e specialmente il numero di voti che dovrebbero svolgersi in plenaria.

Si è ipotizzata, altresì, la costituzione di una commissione speciale[76], adottata di norma all'inizio della legislativa, per l'esame di atti urgenti come i disegni di legge di conversione dei decreti-legge: la sua istituzione, però, trova un ostacolo nel necessario voto dell'Assemblea[77].

È indiscutibile che tali osservazioni riflettano l'esigenza di rivederne *in toto* la configurazione[78], tenendo presente che la riduzione del numero dei parlamentari (legge cost. n. 1/2020) ha rappresentato una "scossa tellurica"[79] sul sistema delle commissioni. Per quanto attiene alla funzione di controllo sulla strumentazione emergenziale elaborata dal Governo, assume notevole peso la proposta di istituire una commissione bicamerale "*ad hoc*", composta da un numero circoscritto di deputati e senatori, alla luce del modello del COPASIR-Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica[80].

In dottrina, si è ritenuto che la stessa, da istituirsi inevitabilmente per legge, dovrebbe essere posta nella condizione di determinare liberamente le forme di pubblicità dei suoi lavori; questa, altresì, dovrebbe potersi avvalere di consulenze tecniche idonee a consentire di carpire all'istante l'andamento della pandemia e di comunicare direttamente non solo con i Presidenti di Regione, ma anche con il comitato tecnico-scientifico e con i commissari straordinari nominati dall'Esecutivo[81].

Nell'ottica di chi scrive, l'ingente attenzione riservata all'urgente definizione di un "diritto parlamentare dell'emergenza" sembra aver trascurato un rischio di non poco conto: l'indebolimento delle funzioni delle Assemblee rappresentative comporta la svalutazione della Costituzione ed il forte declino della nostra forma di governo.

## 6. Conclusioni

Giunti a tale punto, appare opportuno compiere brevi considerazioni in merito alla "tenuta" dello Stato costituzionale nel quadro dell'emergenza da Covid-19. Occorre prendere le mosse dal presupposto che quella ancora in corso presenta una dimensione nettamente maggiore rispetto alla pandemia del 1918-19 passata alla storia come febbre spagnola[82].

Tale circostanza, dunque, giustifica l'adozione di rigide e mirate misure di precauzione e di contenimento, dirette a sospendere le normali attività di vita di tutta la popolazione. Con specifico riferimento allo scenario nazionale, la presente emergenza si differenzia da quelle verificatesi in passato (eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo) in virtù del seguente elemento: nella storia repubblicana italiana, per la prima volta, una situazione emergenziale ha interessato la totalità della popolazione, l'intera sua vita sociale e tutte le sue relazioni globali[83].

L'evoluzione dell'epidemia da Covid-19 ha reso inadatto sia lo strumentario delle ordinanze previste a livello statale e regionale per le crisi sanitarie (art. 35, legge n. 833/1978), sia lo strumentario delle ordinanze prescritte dal codice della protezione civile, inducendo così l'Esecutivo ad avvalersi di impropri strumenti normativi, a partire dal decreto-legge n. 6/2020.

I provvedimenti emanati per fronteggiare la pandemia, però, si sono inseriti in un ordinamento non privo di efficienti soluzioni al riguardo: come già espresso, la Costituzione consente al Governo sia di utilizzare il decreto-legge, sia eventualmente di esercitare il potere sostitutivo sugli organi regionali e locali. Pertanto, stando al dato costituzionale, in casi peculiari, sono legittime misure eccezionali che implicano corrispondenti poteri straordinari.

Tali previsioni non compromettono costituzionale[84], poichè è comunque salvaguardato un rapporto solido tra il Governo ed il Parlamento; mantenendo altresì un ruolo di garanzia in capo al Presidente della Repubblica.

In concreto, la Costituzione Italiana è in grado di reggere emergenze di ampia dimensione: il problema cruciale – a parere di chi scrive – consiste nella scorretta attuazione legislativa e amministrativa del modello costituzionale da parte delle istituzioni.

Una conferma è data dall'iniziale indeterminatezza del riferimento ai soggetti chiamati ad assumere i provvedimenti, sebbene poi il ricorso al Dpcm abbia spostato l'attenzione sulla figura del Presidente del Consiglio dei Ministri[85]. Il profilo maggiormente critico – a parere di chi scrive – consiste nella accentuata marginalità del Parlamento che non deve e non può esimersi dalle sue principali funzioni, in quanto ridursi ad assolvere un ruolo accessorio significa *“abdicare alla tecnocrazia, talvolta assertiva, talvolta contraddittoria ma spoglia di qualsiasi peculiarità politica e spesso di trasparenza”*[86].

La crisi del Parlamento deve essere superata anche mediante il recupero della costituzionale funzione ad esso riconosciuta di organo di mediazione delle istanze[87]. Altro aspetto negativo è rappresentato dalla mancata sottoposizione dei provvedimenti adottati al controllo presidenziale, benché tale omissione non abbia impedito di cogliere

l'importanza che continua ad assumere in Italia una Presidenza della Repubblica *super partes*<sup>[88]</sup>.

In definitiva, oltre a porre a dura prova la tenuta dei sistemi sanitari nazionali, la pandemia da Covid-19 ha lanciato una sfida alla Costituzione: in dottrina, si parla subito di “*Costituzione al tempo del Coronavirus*”<sup>[89]</sup>, come se si volesse marcare l’inizio di una nuova epoca. La Carta costituzionale, anche in un momento di forte tensione, ha mostrato “*la sua straordinaria capacità di adattamento e di garanzia dei principi fondamentali dello stato democratico moderno*”<sup>[90]</sup>.

## Note e riferimenti bibliografici

\*Il presente scritto costituisce una rielaborazione del testo della relazione presentata alla terza Conferenza della sezione italiana dell'*International Society of Public Law* (ICON·S), svoltasi presso l'Università di Bologna, in data 16-17 settembre 2022.

[1] M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di difesa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 401.

[2] Sulla stessa linea, {URL} *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, n. 1/2022, secondo i quali “la nostra Carta fondamentale non è un qualcosa da rispettare nei momenti di tranquillità e da accantonare nei momenti di difficoltà, ma è la stella polare che ci indica la strada da seguire proprio nei momenti più bui della nostra storia”.

[3] Su tale caso è stata avviata un'indagine, conclusasi con la revoca del provvedimento di ammonimento adottato dalle autorità locali di polizia, ma non alla concessione di un risarcimento ai familiari della vittima. Le indagini, però, non hanno chiarito se si è trattato di un occultamento o di un errore di valutazione. Sul punto, si veda X. Wu, *L'incertezza è l'unica certezza della Cina*, in {URL}, 14 agosto 2020.

[4] Così, M. MAZZA, *Cina e Asia orientale di fronte alla sfida del Coronavirus*, in *DPCE-Online*, n. 3/2020, p. 4306.

[5] Così, A. CANEPA, *Lotta al COVID-19 e diritti dei cittadini nella Repubblica Popolare Cinese. Le peculiarità di un ordinamento socialista asiatico*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata. Osservatorio emergenza Covid-19 – Federalismi*, 18 marzo 2020, p. 122.

[6] L. CUOCOLO, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., p. 4.

[7] Così, {URL} *La gestione dell'emergenza sanitaria Covid-19 come osservatorio delle dinamiche politico-costituzionali in Iran*, in *DPCE online*, n. 3/2020, pp. 4327-4328.

[8] M. GHIABI, *Managing Disorder: Iran's Governance Amidst the COVID-19 Pandemic*, Commentary, ISPI, 12 maggio 2020.

[9] È quanto emerge nell'annuale rapporto 2020 di Report Senza Frontiere, l'organizzazione non governativa che promuove e difende la libertà di informazione e la libertà di stampa. Nel predetto rapporto, si denuncia il crescente numero di casi soppressione dell'informazione, talvolta di mera disinformazione. In generale, si veda F. Lajolo di Cossano, *Il diritto di informazione ai tempi del Coronavirus: un diritto fondamentale*, in *Diritti fondamentali*, 10 aprile 2020.

[10] È interessante la posizione di A. Cantaro, *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in Id. (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, p. 12, il quale definisce il bilanciamento come la “formula magica” della scienza giuridica contemporanea.

[11] Tuttavia, vi è chi sostiene la tesi dell'inesistenza dei conflitti tra diritti fondamentali (in tale senso, si veda L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2008). A tale tesi si contrappone quella dell'intangibilità dei principi costituzionali fondamentali (è la posizione di M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 170 ss.).

[12] Corte cost., 9 maggio 2013. Per un commento alla predetta sentenza, si veda L. Geninatti Satè, “Caso Ilva”: la tutela dell’ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 maggio 2013; M. Massa, *Il commissariamento dell’ILVA e il diritto delle crisi industriali*, *ibidem*, 17 giugno 2013; V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *Giur. cost.*, n. 3/2013, p. 1505 ss.; M. Boni, *La politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Federalismi*, 5 febbraio 2014.

[13] Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58. Per un’analisi su tale sentenza, si veda G. Amendola, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2018; S. Frega, *L’Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta Online*, n. 2/2018.

[14] M. D’AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, p. 27.

[15] Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 15. Nel caso di specie, la Consulta dichiara che “l’emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo”.

[16] A. AGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, p. 120 ss.

[17] A. AGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell’emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in {URL} , n. 1/2021, p. 62, ricorda che “La Costituzione, senza incorrere nell’eccesso di sovrapporre la figura della comunità a quella del singolo, sino a scivolare nell’insidioso terreno del cittadino totale, o dello stato totale, disegna un progetto di emancipazione che è insieme personale e sociale, sancendo, nel principio personalista, la centralità della persona innervata dalla solidarietà e dalla partecipazione”.

[18] G. LA PIRA, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana dell’11 marzo 1947.

[19] G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in {URL} , 10 aprile 2020.

[20] C. SCHMITT, *Politische Theologie*, Berlin, 1922.

[21] {URL} *Relazione del deputato La Rocca, Sul potere Esecutivo*.

[22] {URL} *Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d’assedio*.

[23] {URL} *Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d’assedio*.

[24] Su tale linea, D. de Petris, *Costituzione e pandemia*, in {URL} , 12 maggio 2020; A. Pertici, *Il Forum - Emergenza Covid e organi costituzionali*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, p. 5.

[25] Sul tema, si veda V. Onida, *Guerra, diritto, costituzione*, Bologna, 1999, pp. 958-962; G. Vergottini, *Guerra e Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2002, pp. 19-34; A. Vidaschi, *Commento all’articolo 78 della Costituzione della Repubblica Italiana*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, {URL} (a cura di) *La Costituzione italiana : commento articolo per articolo. Vol. 2: Parte II - Ordinamento della Repubblica (Articoli 55-139) e*

*Disposizioni transitorie e finali*, Bologna, 2021, pp. 133-137.

[26] Ai sensi dell'art. 5 dello Statuto Albertino: “Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere”.

[27] {URL} *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 118.

[28] In tale senso, si veda F. Torre, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 27 marzo 2020, p. 5 ss; A. Celotto, *Necessitas non habet legem?, Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Roma, 2020, pp. 60-61.

[29] Leg. XVII, {URL} *Proposta di revisione costituzionale, “Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione*, “concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere”.

[30] G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 564.

[31] Così, A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 350.

[32] G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, cit., p. 546.

[33] In tale senso, si veda P. ABRAMOVICI, *Le Putsch des généraux. De Gaulle contre l'Armée 1958-1961*, Parigi, 2011.

[34] Nel corso della V Repubblica francese, lo stato di assedio non è mai stato dichiarato.

[35] A tale proposito, P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul “rendimento” delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 416, sottolinea come tale meccanismo alternativo venga utilizzato “per affrontare tutte quelle urgenze – anche gravissime – per le quali non si ritenga necessario accedere alle clausole costituzionali dell'art. 16 e dell'art. 36, percepite evidentemente come non praticabili in virtù del loro contenuto (soprattutto lo stato d'assedio) ovvero delle torsioni che esse imporrebbero all'assetto del sistema delle fonti e della forma di governo (soprattutto la concentrazione di poteri nel Presidente prevista dall'art. 16)”. Tuttavia, in Francia è stata adottata una normativa *ad hoc* per gestire l'emergenza sanitaria (*loi n° 2020-290 du 23 mars 2020*).

[36] Per un approfondimento, tra i tanti, si veda M. CARRILLO, *Diritto di eccezione e sistema costituzionale in Spagna di fronte alla pandemia da COVID-19*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2021.

[37] In particolare, tra i plurimi, si veda A. De Petris, *Un approccio diverso: l'emergenza “collaborativa” del federalismo tedesco*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, pp. 429-446.

[38] È la specifica posizione di A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 6 aprile 2020, p. 211, secondo cui “la crisi nella quale da tempo, endemicamente, versa il sistema delle fonti non sembra ormai più reversibile; e l'unica fioca speranza della sua sopravvivenza [...] sembra essere legata all'appagamento del bisogno di una nuova e profonda riscrittura delle norme costituzionali sulle fonti, per l'aspetto delle procedure che presiedono

alla loro venuta alla luce come pure per il posto assegnato a ciascuna di esse in seno al sistema e, perciò, per le relazioni che tra le stesse s'intrattengono e gli effetti discendenti dalla loro produzione”.

[39] Come affermato da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1976, p. 83, la *ratio* del decreto-legge è quella di “assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell’ordinamento, facendo fronte a situazioni imprevedibili che lo mettano in pericolo”.

[40] In tale senso, si veda T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2017; p. 384; L. Paladin, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 534-535. Al contrario, G. Viesti, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, p. 93 ss., ammette la sussistenza di determinate limitazioni.

[41] Su tale linea, P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2020, p. 695. Al contempo, l’Autore ritiene che, rispetto alle misure adottate in Italia per fronteggiare l’emergenza sanitaria, “paiono forse eccessive le preoccupazioni espresse da parte della dottrina sul funzionamento effettivo del sistema delle fonti per il rischio di eludere il ruolo costituzionale dei decreti-legge o la riserva di legge o di abusare dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri”.

[42] In linea generale, su tale tipologia di atti, si veda {URL} *Osservazioni in tema di decreti del*

*Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. De Siervo (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992, p. 155 ss.; D. De Lungo, *Nihil est in intellectu quod Prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche su decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019; M. Giannelli, *I decreti “di natura non regolamentare”. Un’analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Sui Dpcm adottati nell’emergenza sanitaria, si veda A. Arcuri, *Cose vecchie e cose nuove sui {URL} (...dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi*, n. 28/2020; M. Rubechi, *I {URL} : considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi*, n. 27/2021; {URL} *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021; M. Cavino, *Comitato per la legislazione e dPCM: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, 401ss.; V. Di Porto, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021.

[43] G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 16 giugno 2020.

[44] G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in {URL} , n. 1/2020, p. 3.

[45] R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 5 ottobre 2020, p. 519.

[46] Così, F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, p. 39.

[47] G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 370.

[48] G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, cit.

[49] A. IANNOTTI DELLA VALLE, F. MARONE, *Parlamentarismo e regionalismo alla prova della pandemia: bilancio costituzionale di un'emergenza*, in *Le Regioni*, n. 4/2021, p. 743.

[50] E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 379

[51] Sul ruolo accordato alle Regioni nella gestione dell’emergenza sanitaria, tra i molteplici, si V. Di Capua, *Il*

nemico invisibile. *La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19, 20 maggio 2020; A. Romano, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *ibidem*, 20 maggio 2020; V. Neri, *Diritto amministrativo dell'emergenza: tra unità e indivisibilità della Repubblica e autonomia regionale e locale*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2020, p. 346 ss.

[52] Così, E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, p. 583.

[53] Così, E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, p. 585.

[54] Corte cost., 21 marzo 2021, n. 37. Su tale pronuncia, si veda B. Caravita, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi*, 21 aprile 2021; M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, pp. 329-337; G. Menegus, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, pp. 88-110; A. Cardone, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *ibidem*, n. 2/2021, pp. 312-326; D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *ibidem*, n. 3/2021, pp. 11-18; G. Boggero, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *ibidem*, n. 3/2021, pp. 103-129; R. Negro, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2021; A. Poggi, G. Sobrino, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, pp. 231-261; C. Caruso, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 13 aprile 2021.

[55] Così, G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in {URL} , 21 marzo 2021. Con particolare riferimento all'esperienza pandemica, si veda A. Saporito, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2020; L. Leo, *L'ascesa delle ordinanze regionali ai tempi del Covid-19*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021, pp. 309-312; C. Padula, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, pp. 169-183.

[56] A tale proposito, {URL} , *La "leale collaborazione tra i poteri" ha ultimato la sua parabola. Brevi considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 14, 2020, p. 136, ammette che "il principio di collaborazione dovrebbe essere considerato molto più di un semplice galateo costituzionale, ma troppo spesso ormai risulta essere un'aspirazione, una speranza o una bandiera contro le sfrontatezze e contro i centralismi statali e regionali".

[57] Così, A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti regionali*, n. 3/2020, p. 382.

[58] C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Amministrazione in cammino*, 29 aprile 2020, p. 8.

[59] M. CALAMO SPECCHIA, *Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica Riflessioni di sintesi. Le fonti del "diritto della pandemia" tra forma e sostanza*, in *Dpce Online*, 2021, p. 1870.

[60] N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, "Sulle modalità più efficaci*

per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata”: Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, p. 9.

[61] Sul tema, tra i molteplici, si veda E. Griglio, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2005, pp. 807-828; N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in {URL} *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione. Atti del convegno (Roma, 17 marzo 2006)*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, Roma, 2007, p. 41 ss.; G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, spec. p. 291 ss.; A. Razza, *Note sulla normalizzazione della questione di fiducia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; G. Pistorio, *Maxi-emendamento e questione di fiducia Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018, p. 155 ss.; {URL} *Decretazione d'urgenza, maxi-emendamenti e questione di fiducia: profili di costituzionalità di una consolidata ma problematica prassi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 maggio 2018.

[62] {URL} *Come esautorare il parlamento. Un caso esemplare del declino di una democrazia rappresentativa*, in *Teoria politica*, n. 10/2020, p. 161. Sul tema, si veda {URL} *Un declino senza cambiamento. Il Parlamento italiano tra la XVII e la XVIII Legislatura*, in {URL}, n. 1/2019, pp. 33-96.

[63] In linea con ciò, P. MAZZINA, *Dalla torsione della forma di governo alla verticalizzazione della decisione parlamentare: lo svolgimento dei lavori delle camere in tempo di pandemia e lo smart voting*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna on-line*, n. 1/2022, p. 281.

[64] Sul punto, si veda L. Elia, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958; {URL} *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano, 1997.

[65] Così, G. LAVAGNA, *L'emergenza sanitaria. Un banco di prova per la tenuta della nostra forma di governo*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 3/2021, p. 7.

[66] A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, 2020, p. 59 ss. Sulla stessa linea, A. Contieri, *Presidente del Consiglio e ruolo del Parlamento: il mosaico dell'indirizzo politico (europeo)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020, p. 109.

[67] Così, V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo al tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 277.

[68] In senso favorevole, si veda S. Curreri, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in {URL}, 11 marzo 2020; Id., *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, in {URL}, 16 marzo 2020; S. Ceccanti, *Parlamento, proposte per regolare gli stati di emergenza*, in *Progresso, Europa e riforme*, n. 5/2020; C. Fusaro, *Coronavirus: meglio niente Parlamento o un Parlamento smart?*, in *Libertàeguale*, 15 marzo 2020. Più cauta è la posizione di N. Lupo, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020. In senso contrario, si veda R. Dickmann, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi*, n. 5/2020; V. Lippolis, *Camere, voto a distanza? No grazie, la presenza in aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1° aprile 2020.

[69] Così, N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, “Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata”:* *Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, cit., p. 22.

[70] È la posizione di S. CURRERI, *Il Parlamento ai tempi del Covid-19: perché è necessario e legittimo il voto a distanza*, in *Progresso, Europa e Riforme*, n. 5/2020.

- [71] Così, F. CLEMENTI, *Virus: In emergenza la democrazia rappresentativa si difende con il voto a distanza*, in *Progresso, Europa e Riforme*, n. 5/2020.
- [72] Così, F. BIONDI, P. Villaschi, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *Federalismi*, n. 18/2020, p. 45.
- [73] È l'insegnamento di G. SARTORI, *Will Democracy Kill Democracy? Decision-Making by Majorities and by Committees*, in *Government and Opposition*, 1975, n. 2, p. 131 ss.
- [74] S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, p. 226.
- [75] G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.
- [76] S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., p. 227.
- [77] A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, *Working Papers Series della School of Government della Luiss*, n. 57/2020, p. 13. Fermamente contrario è B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, {URL}
- [78] In particolare, si veda F. NERI, *Le Commissioni parlamentari: verso un'inevitabile riforma dell'intero sistema*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020; L. Leo, *La riduzione del numero dei parlamentari tra passato e presente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 600 ss.
- [79] Così, L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa, 2020, p. 138.
- [80] È questa la proposta di M. Pandolfelli, *Parlamento ed emergenze: per l'istituzione di un Comitato parlamentare per i Grandi rischi*, *Working Paper Series*, n. 9/2020, p. 9. Su tale modello, tra i plurimi, si veda {URL} *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, 2010, p. 1715 ss.; M. Franchini, *A proposito delle nuove competenze del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, I, Padova, 2015, p. 696 ss; A. Perrone, *Le prospettive del controllo parlamentare nella recente attività del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, in *Federalismi*, n. 11/2018.
- [81] N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata": Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, cit., p. 16.
- [82] Una valida comparazione è compiuta da G. Alfani, D. Bidussa, {URL} *Contagio globale, impatto diseguale. Influenza spagnola e Covid-19 a confronto*, Milano, 2021. Con specifico riguardo all'andamento della febbre spagnola in Italia, si veda F. Rossi, *"Il morbo crudele". Opinione pubblica e diritto dell'emergenza in Italia di fronte all'influenza 'spagnola'*, in *Italian Review of Legal History*, n. 12/2020, pp. 293-337.
- [83] P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, cit., p. 691-692.
- [84] Come precisato da M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, p. 202.
- [85] L. IMARISIO, G. SOBRINO, *I diritti e i doveri fondamentali nelle condizioni di emergenza: diritto e diritti di fronte alla pandemia Covid-19*, in L. Imarisio, M. Malvicini, G. Sobrino (a cura di), *Tra emergenza, eccezione e precauzione. Diritti e doveri di cittadinanza di fronte alla pandemia Covid-19*, Torino, 2020, p. 42-43.

[86] Così, R. CARIDÀ, *La tenuta istituzionale del Parlamento tra COVID-19 e referendum*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2020, p. 151.

[87] R. CARIDÀ, *La tenuta istituzionale del Parlamento tra COVID-19 e referendum*, cit., p. 152.

[88] Sul ruolo assunto dal Capo dello Stato nella pandemia, si veda G. Brunelli, *La pandemia e l'unità nazionale: il ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Diritto Virale*, Firenze, 2020, p. 9 ss; L. Leo, *Il ruolo di "attore-protagonista" del Presidente della Repubblica in tempi di crisi*, in *Amministrazione in Cammino*, 22 luglio 2022, p. 24 ss.

[89] La predetta espressione è impiegata da C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in {URL} , n. 1/2020, p. 79.

[90] Così, R. CRISTIANO, *Solidarietà e leale collaborazione, valori emergenti nella sfida all'epidemia da Coronavirus*, in *Annali dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa*, Napoli, 2020, p. 425.

---

\* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=8953>