

Nov/2018



# CAMMINO DIRITTO

*Articoli Scientifici*

**ISSN 2532-9871**

Cammino Diritto (Periodico online)

---

Rivista  
**Giuridica**  
*online*

# RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

---

## MENSILE ONLINE

**Direttore:** Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

**Direttore Scientifico:** Alessio GIAQUINTO

**Comitato Scientifico:** Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

**Comitato dei Revisori:** Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Iliaria TACCOLA, Iliaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

**Redazione:** Giuseppe FERLISI, Iliaria FERRARA

---

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  
Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015  
Periodicità: Periodico (on-line)  
Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)  
Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto  
ISP (Internet Service Provider): aruba.it – [www.camminodiritto.it](http://www.camminodiritto.it)  
Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it>  
Indirizzo e-mail: [redazione@camminodiritto.it](mailto:redazione@camminodiritto.it)  
Recapito telefonico: 02 87188451

---

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, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

## Indice dei contenuti

---

1 - LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA PER LA SEPARAZIONE E IL DIVORZIO

autore: **Federica Prato**, pubblicazione giovedì 1 novembre 2018

2 - RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE: QUALE PENA SE L'AGGRESSIONE È CONTRO PIÙ SOGGETTI?

autore: **Irene Pellegrini**, pubblicazione giovedì 8 novembre 2018

3 - DICHIARARE FALSE GENERALITÀ AL CONTROLLORE SULL'AUTOBUS È FALSA ATTESTAZIONE A PUBBLICO UFFICIALE

autore: **Andrea Bazzichi**, pubblicazione venerdì 9 novembre 2018

4 - L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

autore: **Maria Avossa**, pubblicazione giovedì 15 novembre 2018

5 - LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO GLOBALE

autore: **Gianluigi Pallotta**, pubblicazione domenica 18 novembre 2018

6 - LA PROVA PENALE NELLE INDAGINI DIFENSIVE. ANALISI COMPARATA DEGLI STRUMENTI PROCESSUALI CONCESSI ALLA DIFESA NEI SISTEMI ITALIANO E STATUNITENSE.

autore: **Mariangela Miceli**, pubblicazione venerdì 23 novembre 2018

# LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA PER LA SEPARAZIONE E IL DIVORZIO

*Con il D.L. n. 132/2014 il legislatore introduce strumenti alternativi al procedimento giurisdizionale ordinario, con lo scopo, appunto, di decongestionare l'attività nei Tribunali. Nello specifico viene introdotta la procedura di negoziazione assistita adibita anche ad ottenere separazione e divorzio consensuale.*

autore **Federica Prato**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

**Sommario:** 1. Modalità di scioglimento del matrimonio – 2. Negoziazione assistita per la separazione e il divorzio – 2.1 Il ruolo dell'avvocato nella negoziazione - 2.2 Accordo innanzi al Sindaco (cenni) – 3. Pro e contro della negoziazione assistita nel diritto di famiglia

## 1. Modalità di scioglimento del matrimonio

Il matrimonio è un istituto giuridico che consente a due persone – di diverso sesso e in possesso di una serie di requisiti richiesti dalla legge – di creare un nuovo nucleo familiare i cui diritti sono garantiti dalla stessa Costituzione (art. 29: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio<sup>[1]</sup> è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.”).

Allo stesso modo, i coniugi sono lasciati liberi, in qualsiasi momento, di sciogliere il vincolo matrimoniale tramite appositi strumenti previsti dal nostro ordinamento<sup>[2]</sup>.

L'anticamera dello scioglimento del matrimonio è senza dubbio la separazione dei coniugi disciplinata dagli artt. 150 ss. del codice civile. La stessa disposizione contenuta nel primo articolo citato, indica che tramite la separazione è possibile sospendere temporaneamente gli effetti del matrimonio in vista di un'eventuale e futura riconciliazione o in funzione di un definitivo divorzio.

Brevemente con la separazione i doveri di fedeltà e coabitazione vengono meno, ma le parti non perdono lo status di coniugi e permane l'obbligo di assistenza materiale del coniuge più debole e gli obblighi nei confronti dei figli. Esistono, inoltre, diverse tipologie di separazione legale (differisce da quella di fatto perché, in tal caso è richiesto

un intervento del giudice o si ricorre alla negoziazione assistita da avvocato o alla dichiarazione del Sindaco):

a) consensuale quando sussiste un accordo da parte dei coniugi che deve essere poi omologato dal giudice, b) giudiziale quando viene richiesta al giudice una pronuncia in tal senso da uno o entrambi i coniugi, non essendo stato raggiunto accordo sulla regolamentazione dei rapporti patrimoniali o per tutto ciò che riguarda i figli minori.

Diverso è l'istituto del divorzio, regolato dalla famosa legge n. 898/1970 (e successive modifiche), con il quale risulta possibile ottenere lo scioglimento del matrimonio civile o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario. Con la sentenza di divorzio si va ad accertare la cessazione della c.d. *affectio maritalis* e di conseguenza l'impossibilità di consentire la prosecuzione della vita coniugale. Infatti, dalla data di emanazione del provvedimento si ha la cessazione degli effetti giuridici del rapporto matrimoniale.

Inoltre, ulteriori effetti del divorzio sono: a) la perdita per la moglie del cognome del marito (salvo istanza per mantenerlo in presenza di specifici motivi), b) perdita reciproca dei diritti successori (salvo casi in cui è previsto l'assegno successorio, ma tale diritto viene meno qualora il coniuge passi a nuove nozze o con il venir meno dello stato di bisogno), c) soprattutto, il giudice può stabilire disposizioni in merito all'assegnazione della casa familiare, dei figli e nell'eventualità prevedere l'obbligo in capo ad uno degli ex- coniugi di corrispondere un assegno divorzile in favore dell'altro, dopo aver analizzato le esigenze e le condizioni patrimoniali di entrambi.

È doveroso, inoltre, citare il d.l. n. 132/2014, con il quale sono stati introdotti degli istituti come la negoziazione assistita dagli avvocati<sup>[3]</sup> e l'accordo dinanzi all'ufficiale di stato civile, adibiti ad abbreviare i tempi previsti per la separazione e il divorzio.

## **2. Negoziazione assistita per la separazione e il divorzio**

Con l'intento di ridurre il carico di lavoro dei Tribunali nel 2014 - con la Legge n. 162<sup>[4]</sup> - è stato introdotto un canale alternativo alla giurisdizione ordinaria<sup>[5]</sup> per procedere alla separazione o al divorzio, in presenza di un accordo tra le parti e tramite la figura dell'avvocato che in sostanza, vigila sulla regolarità della procedura negoziale.

In sostanza, la negoziazione assistita si compone di un accordo raggiunto tra le parti, assistite da uno o più avvocati, con il quale decidono di cooperare con lealtà e buona

fede per risolvere amichevolmente una controversia (come indica l'art. 6 del d.l. citato[6]).

Si premette che l'accordo raggiunto, nonostante resti un atto di autonomia privata produce effetti come se fosse un provvedimento giudiziale (ovvero, l'accordo raggiunto costituirà titolo esecutivo e avrà quindi, lo stesso effetto di una sentenza) e in caso di mancato rispetto di una delle parti, è possibile richiederne l'esecuzione coattiva.

Nello specifico "l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio." [7]

Dal punto di vista procedurale, tale procedura può iniziare in due modi:

**a. Tramite l'invio di un invito alla negoziazione all'altro coniuge.**

Tale invito deve essere completo di indicazione dell'oggetto della controversia e deve indicare un termine entro il quale deve pervenire la risposta, con la precisazione che la mancata risposta sarà interpretata come un rifiuto e, nel caso in cui si ritenga opportuno, si procederà per via giudiziale;

**b. Tramite la sottoscrizione di una convenzione.**

La convenzione è un pre-accordo, redatto rigorosamente in forma scritta, attraverso il quale le parti si impegnano a risolvere la questione, collaborando secondo le regole della buona fede. Nello specifico le parti e i rispettivi avvocati definiscono le regole della negoziazione che si apprestano ad intraprendere.

Tale convenzione oltre a dover essere obbligatoriamente scritta, a pena nullità, deve anche indicare il termine (termine non inferiore ad un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile di ulteriori trenta giorni su accordo delle parti) entro il quale va conclusa la negoziazione (con il raggiungimento dell'accordo vero e proprio) con le firme di entrambi le parti, autenticate dagli avvocati.

Dopo aver sottoscritto la convenzione, è possibile procedere alla ricerca di un accordo sulle condizioni sia patrimoniali che non patrimoniali relative alla separazione o al

divorzio. Si precisa che, prima di procedere, gli avvocati sono tenuti ad esperire un tentativo di conciliazione.

Una volta raggiunto l'accordo, "deve considerarsi inammissibile la revoca unilaterale del consenso effettuata dopo la sottoscrizione dell'accordo raggiunto a seguito di convenzione assistita ed espressa dopo la trasmissione dell'accordo medesimo al PM ma prima della sua autorizzazione"<sup>[8]</sup>.

Una volta raggiunto l'accordo, tutta la documentazione (convenzione, accordo, mandato di ciascuna parte conferito ai rispettivi avvocati, produzioni documentali) entro dieci giorni viene trasmessa al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente (ci si riferisce allo stesso Tribunale che sarebbe competente in caso di separazione o divorzio per via ordinaria), al fine di ottenere: a) il nullaosta a seguito di una verifica di regolarità degli atti o b) l'autorizzazione qualora ci siano figli minori, portatori di handicap o maggiorenni non autosufficienti. Tale autorizzazione sarà rilasciata solo se negli accordi si sia tenuto conto, in maniera adeguata degli interessi dei figli.

Nel caso in cui la verifica di conformità dovesse avere esito negativo, il P.M. rimetterà gli atti al Presidente del Tribunale e il procedimento assumerà forma ordinaria e non più abbreviata. In altre parole, in presenza di prole minorenni, è fondamentale che nell'accordo raggiunto ci siano specifiche statuizioni in merito al rapporto tra figli e genitori come informazioni relative al tempo che i figli trascorreranno con ciascun genitore.

In seguito, una copia dell'accordo verrà trasmessa, a cura di uno degli avvocati, entro dieci giorni (dal momento in cui si riceve comunicazione tramite p.e.c. del rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione), all' Ufficio di stato civile dove è stato iscritto o trascritto il matrimonio, affinché si proceda alla trascrizione al margine dell'atto di matrimonio.

Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore della legge Cirinnà (L. 20 Maggio 2016 n. 76) è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto delle unioni civili e anche per lo scioglimento di quest'ultima è possibile utilizzare la negoziazione assistita, con il vantaggio di non doversi recare in Tribunale, ma bensì di poter semplicemente sottoscrivere un accordo con l'assistenza di un avvocato (**uno per ogni parte**). Anche in questo caso, l'accordo può contenere disposizioni relative a rapporti sia patrimoniali che personali delle parti. La procedura si completa in tempi ristretti, infatti, la durata è di



circa un mese, salvo i casi in cui la Procura della Repubblica competente sia particolarmente intasata da comportare ritardi nel concedere l'autorizzazione.)

La procedura in tale circostanza, è molto più snella e veloce rispetto a quella vista sopra. Infatti, una volta raggiunto l'accordo, questo viene inoltrato alla Procura della Repubblica e il PM concedendo il nulla osta, ne consente l'annotazione sul registro delle unioni civili.

Infine, risulta particolare il rapporto tra la negoziazione assistita e le mere coppie di fatto che intendono porre fine alla loro relazione e regolare aspetti personali – soprattutto i futuri rapporti con gli eventuali figli - e patrimoniali.

A tal proposito, è il caso di citare un provvedimento del Tribunale di Como<sup>[9]</sup> che ha stabilito che lo strumento in esame non si può applicare incondizionatamente anche alle coppie non coniugate, essendo chiara la previsione normativa ex art. 6 d.l. 132/2014 (fa riferimento solo coppie coniugate, separande o divorziande). Risulterebbe necessario, in tal caso, l'intervento di un giudice che dichiari efficace l'accordo raggiunto tra le parti.

Infatti nel caso di specie, il PM non aveva concesso alcuna autorizzazione e il giudice aveva convocato la coppia in quanto l'accordo sul figlio doveva essere esaminato in Camera di Consiglio.

## **2.1 Il ruolo dell'avvocato nella negoziazione**

Come è facile intuire, nell'ambito di questa negoziazione assistita, il ruolo principale è svolto dagli avvocati delle parti, in capo ai quali gravano una serie di obblighi nei confronti dei loro assistiti.

Si anticipa che si tratta di un ruolo molto delicato, dato che, l'avvocato o gli avvocati hanno il compito di assistere le parti anche per evitare che all'interno dell'accordo siano inserite condizioni sconvenienti (soprattutto in relazione ai rapporti patrimoniali) per il proprio cliente o addirittura condizioni illegittime che non supererebbero la successiva fase di controllo.

Prima dell'inizio di qualsiasi tipologia di procedimento, una volta analizzata la questione, l'avvocato ha l'obbligo – meramente deontologico, non essendo prevista una sanzione in caso di omissione dell'informativa - di informare il proprio assistito della



possibilità (e in alcuni casi dell'obbligo) di ricorrere alla negoziazione assistita piuttosto che avventurarsi verso un processo vero e proprio. Di conseguenza, qualora l'assistito scegliesse la prima opzione, l'avvocato ha anche l'obbligo di assisterlo per tutte le fasi della negoziazione.

Una volta iniziata la procedura, in primis, vi è l'obbligo da parte dei legali di esperire il tentativo di conciliazione esercitando, in sostanza, le funzioni del Presidente del Tribunale nella prima udienza di comparizione e soprattutto l'avvocato è tenuto al rispetto dell'obbligo di riservatezza per tutte le informazioni che vengono fornite dal cliente.

Al termine della procedura, sottoscritto l'accordo, gli avvocati hanno l'onere di trasmettere lo stesso, al Consiglio dell'Ordine del luogo nel quale si è concluso tale accordo (oppure al COA dove uno dei legali che ha assistito le parti nella conclusione dell'accorso risulta iscritto).

Il Consiglio dell'Ordine deve provvedere alla trasmissione dei dati al Ministero della Giustizia (quest'ultimo trasmetterà, ogni anno, alle Camere una relazione sui dati trasmessi dai vari COA) per monitorare le procedure di negoziazione dato che gli avvocati non sono tenuti a presentare segnalazioni di antiriciclaggio nei casi di negoziazioni sospette.

Si ricorda, inoltre, che tutte le dichiarazioni rese dagli assistiti nell'ambito della procedura di negoziazione non potranno essere utilizzate in un eventuale e successivo giudizio, avente oggetto uguale o parzialmente uguale e soprattutto gli avvocati che hanno assistito le parti nell'ambito della negoziazione – per un caso di incompatibilità - non potranno più essere nominati arbitri in controversie connesse o con oggetto identico a quella risolta con la negoziazione.

## **2.2 Accordo innanzi al Sindaco (cenni)**

Per poter fornire una panoramica generale, è necessario accennare ad un ulteriore strumento previsto dalla L. 132/2014 (ex art. 12), sempre alternativo al procedimento ordinario di separazione o divorzio consensuale.

È prevista la possibilità di ottenere la separazione personale, il divorzio e la modifica delle condizioni di separazione e divorzio con un procedimento innanzi al Sindaco, in qualità di Ufficiale dello Stato civile.

Quest'ultimo, riceve direttamente dalle parti le dichiarazioni per poter procedere su quanto richiesto, non essendo necessaria l'assistenza di un avvocato. Il Sindaco, inoltre, non entra nel merito delle richieste, ma ha il compito di identificare le parti e verificare l'esistenza dei presupposti richiesti dall'art. 12[10].

Sono previsti, però dei limiti stringenti per poter accedere a tale procedura, infatti, non è esperibile in presenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap e figli maggiorenni ma non ancora economicamente autonomi (si sottolinea che si deve trattare di figli comuni della coppia come ha precisato la circolare del Ministro degli Interni n. 6 del 24.04.2015).

Inoltre, l'accordo raggiunto[11] con tale strumento non può contenere patti di trasferimento patrimoniale, facendo riferimento con tale espressione, ai soli patti produttivi di effetti traslativi reali (quindi è possibile inserire una previsione relativa al pagamento di una somma di denaro da versare periodicamente).

Dunque, tutto ciò che viene previsto dall'accordo genera un vero e proprio rapporto obbligatorio tra le parti che non produce, però, alcuna forma di effetti traslativi.

### **3. Pro e contro della negoziazione assistita nel diritto di famiglia**

Sicuramente, l'istituto della negoziazione assistita così come concepito dal legislatore nel 2014, persegue un nobile scopo di decongestionare l'attività del Tribunali, consentendo strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel rispetto delle esigenze delle parti e nei casi in cui risulta materialmente possibile.

Nel caso in esame, consente alle coppie di ottenere consensualmente la separazione o il divorzio in tempi sicuramente più esigui e senza rivolgersi ad un giudice, ciononostante consentendo al termine della trattativa un controllo esterno di legittimità soprattutto in presenza di prole

Inoltre, non bisogna dimenticare l'esistenza di circostanze nelle quali la negoziazione risulta obbligatoria come nei casi di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti o nei casi di pagamento, a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti cinquantamila euro - ad esclusione delle controversie per cui è prevista la procedura di mediazione civile obbligatoria - per le controversie in materia di contratto di trasporto[12].

Questa efficienza dell'istituto, risulta sminuita da una serie di lacune normative e dai

dubbi interpretativi che ne conseguono.

Sicuramente è auspicabile un chiarimento sui punti di dubbia interpretazione, per consentire la corretta applicazione dell'istituto in tutte le sue sfaccettature e soprattutto, per consentire agli avvocati di utilizzare con maggiore frequenza l'istituto della negoziazione assistita senza timore di esporsi a responsabilità e a conseguenti sanzioni, disciplinari e non.

Per riportare alcuni esempi, si può notare che la normativa non consente di individuare precisamente in cosa si sostanziano il requisito di non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico (per non lasciare irrisolta la questione è possibile far riferimento alle definizioni provenienti dal diritto dei contratti), che sono necessari affinché l'accordo possa essere valido e quindi non rende facile comprendere i limiti entro i quali si può parlare di autonomia negoziale delle parti. Infatti, si stabilisce che spetta all'avvocato controllare in via preliminare la legalità e la moralità dell'accordo e solo successivamente sarà il PM – in presenza di figli minori – ad effettuare un controllo nel merito (mentre negli altri casi se ne controlla la mera regolarità).

Un ulteriore punto poco chiaro è la previsione in base alla quale i coniugi non possono più avvalersi del ministero di un unico avvocato – possibile invece, in caso di ricorso al Tribunale (per la classica separazione consensuale) - dato che successivamente comunque è previsto il controllo da parte di un giudice.

Dall'analisi del dato normativo, il Consiglio Nazionale Forense ha stabilito che nonostante negli altri casi di controversie oggetto di negoziazione assistita sia possibile farsi assistere da un unico avvocato per entrambi le parti, nel caso invece di separazione o divorzio questa possibilità è espressamente<sup>[13]</sup> esclusa, probabilmente per la delicatezza delle questioni che si vanno a regolare, soprattutto in merito alla prole (ciò comporta anche una maggiorazione dei costi di tale procedura).

Inoltre, a seguito della riforma sulla filiazione<sup>[14]</sup> vi è stata l'equiparazione tra figli legittimi e figli naturali (ovvero, quelli nati fuori dal matrimonio) per evitare qualsiasi forma di discriminazione, ciononostante non viene fatto alcun riferimento ai procedimenti adibiti all'affido dei figli naturali; per la dottrina è stato difficile comprenderne la *ratio* o se si tratti di una semplice dimenticanza del legislatore.

Nello specifico, si può notare che la normativa del 2014 non consente di ricorrere alla negoziazione per accordarsi sull'affidamento e mantenimento dei figli naturali,

nonostante nell'originario progetto legislativo[15] ciò fosse previsto.

Tale limitazione non è vista di buon occhio dalla dottrina in quanto, si possono scorgere margini di incostituzionalità, trattandosi comunque di una forma discriminatoria apparentemente ingiustificata (potremmo, infatti, ritenerla una mera dimenticanza del legislatore oppure una mossa adibita ad evitare un eccessivo allargamento dei soggetti che possono utilizzare tale istituto).

Si auspica, il prima possibile, un intervento del legislatore per colmare tale lacuna che funge da ostacolo all'utilizzo dello strumento in questione e che venga, inoltre, reso possibile l'utilizzo da parte di coppie non coniugate per regolare le questioni inerenti ai figli.

Nello specifico, la normativa indica da un lato delle previsioni generali (ex art. 2 ss.) e dall'altro una procedura speciale da utilizzare proprio in materia coniugale (come indicato sopra ex art. 6 per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio); nell'ambito di quest'ultima sono richiamate le disposizioni della disciplina generale in maniera – come ritiene parte della dottrina – non del tutto chiara.

Per rendere evidente l'infelice richiamo normativo è possibile riportare due esempi:

a. Nell'ambito della procedura in esame, si applica quanto disposto dall'art. 5, secondo comma[16], dove si prevede che sia compito degli avvocati certificare l'autografia delle firme delle parti e verificare la conformità dell'accordo con le norme imperative e la non contrarietà all'ordine pubblico, però non viene indicato nulla in merito al Tribunale e al PM competente (per questo si applica la disciplina civilistica in materia di separazione e divorzio consensuale).

Soprattutto, non è previsto un termine entro il quale il PM deve concedere il nulla osta e neanche strumenti adeguati adibiti a difendersi contro le eventuali inerzie del magistrato; ciò comporta che la durata dell'intera procedura risulta incerta e non determinabile a priori.

b. Ancora, si può notare che in sede di conversione, l'art. 6 ha previsto un termine – perentorio - di 10 giorni per le sole convenzioni genitoriali e senza alcuna previsione, invece, relativa alla negoziazione coniugale; si potrebbe, con un'indebita forzatura,

ritenere che con tale articolo si è voluta evidenziare una differenza tra i casi meramente coniugali e quelli, allo stesso tempo, coniugali e genitoriali.

Per concludere, è auspicabile un intervento del legislatore destinato a colmare tali lacune e chiarire i punti di difficile interpretazione, al fine di consentire allo strumento oggetto di analisi, di realizzare a pieno il suo scopo ovvero, quello di un ADR (*Alternative Dispute Resolution*), adibito a ridurre il ricorso alle procedure ordinarie (quindi deflazionare l'attività dei Tribunali) e a raggiungere soluzioni che tengano maggiormente conto delle esigenze delle parti.

#### *Note e riferimenti bibliografici*

[1] Non essendo possibile, in questa sede, specificare ed esplicitare le varie tipologie di matrimonio, si farà riferimento esclusivamente al matrimonio con effetti civili. Per una trattazione completa dell'argomento v.: *Raffaele Balbi*, *Il matrimonio religioso con effetti civili*, Giappichelli, Torino, 2014.

[2] Diversamente da quanto accade per l'ordinamento canonico nel quale non è ammessa alcuna forma di scioglimento del matrimonio, salvo in caso di morte di uno dei due coniugi o in presenza di una sentenza di annullamento del matrimonio.

[3] Vedi, Giovanni Verde, *Diritto processuale civile*, vol. III, ed. IV, Zanichelli, Bologna, p. 229 ss.

[4] D.L. 12 settembre 2014 n. 132 convertito in L. 10 novembre 2014 n. 162.

[5] **Si tratta, in realtà, di una procedura che può essere utilizzata per qualsiasi tipologia di controversia purché relativa a diritti disponibili.**

Addirittura, l'esperimento della negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti gli € 50.000,00 ove non si tratti di uno dei casi di cui all'art. 5 comma 1-bis del d.lgs 28/2010.

[6] Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

1. La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

3. L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo

stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5.

4. All'avvocato che viola l'obbligo di cui al comma 3, secondo periodo, è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 50.000. Alla irrogazione della sanzione di cui al periodo che precede e' competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'articolo 69 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

5. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 49, comma 1, dopo la lettera g), è aggiunta la seguente lettera: « g-bis) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di scioglimento del matrimonio;»;

b) all'articolo 63, comma 1, dopo la lettera g), è aggiunta la seguente lettera: «g-bis) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, nonché' di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.»;

c) all'articolo 69, comma 1, dopo la lettera d) è aggiunta la seguente lettera: « d-bis) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio».

[7] Art. 6 comma 3, D.L. n. 132/2014

[8] In tal senso, v. orientamento giurisprudenziale Trib. di Milano 2018

[9] Trib. Como, decreto del 13 gennaio 2016, si può leggere quanto segue: “(...) rilevato quindi che non è prevista la estensione di detto istituto ai fini della regolamentazione delle relazioni genitoriali per le coppie non coniugate; ritenuta comunque inapplicabile, ai detti fini, la procedura di negoziazione assistita prevista in via generale dallo art. 2 DI 132/ 2014 (...)”

[10] 1. I coniugi possono concludere, (innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile a norma dell'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, ) del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui e' iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, (con l'assistenza facoltativa di un avvocato, )un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge ( 1° dicembre ) 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché' di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave (ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104), ovvero economicamente non autosufficienti.

3. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente, (con l'assistenza facoltativa di un avvocato,) la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo non puo' contenere patti di trasferimento patrimoniale. L'atto contenente l'accordo è compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni di cui al presente comma. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.(Nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio secondo condizioni concordate, l'ufficiale dello stato civile, quando riceve le

dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a se' non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo anche ai fini degli adempimenti di cui al comma 5. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo.)

4. All'articolo 3, al secondo capoverso della lettera b) del numero 2 del primo comma della legge 1° dicembre 1970, n. 898, dopo le parole «trasformato in consensuale» sono aggiunte le seguenti: «ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile.».

5. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 49, comma 1, dopo la lettera g-bis), è' aggiunta la seguente lettera: «g-ter) gli accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;»; b) all'articolo 63, comma 1, dopo la lettera g), e' aggiunta la seguente lettera: «g-ter) gli accordi di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile, nonché' di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio;»; c) all'articolo 69, comma 1, dopo la lettera d-bis), è' aggiunta la seguente lettera: «d-ter) (( degli accordi )) di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;».

6. Alla Tabella D), allegata alla legge 8 giugno 1962, n. 604, dopo il punto 11 delle norme speciali inserire il seguente punto: «11-bis) Il diritto fisso da esigere da parte dei comuni all'atto della conclusione dell'accordo di separazione personale, ovvero di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché' di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, ricevuto dall'ufficiale di stato civile del comune non può essere stabilito in misura superiore all'imposta fissa di bollo prevista per le pubblicazioni di matrimonio dall'articolo 4 della tabella allegato A) al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642».

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

[11] In sede di conversione, è stato stabilito che il Sindaco, per concedere alla coppia più tempo per riflettere, fisserà un termine minimo di trenta giorni, decorsi i quali i coniugi dovranno confermare l'accordo presentandosi dinanzi al Sindaco.

[12] A tal proposito si ricorda che la Corte Costituzionale si pronunciò sul dubbio di costituzionalità sollevato in merito a questo punto affermando che non è fondata la questione di legittimità (in relazione agli artt. 2, 3, e 24 Cost.) costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162. La Corte, inoltre, afferma che “Dal che, appunto, la conclusione che il meccanismo della negoziazione assistita – reso obbligatorio dalla disposizione denunciata nelle controversie risarcitorie di danno da circolazione di veicoli o natanti – riflette un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di tutela del danneggiato e quella (di interesse generale), che il differimento dell'accesso alla giurisdizione intende perseguire, di contenimento del contenzioso, anche in funzione degli obiettivi del “giusto processo”, per il profilo della ragionevole durata delle liti, oggettivamente pregiudicata dal volume eccessivo delle stesse.” (v., C. Cost., sent. n. 162/2016)

[13] Art. 6, comma 1: «almeno un avvocato per parte».

[14] Legge 10 dicembre 2012 n. 219

[15] Progetto di legge Contento-Paniz n. 4376 del 25 maggio 2011, in tale progetto era previsto che l'accordo sarebbe stato poi omologato dal Tribunale senza la necessità di convocare le parti.

[16] L. 162/2014, art. 5:

“1. L'accordo che compone la controversia, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

2. Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme



imperative e all'ordine pubblico.

2-bis. L'accordo di cui al comma 1 deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura civile.

3. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

4. Costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

4-bis. All'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, dopo il secondo periodo è inserito il seguente: «L'accordo di cui al periodo precedente deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura civile»

# RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE: QUALE PENA SE L'AGGRESSIONE È CONTRO PIÙ SOGGETTI?

*Commento alla sentenza n. 40981 del 22.02.2018 (depositata il 24.9.2018), della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali.*

autore **Irene Pellegrini**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

**Sommario:** 1. La questione controversa; 2. Il caso; 3. Focus: il reato di resistenza a un pubblico ufficiale; 4. La decisione delle Sezioni Unite; 5. Bibliografia essenziale; 6. Riferimenti giurisprudenziali.

## 1. La questione controversa

Con la sentenza n. 40981 del 22 febbraio 2018, depositata il 24 settembre 2018 (Pres. Di Tomassi – est. De Crescenzo, imp. Apolloni), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sulla seguente questione di diritto, ormai da tempo oggetto di antitetiche applicazioni da parte delle Sezioni semplici: in tema di resistenza a pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) ex articolo 337 del Codice Penale, configura un unico reato, un concorso formale di reati o un reato continuato la condotta di chi, con una sola azione, usi violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio mentre essi si trovino a compiere un atto del loro ufficio o servizio?

## 2. Il caso

L'imputato R.A., tramite il suo difensore, proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello di Ancona, la quale, confermando la decisione del Tribunale di primo grado del 6.9.2010, lo aveva condannato alla pena di quattro mesi e venti giorni di reclusione per il reato di cui agli artt. 81, comma II, e 337 c.p., avendo egli rivolto minacce di morte e usato violenza contro due ufficiali di P.s intervenuti per impedirgli di aggredire un terzo soggetto.

Nello specifico, l'imputato si doleva della sentenza impugnata per due ordini di motivi.

Col primo, ne denunciava l'erronea applicazione della legge penale e il vizio di

motivazione, giacché essa ricollegava a un'unica azione la sussistenza di una pluralità di fatti in continuazione fra loro, senza peraltro adeguatamente giustificare tale scelta; col secondo, lamentava che la predetta sentenza risultava carente laddove non motivava in maniera sufficiente il mancato riconoscimento delle attenuanti generiche, la cui concessione avrebbe alleggerito un carico sanzionatorio ritenuto eccessivo.

La Sesta Sezione penale, assegnataria del procedimento, rimetteva quest'ultimo al vaglio delle Sezioni Unite con ordinanza n. 57249/2017, ravvisando, con riferimento alla soluzione del primo motivo di ricorso, l'esistenza di un consapevole contrasto di giurisprudenza sull'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 81, primo comma, c.p. nel caso in cui l'azione di resistenza sia stata contestualmente rivolta nei confronti di una pluralità di pubblici ufficiali impegnati nel compimento del medesimo atto di ufficio. Sul tema, il Collegio remittente rappresentava la sussistenza di due opposti orientamenti giurisprudenziali, i quali, con riferimento alla struttura della fattispecie e all'individuazione dell'oggetto del reato (inteso, questo, quale bene primario colpito dall'azione del reo), pervenivano a conclusioni antitetiche.

Secondo una prima tesi, fatta propria dalla sentenza impugnata, il reato di cui all'art. 337 c.p. si perfeziona con l'esercizio di violenza o minaccia nei confronti di ogni singolo pubblico ufficiale che stia compiendo un atto del proprio ufficio, al fine di ostacolarne l'operato; quindi, a un unico atto contestualmente offensivo di una pluralità di pubblici ufficiali corrisponderebbero plurime violazioni della norma di cui all'art. 337 c.p., le quali dovrebbero essere sanzionate applicando la disciplina prevista dall'art. 81 c.p.

Tale orientamento si pone nell'alveo di una più risalente giurisprudenza<sup>[1]</sup>, ed è stato recentemente riconfermato da Cass. pen., Sez. Sesta, sent. n. 35227/2017, Provenzano, secondo cui la resistenza o la minaccia adoperate nel medesimo contesto fattuale per opporsi a più pubblici ufficiali non configurano un unico reato di resistenza ai sensi dell'art. 337 c.p., ma un concorso formale omogeneo di reati e dunque tanti distinti reati quanti sono i pubblici ufficiali operanti, giacché la resistenza, pur ledendo unitariamente il pubblico interesse alla tutela del normale andamento della pubblica funzione, si risolve in distinte offese al libero espletamento dell'attività di ciascun pubblico ufficiale.

Si è, quindi, ritenuto ravvisabile il concorso formale omogeneo di reati se l'agente, con un'unica azione, ha deliberatamente commesso più violazioni della medesima disposizione di legge, nella consapevolezza di contrastare l'azione di ciascun pubblico ufficiale.

L'impostazione contraria<sup>[2]</sup> è invece incentrata sul fatto che il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice è il regolare svolgimento dell'attività della P.A., e non l'integrità fisica del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, sicché nella realizzazione dell'illecito – il cui oggetto è la resistenza alla formazione dell'atto - la violenza e la minaccia al pubblico ufficiale hanno carattere meramente strumentale: dunque, nel caso in cui l'atto amministrativo ostacolato sia unico, la condotta del reo rimarrebbe comunque una e una sola, anche in presenza di una molteplicità di pubblici ufficiali.

A sostegno di siffatta ricostruzione della fattispecie ex art. 337 c.p., la quale evidentemente si discosta da quella di precedente elaborazione, si osserva che essa trova ragione nella stessa formulazione letterale della disposizione, laddove focalizza quale obiettivo della condotta criminosa l'opposizione all'atto piuttosto che la violenza o minaccia nei confronti del singolo pubblico ufficiale, considerato in quanto persona fisica.

Alla luce di tali divergenze interpretative, la Sesta Sezione demandava perciò alle Sezioni Unite di decidere il ricorso, stabilendo *«se, in tema di resistenza a un pubblico ufficiale, ex art. 337 cod. pen., la condotta di chi, con una sola azione, usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio, configuri un unico reato ovvero un concorso formale di reati o un reato continuato»*.

### **3. Focus: il reato di resistenza a un pubblico ufficiale**

Il reato di resistenza a un pubblico ufficiale è previsto dall'articolo 337 c.p., ai sensi del quale: *«Chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto di ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.»*

La norma in esame è collocata nel libro II, titolo II, capo II del codice penale, e rientra perciò fra i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione.

Trattasi di reato comune, giacché soggetto attivo può essere chiunque; non così, invece, per quanto riguarda il soggetto passivo, che deve necessariamente rivestire la qualifica di pubblico ufficiale ai sensi dell'articolo 357 c.p., o di incaricato di pubblico servizio ex

articolo 358 c.p.[3]

Diversamente da quanto disposto dall'art. 336 c.p., il quale punisce il reato di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale, il delitto di resistenza non ha lo scopo di tutelare la libera formazione della volontà dei pubblici poteri, bensì quello di garantire la corretta esplicazione di tale volontà, senza che la sua esecuzione tramite atti venga ostacolata da eventuali ingerenze violente o minacciose: in conformità a tale *ratio*, quindi, il reato di cui all'art. 337 c.p. è configurabile solo allorché si stia già svolgendo l'attività funzionale relativa all'atto cui in concreto il reo vuole opporsi.

A proposito del bene giuridico tutelato dalla norma in oggetto, come si è già avuto modo di anticipare nei paragrafi precedenti due sono le interpretazioni principali.

Secondo un primo orientamento[4], il reato in questione avrebbe natura plurioffensiva, in quanto lesivo non solo del buon andamento della P.A., bensì anche della libertà di autodeterminazione ed incolumità della persona fisica che si trovi a esercitare pubbliche funzioni; la tesi opposta[5] sostiene invece che la tutela dell'integrità fisica del pubblico ufficiale (o soggetto comunque esercente pubblica funzione) resterebbe assorbita dal più generale interesse al regolare andamento della P.A., sicché unico sarebbe il bene protetto dalla fattispecie.

Gli elementi qualificanti la condotta integrativa del delitto in esame sono la minaccia (intesa quale prospettazione di un male ingiusto, che appaia idonea a determinare una costrizione nell'agire del soggetto passivo), nonché la violenza propria (ossia, quella energia fisica che arrechi pregiudizio corporeo ai danni di colui contro cui è rivolta) o impropria[6]; la fattispecie non punisce dunque la resistenza meramente passiva, non potendosi essa farsi rientrare nei concetti di violenza o minaccia.

L'elemento soggettivo richiesto è il dolo specifico, che deve concretarsi nella coscienza e volontà di usare violenza o minaccia contro un pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio), al fine di opporsi a un atto del suo ufficio (o servizio).

Il momento consumativo del reato si realizza nel luogo e nel tempo in cui sono avvenute la violenza o la minaccia, indipendentemente dal loro esito; è perciò perfettamente configurabile l'ipotesi del tentativo.

Al delitto di resistenza a un pubblico ufficiale si applica la speciale causa di non punibilità prevista dall'art. 393 *bis* allorquando «*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un*

*pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto [...], eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni».*

Riguardo, poi, al rapporto con altri reati, come sopra accennato il criterio distintivo tra il delitto in oggetto e quello di cui all'art. 336 c.p. è ravvisabile nel momento in cui si esplica la condotta incriminata: se la violenza o la minaccia precedono il compimento dell'atto da parte del pubblico ufficiale, si versa nell'ipotesi di violenza o minaccia a p.u., mentre, se le stesse vengono poste in essere durante lo svolgimento dell'atto d'ufficio e allo scopo di impedirlo, l'agente risponderà del reato di cui all'art. 337 c.p..

È infine opportuno ricordare che la violenza rimane assorbita nel reato in esame fino alle percosse (art. 581, comma 2, c.p.): oltre tale livello, si avrà concorso fra il suddetto delitto e quello di lesione personale (art. 582 c.p.), eventualmente aggravata ex art. 61, n. 2, c.p..

#### **4. La decisione delle Sezioni Unite**

Con la sentenza n. 40981, pronunciata il 22 febbraio 2018 e depositata il 24 settembre 2018, le Sezioni Unite hanno definitivamente chiarito la questione controversa, stabilendo che: **«In tema di resistenza a un pubblico ufficiale, ex art. 337 cod. pen., integra il concorso formale di reati, a norma dell'art. 81, primo comma, cod. pen., la condotta di chi usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio mentre compiono un atto del loro ufficio.** (grassetto di chi scrive)»

Il Supremo consesso è giunto a questa conclusione partendo dalla puntuale analisi dei due distinti temi di indagine oggetto di ricorso, ossia l'individuazione dell'ambito del concorso formale omogeneo di reati ex art. 81, primo comma, c.p. e l'analisi del profilo strutturale del reato previsto dall'art. 337 c.p., così come risultante dalla norma incriminatrice.

Con riguardo al primo profilo, la Corte osserva che il primo comma del summenzionato articolo 81 individua la fattispecie del "concorso formale di reati", la quale si concretizza sia nel caso in cui con una sola azione siano violate diverse disposizioni di legge, sia quando, a mezzo di un solo atto, venga infranta più volte la medesima prescrizione; nella seconda ipotesi - che è quella che qui interessa - si parlerà dunque di "concorso formale omogeneo di reati".

Quest'ultimo, quindi, si realizza qualora il bene protetto dalla norma sia leso più volte dalla stessa azione, la cui plurioffensività andrà valutata solo ed esclusivamente sulla base del fatto storico e non – come vorrebbe altro orientamento[7] - sulla scorta dell'interesse sotteso alla disposizione violata: ai fini della verifica della concreta ricorrenza di un'ipotesi di concorso formale omogeneo di reati, si dovrà perciò suddividere la complessiva vicenda fattuale in tante parti quanti sono gli eventi giuridici, appurando se ognuno degli autonomi frammenti di essa integri la fattispecie tipica in entrambe le sue componenti, sia oggettiva che soggettiva; in riferimento a quest'ultima, il supremo Collegio specifica che, non potendosi sussumere l'esistenza del dolo richiesto dal numero di soggetti passivi coinvolti, sarà necessario *«un quid pluris consistente nella riconoscibile esistenza di uno specifico atteggiamento psicologico diretto a realizzare l'evento tipico previsto dalla norma incriminatrice nei confronti di ciascuna, distintamente, delle suddette persone, elemento quest'ultimo rinvenibile solo, come detto, attraverso la analisi concreta del fatto[8]»*.

Nel caso di verifica positiva di tale circostanza, si potrà quindi ritenere ricorrente la fattispecie del concorso formale omogeneo di reati.

Passando poi ad analizzare il profilo inerente al reato di resistenza a un pubblico ufficiale, le Sezioni Unite, a seguito di una breve sintesi dei due orientamenti giurisprudenziali messi in luce dalla sentenza impugnata, incentrano la disamina della fattispecie prevista dall'art. 337 c.p. sulla struttura obiettiva del delitto in oggetto e, in base ad essa, sull'interesse protetto dalla norma incriminatrice; dopo aver constatato che la condotta tipica ivi delineata si concreta nell'uso di violenza o minaccia da parte di taluno che si opponga a un pubblico ufficiale (o a più pubblici ufficiali, nonché a soggetti equiparati) mentre questi stia svolgendo un atto del proprio ufficio, e che, quindi, la medesima condotta risulta integrata ogniqualvolta venga posto in essere un atteggiamento – anche implicito, purché percepibile – idoneo a comprimere la regolarità del compimento dell'atto di ufficio, il Supremo consesso individua il bene giuridico tutelato dalla norma ex art. 337 c.p. nel regolare funzionamento della pubblica amministrazione, escludendo così l'eventuale compresenza di plurimi interessi di pari rango nell'ambito della suddetta fattispecie.

Ora, secondo univoche dottrina e giurisprudenza di diritto amministrativo, il concetto di “regolare andamento della P.A.” afferisce tanto ai beni materiali quanto alle persone fisiche, le quali, mediante l'istaurazione del cosiddetto “rapporto organico[9]”, si



ritrovano a identificarsi nella stessa pubblica amministrazione nel cui nome esse agiscono, costituendone il principale strumento di estrinsecazione sui piani sia volitivo, sia esecutivo; tale rapporto, nel campo del diritto penale, viene in rilievo ai sensi dell'art. 357 c.p., che ricollega la figura del pubblico ufficiale al concreto esercizio della pubblica funzione.

In base a siffatto ragionamento, la salvaguardia del buon funzionamento della P.A. implica non solo impedire il danneggiamento o la distruzione di beni pubblici, ma anche garantire da interferenze il corretto esplicarsi del procedimento volitivo o esecutivo di colui che, incardinato nella medesima P.A., la personifica: da ciò – ed è questo il carattere peculiare della sentenza in commento – deriva che il “regolare svolgimento della P.A.” deve necessariamente essere inteso in senso ampio, di modo da farvi ricomprendere, altresì, anche «*la sicurezza e la libertà di determinazione e di azione degli organi pubblici, mediante la protezione delle persone fisiche che singolarmente o in collegio ne esercitano le funzioni o ne adempiono i servizi, così come previsto dagli artt. 336, 337 e 338 cod. pen.* [\[10\]](#)».

A parere della Corte, infatti, le argomentazioni spese a supporto della tesi che vede l'opposizione incentrata sull'atto e non sul pubblico ufficiale non possono ritenersi convincenti, giacché troppo si discostano dal puro senso letterale dell'art. 337 c.p.

Alla luce di tutto quanto osservato, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione rispondono al quesito a esse posto dalla Sesta Sezione nel senso di ritenere sussistente il concorso formale omogeneo di reati previsto dall'art. 81, comma 1, c.p. ogniqualvolta taluno usi violenza o minaccia contro più pubblici ufficiali (o incaricati di pubblico servizio), mentre questi adempiono a un atto del loro ufficio (o servizio), al fine di ostacolarne il compimento; ritenendo quindi corretta l'impostazione della sentenza impugnata, le stesse rigettano il ricorso presentato dall'imputato, condannandolo altresì al pagamento delle spese processuali.

#### **5. Bibliografia essenziale**

- Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale – II*, Giuffrè, 1986;
- Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013;
- Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, 2013;

- Scoca F.G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2017.

## 6. Riferimenti giurisprudenziali

- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n.7061/1996, Solfrizzi;
- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n. 3546/1988, Grazioso;
- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n. 11417/2003, Sannia;
- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n. 35376/2006, Mastroiacovo;
- Cassazione penale, Sezione Seconda, sent. n. 17109/2011, Venturi;
- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n. 4123/2016, Mozzi;
- Cassazione penale, Sezione Seconda, sent. n. 28389/2017, De Muzio e altri;
- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n. 35227/2017, Provenzano;
- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n. 39341/2017, Damiani;
- Cassazione penale, Sezione Sesta, sent. n. 52725/2017, Diop;
- Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 40981/2018, Apolloni

[1] Si veda, *ex multis*, Cass. pen., Sez. Sesta, sent. n. 3546/1988, Grazioso.

[2] Di cui è più recente espressione la sent. n. 52725/2017, Diop., Sez. Sesta, Cass. pen.

[3] In seguito alla novella apportata dalle leggi n. 86/90 e n. 181/92 agli artt. 357 e 358 c.p., le qualifiche di P.U. e I.P.S. ciò che rileva al fine di ricondurre un determinato soggetto a tale categoria, piuttosto, è ora la sola natura pubblicistica dell'attività svolta in concreto dallo stesso. Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti «*al fine di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 357 e 358 c.p., ha rilievo esclusivo la natura delle funzioni esercitate, che devono essere inquadrabili tra quelle della P.A. Non rilevano, invece, la forma giuridica dell'ente e la sua costituzione secondo le norme di diritto pubblico, né lo svolgimento della sua attività in regime di monopolio, né tanto meno il rapporto di lavoro subordinato con l'organismo datore di lavoro*» (vedasi Cass. pen., sent. n. 11417/2003 e n. 17109/2011).

[4] Recentemente ribadito da Sez. Sesta, sent. n. 35376 del 22/06/2006, Mastroiacovo e da Sez. Sesta, sent. n. 35227 del 25/05/2017, Provenzano.

[5] Sostenuta, da ultimo, da Sez. Sesta, sent. n. 4123/2016, Mozzi; Sez. Sesta, sent. n. 39341/2017, Damiani; Sez. Sesta sent. n. 52725/2017, Diop.

[6] La cosiddetta “violenza impropria” è stata definita dalla giurisprudenza come «*qualsiasi atto o fatto posto in essere dall'agente che si risolva comunque in una coartazione della libertà fisica o psichica del medesimo, conseguentemente indotto, contro la sua volontà, a fare, tollerare od omettere qualche cosa*» (vedasi, *ex multis*, Cass. pen. Sez. Seconda, sent. n. 28389/2017, De Muzio e altri).

Letta in questi termini, la violenza impropria è stata considerata configurabile anche qualora sia commesso il delitto di resistenza a un pubblico ufficiale; difatti, una volta constatato che per la sussistenza della fattispecie prevista dall'art. 337 C.P. è sufficiente che la violenza sia usata per opporsi a un pubblico ufficiale (o ad un incaricato di un pubblico servizio) nel compimento di un atto o di un'attività d'ufficio, la Suprema Corte è giunta alla conclusione secondo la quale la condotta tipica del delitto in discorso può restare integrata anche «[...] *dalla violenza cosiddetta impropria, da quella violenza cioè che, pur non aggredendo direttamente il pubblico ufficiale, si riverbera negativamente sull'esplicazione della relativa funzione pubblica, impedendola o*

*semplicemente ostacolandola»* (vedasi Cass. pen., Sez. Sesta, sent. n. 7061/1996).

[7] La cui tesi viene riassunta in sentenza dalle stesse Sezioni Unite, le quali scrivono: «*Non sembra avere sicuro fondamento, invece, l'opinione con la quale, distinguendo tra norme incriminatrici che tutelano beni altamente personali (vita, integrità fisica, libertà personale, onore) e norme che proteggono beni di natura diversa, si afferma che nel primo caso sarebbe sempre configurabile una pluralità di reati in ragione della rilevanza dei plurimi interessi lesi, mentre nel secondo ciò non sarebbe sempre possibile. La tesi pone infatti un alone di incertezza nel giudizio di concretizzazione della fattispecie tipica, mentre sul piano normativo non paiono rinvenirsi argomenti per una distinzione di tale fatta, né criteri discretivi oggettivi che consentano di distinguere con sufficiente precisione tra i beni altamente personali e quelli che tali non sarebbero»* (si veda Cass. S.U., sent. n. 40981/2018, Apolloni, pg. 4).

[8] *Ibidem*, pagina 5.

[9] Secondo la dottrina più moderna, il rapporto organico – o “rapporto di immedesimazione organica” – è un rapporto non giuridico che esprime la relazione interna tra organo (o ufficio) e soggetto a esso preposto, in virtù della quale il primo diviene tutt'uno col secondo; tale tipo di rapporto rileva ai fini della diretta imputazione dell'attività svolta dal titolare dell'organo all'ente di cui questo costituisce elemento strutturale (si veda Diritto amministrativo, a cura di F.G. Scoca, Giappichelli, 2017).

[10] *Ibidem*, pagina 9.

# DICHIARARE FALSE GENERALITÀ AL CONTROLLATORE SULL'AUTOBUS È FALSA ATTESTAZIONE A PUBBLICO UFFICIALE

*La linea di demarcazione tra falsa attestazione e falsa dichiarazione.*

autore **Andrea Bazzichi**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

**Sommario:** 1) La problematica distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio 2) Il decisum della sentenza 25649/2018 Corte di Cassazione 3) Il discrimine tra l'art 495 e 496 c.p. 4) Riflessioni conclusive.

## 1) La problematica distinzione tra pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio

Il codice penale prevede agli articoli 357, 358 e 359 una tripartizione tra pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio e persona esercente un servizio di pubblica necessità. L'ordine non è causale, poiché in una sequenza logica la figura dell'incaricato di pubblico servizio è residuale rispetto a quella del pubblico ufficiale, ed entrambe sono afferenti all'esercizio di una pubblica funzione. Al contrario, l'esercente un servizio di pubblica necessità esplica tutta una serie di attività che non attengono ad una pubblica funzione. Come ulteriore ipotesi residuale si deve considerare colui il quale, pur agendo nell'ambito di una pubblica funzione, compie, ai sensi dell'art 358, 2° comma c.p., semplici mansioni d'ordine od operazioni di carattere meramente materiale<sup>1</sup>.

Pertanto in via preliminare, l'interprete deve verificare se una determinata attività possa essere ritenuta una pubblica funzione, e successivamente, in caso di risposta affermativa verificare se l'agente possa essere qualificato come pubblico ufficiale. In quest'ultima ipotesi, ove la soluzione sia negativa il soggetto sarà qualificato come incaricato di servizio, stante la natura residuale della fattispecie indicata all'art 358 c.p.

Definire compiutamente la figura del pubblico ufficiale, in particolare per la dottrina, è da sempre stato problematico<sup>2</sup>. In primo luogo perché è arduo definire il presupposto di partenza, ovvero la pubblica funzione, quali sono i confini della medesima. In definitiva, sul punto il rischio è quello dell'approdo ad una nozione di carattere meramente

circolare: è pubblico ufficiale colui il quale svolge una pubblica funzione. Preso atto di tutto ciò, in via alternativa si è ritenuto preferibile elaborare una serie di criteri, che fungessero da indici sintomatici per stabilire i confini della figura del pubblico ufficiale<sup>3</sup>.

Tratto comune delle varie ricostruzioni, sul quale vi è un pensiero condiviso è che la qualifica di pubblico ufficiale debba necessariamente essere attribuita a colui il quale ha il potere di formare o concorrere a formare la volontà dell'ente pubblico o rappresentarlo all'esterno. In particolare, è importante l'inciso che è sufficiente concorrere a formare la volontà dell'ente. In pratica, in questo modo si evita quella che potrebbe essere una definizione troppo restrittiva, anche alla luce della natura sempre più dinamica e complessa della p.a. Così facendo, non si escludono tutti quei soggetti che agiscono nel perimetro degli atti preparatori, o comunque prodromici e soprattutto preordinati alla futura emanazione del provvedimento amministrativo o alla manifestazione di volontà della pa verso l'esterno.

La novella legislativa intervenuta con la legge 86/1990 (Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali) ha sul piano normativo sposato al concezione oggettiva, già in precedenza ritenuta preferibile rispetto alla concezione soggettiva<sup>4</sup>. Non rileva, dunque tanto l'aspetto formale dell'esistenza di un contratto di pubblico impiego, quanto l'esercizio in concreto di una pubblica funzione. Tanto è vero che anche il privato potrebbe essere ritenuto pubblico ufficiale nel momento in cui svolge una pubblica funzione. Se il compimento di una pubblica funzione sia essa giudiziaria, legislativa non ha mai creato problemi a livello interpretativo, non altrettanto può dirsi per quella amministrativa. Infatti, se l'uso di poteri coercitivi è per sua natura legato alla natura pubblica della funzione, più problematico è l'inquadramento dei poteri certificativi che rappresentano una categoria assolutamente generale.

## **2) Il decisum della sentenza 25649/2018 Corte di Cassazione**

Tale pronuncia che si allinea al filone giurisprudenziale maggioritario, risulta di interesse per alcune argomentazioni in ordine al discrimine tra l'ambito di applicazione dell'art 495 e 496 c.p.

A livello fattuale un soggetto, allorchè privo di regolare titolo di viaggio declinava false generalità al controllore, soggetto deputato dall'azienda di trasporto urbano ad accertare e verbalizzare le eventuali violazioni compiute dai viaggiatori sugli autobus della compagnia. Tra i motivi di doglianza formulati dalla difesa dell'imputato, in particolare

quello centrale era costituito dai confini tra l'art 495 c.p. ( Falsa attestazione o dichiarazione ad un pubblico ufficiale) e l'art. 496 c.p (Falsa dichiarazione).

La censura in oggetto ha molta rilevanza pratica, dacchè nel caso il reato fosse stato derubricato nella minor grave fattispecie dell'art 496 c.p, la difesa avrebbe potuto invocare l'applicazione dell'art 131 bis c.p. con l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Sul piano logico, quindi, nel decidere il caso concreto vi era da stabilire se il controllore fosse da qualificarsi come pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio, e se il verbale da questo redatto fosse o sia da ritenersi atto pubblico.

Nel quadro generale, un ulteriore elemento che non facilita l'opera dell'interprete è dato dalla novella legislativa data dalla Legge 125/2008 che ha espunto dall'art 495 c.p il riferimento espresso all'atto pubblico. In questo modo è andata un po' sbiadendo, riprendendo un'opinione giurisprudenziale, la distinzione tra le due fattispecie. In casi analoghi, secondo un indirizzo minoritario, al controllore dei titoli di viaggio va attribuita la qualifica di incaricato di pubblico servizio con conseguente applicazione del residuale e meno grave reato di cui all'art 496 c.p.<sup>5</sup>.

Ad onor del vero le pronunce che hanno applicato l'ipotesi di reato meno grave avevano ad oggetto come capo di imputazione l'art 496 c.p, e quindi non si trattava di delineare i confini con la fattispecie più grave dell'art 495 c.p. Atteso che non è in contestazione, rispettivamente la rilevanza pubblica del trasporto urbano, nonché che il controllore non possa esercitare poteri coercitivi, il nodo interpretativo verteva circa l'accertamento dell'esercizio dei poteri certificativi, come indicati nell'art 357, 2° comma c.p.

Secondo l'arresto giurisprudenziale in commento si ravvisa l'esplicazione di poteri certificativi in capo all'agente accertatore poiché da un lato non può sostenersi che lo stesso compia azioni di carattere meramente materiale e dall'altro che il verbale di contestazione che questi va a redigere deve ritenersi un atto pubblico. Infatti, l'agente accertatore deve compiere una serie di valutazioni, un'attività di documentazione che rientra nel concetto di poteri certificativi che sfociano, successivamente in un atto cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria. In base alla legge regionale dell'Emilia-Romagna 30/1998 e n. 21/1984 che si combinano con la norma statale della Legge 689/1981, all'agente accertatore vengono attribuiti poteri autoritativi e certificativi <sup>6</sup>.

La normativa regionale, sulla base del raccordo con la normativa di carattere statale,

tiene ferma la competenza all'esercizio dei poteri coercitivi ai soggetti indicati all'art 13 L 689/1981. Infine, secondo Cass 25649/2018 il reato di false dichiarazioni ad un pubblico ufficiale, anche a seguito della novella legislativa introdotta dalla legge 125/2008, si distingue dal reato di false dichiarazioni sulla propria identità, sulla base dell'elemento della condotta della falsa attestazione.

In altri termini, nell'art 495 c.p il soggetto agente è consapevole che la dichiarazione delle generalità è destinata ad essere trasfusa in un coevo o successivo atto pubblico, e ciò giustifica il più rigoroso trattamento sanzionatorio rispetto alla mera dichiarazione di false generalità. L'altro elemento di interesse che viene indicato nella sentenza in oggetto, è che gli artt. 357 e 358 c.p. operino un rinvio ricettizio a norme extra-penali, come in questo caso è la normativa regionale che disciplina il trasporto pubblico. Si esclude l'ipotesi della cd norma penale in bianco perché i limiti del precetto penale sono già posti, e la norma extra penale funge da specificazione.

### **3) il discrimine tra l'art 495 c.p. e 496 c.p.**

Anteriormente alla modifica di legge del 2008, il rapporto tra le due fattispecie appariva più chiaro, poiché si trattava di valutare se la resa di dichiarazioni mendaci fosse contenuta o destinata a confluire in un atto pubblico. In presenza di un atto pubblico, si ravvisava la sussistenza dell'art 495 c.p., in assenza si applicava l'art 496 c.p.

Le alternative che si ponevano di fronte all'interprete dopo la modifica legislativa erano sostanzialmente due: o in conseguenza dell'espunzione dell'atto pubblico dall'art 495 c.p., si ritenevano a quel punto del tutto simili ed omologhe le due fattispecie, oppure la linea di discrimine doveva essere individuata in un altro criterio.

La prima ipotesi, ovviamente non era assolutamente accoglibile, perché concretizzava una contraddizione sul piano logico: il legislatore compie un intervento normativo che va a modificare la linea di demarcazione tra due reati per poi lasciare in vigore due ipotesi delittuose del tutto analoghe. Il secondo elemento che fa propendere per un pensiero negativo è che di fatto, così opinando, si sarebbe realizzata di fatto un'abrogazione implicita delle due disposizioni. Com'è noto l'abrogazione implicita non è ammessa nel nostro ordinamento.

Ulteriore argomento lo si può individuare nel fatto che non avrebbe avuto alcun senso un diverso e più rigoroso trattamento sanzionatorio per fatti simili. Preso atto di codeste problematiche, la giurisprudenza pressochè univoca ha individuato il nuovo criterio



nell'attestazione che sostituisce, sul piano del disvalore, l'elemento che in precedenza era dato dall'atto pubblico<sup>7</sup>. In buona sostanza, le due disposizioni hanno in comune l'elemento della falsa dichiarazione.

Nell'art 495 c.p. vi è l'aggiunta dell'elemento della falsa attestazione, poiché la dichiarazione mendace è destinata ad essere trasfusa in un atto pubblico. Ove manchi il collegamento fornito dalla preordinazione dell'attestazione, tra falsa dichiarazione ed atto pubblico, si è in presenza della più mite disposizione dell'art 496 c.p. norma di carattere residuale. Che l'attestazione rientri nel campo dei poteri certificati, indicati dall'art 357 2° comma c.p., non appare dubitabile. Letteralmente, il termine "attestare" significa certificare un fatto o l'esistenza di un fatto per propria diretta conoscenza. Che questa non si limiti soltanto ad una mera rielaborazione di dati, non è altrettanto dubitabile, anche perché altrimenti non si scorgerebbe il limite di confine con le operazioni di carattere meramente materiale. Necessariamente entra in gioco un elemento valutativo, allorché la falsa dichiarazione sia destinata ad essere trasfusa in un atto destinato ad avere effetti giuridici, come può essere un verbale di accertamento di un'infrazione. E né l'elemento della falsa dichiarazione sulla propria identità, in quanto indice di riferibilità dell'atto al soggetto destinatario, può essere scisso dall'elemento valutativo concernente la realizzazione della violazione contestata.

#### 4) **Riflessioni conclusive**

La linea di demarcazione tra gli artt. 495 e 496 c.p, dopo la Legge 125/2008 viene dato dall'elemento della falsa attestazione. La posizione della giurisprudenza è assolutamente condivisibile, poiché solo in questo modo si recupera e si comprende il maggior disvalore sul piano della condotta, ed il più rigoroso trattamento sanzionatorio comminato alla falsa attestazione.

E' noto come nell'ambito del diritto penale la nozione di atto pubblico sia assai più ampia rispetto a quella fornita dal diritto civile all'art 2699 c.c., poiché vi si ricomprende tutti quegli quegli redatti per uno scopo di diritto pubblico e destinati ad avere rilevanza esterna. Poiché, in genere, l'agere pubblico si connota per essere una sequela di atti preordinati l'uno all'altro, all'emanazione di un atto, è da chiedersi se anche i meri atti interni o preparatori possano rientrare nel concetto preordinazione elaborato dalla giurisprudenza dopo la modifica del 2008.

Il punto, non è stato particolarmente analizzato in sede giurisprudenziale ove l'attenzione

si è posta principalmente sulla qualifica del soggetto accertatore. Se l'attività di questi configuri lo svolgimento di poteri certificativi od autoritativi, nonché la linea di distinzione con le operazioni di carattere meramente materiale. Se però un atto è destinato ad avere mera rilevanza interna anche se preparatorio o propedeutico rispetto ad un successivo atto avente rilevanza esterna, il criterio della preordinazione rischia di risultare troppo rigoroso. Gli artt. 495 e 496 c.p. sono reati di pericolo, hanno carattere istantaneo, e sotto il profilo dell'elemento soggettivo richiedono il dolo generico. Se per quanto concerne l'elemento singolo della falsa dichiarazione, è in re ipsa che il soggetto agente sia consapevole della falsità della medesima, non altrettanto può dirsi circa la consapevolezza che questa comporti una falsa attestazione ove riferita ad un atto meramente preparatorio e che abbia rilevanza interna, anche se prodromico ad un atto avente efficacia esterna.

In altri termini, il meccanismo della preordinazione può dar origine ad un processo a ritroso, laddove si vanno a sanzionare come condotte configuranti il reato di cui all'art 495 c.p., soggetti che possono non essere a conoscenza del meccanismo di organizzazione, sempre più complesso della pa.

#### *Note e riferimenti bibliografici*

<sup>1</sup>Si riporta il testo degli articoli 357: “*Agli effetti della penale sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi*”.

Art 358: “*Agli effetti della legge penale, sono incaricati di pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un servizio pubblico. Per servizio pubblico deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse , di un pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.*”

<sup>2</sup>Per una ricostruzione delle varie tesi dottrinali sulla figura del pubblico ufficiale si rinvia a: Luigi Del Pino, Manuale di Diritto Penale-Parte speciale, Collana Studi Superiori, Napoli, edizione 2006, pag 178 e seguenti.

<sup>3</sup>Antolisei Manuale di Diritto Penale parte speciale, Voll II, Milano, XIV edizione, pag 285 e seguenti.

<sup>4</sup>Antonio Pagliaro: Principi di Diritto Penale, Parte speciale Vol I, Dei delitti contro la pubblica amministrazione, Milano 2000, pag 8 e seguenti.

<sup>5</sup>Secondo Cass. Penale 31391/2008: “*Integra il reato di false dichiarazioni sulla identità o sulle qualità proprie od altrui la condotta di colui che declini false generalità al controllore di un'azienda di trasporto urbano, il quale riveste la funzione di incaricato di pubblico servizio essendo pubblica la funzione svolta da tale azienda e non meramente esecutive le funzioni.*”

<sup>6</sup>Si veda in tema di disciplina generale del trasporto pubblico regionale e locale, la legge regionale Emilia-Romagna n.30/1998 all'art 40 comma 9. Nonchè la legge regionale

Emilia-Romagna 21/1984 agli articoli 8-9-10-13-14-15-16-17 e 19.

[7](#)Cass penale 7286/2015: “Integra il reato di cui all'art 495 cp, la condotta di colui che, privo di documenti di identificazione, fornisca ai carabinieri, nel corso di un controllo stradale, false dichiarazioni sulla propria identità, considerato che dette dichiarazioni- in assenza di altri mezzi di identificazione-rivestono carattere di attestazione preordinata a garantire al pubblico ufficiale le proprie qualità personali, e quindi, ove mendaci, ad integrare la falsa attestazione che costituisce l'elemento distintivo del reato di cui all'art 495 cp nel testo modificato dalla L 125 del 2008, rispetto all'ipotesi di cui all'art. 496 c.p.”

Cass penale 5622/2015: “Integra il reato di false dichiarazioni a un pubblico ufficiale di cui all'art 495 cp, la condotta di chi fornisce false generalità alla polizia ferroviaria all'atto di redazione di un verbale di identificazione, in quanto tali dichiarazioni diventano parte integrante del predetto verbale che costituisce atto pubblico”.

Cass penale 3992/2016: “ I reato di false dichiarazioni ad un pubblico ufficiale si distingue, anche a seguito della riformulazione della norma, da quello di false dichiarazioni sulla propria identità poiché il disvalore è incentrato nel primo caso sulla condotta di “attestazione falsa”, sicché, nonostante l'eliminazione del riferimento all'atto pubblico, essa incrimina il soggetto che renda false dichiarazioni “attestanti”, ovvero tese a garantire, il proprio stato od altre qualità della propria od altrui persona, destinate quindi, in definitiva, ad essere riprodotte in un atto fidefacente idoneo a documentarle”.

# L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

*Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2018, n. 22404:  
L'azione contrattuale può essere modificata in quella di arricchimento senza causa.*

autore **Maria Avossa**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: Introduzione; 1. L'arricchimento senza causa: nozione, fonti e ratio dell'istituto; 1.1. Gli elementi costitutivi ed i requisiti dell'azione di arricchimento senza causa; 1.2. L'obbligo restitutorio; 1.3. La sussidiarietà; 2. L'arricchimento senza causa della pubblica amministrazione e riconoscimento dell'utilità della prestazione; 3. La sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2018, n. 22404; 3.1. Il Caso; 3.2. Il Commento: analisi del contrasto giurisprudenziale; 3.3. La posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte; 4. Osservazioni conclusive; Note al testo e bibliografia.

## **Introduzione.**

La recente pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2018, n. 22404<sup>[1]</sup> risolve la questione relativa all'ammissibilità della domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 cod. civ. proposta con la prima memoria ex art. 183, sesto comma, cod. proc. civ., nel corso di un processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale a carico di una P.A. La peculiarità della sentenza offre l'occasione di esaminare la disciplina dell'istituto definito all'art. 2041 cod. civ. soffermandosi sulla ratio e sulle dinamiche dell'arricchimento senza causa all'interno dell'ordinamento<sup>[2]</sup>. Di fatto, il corretto inquadramento della fattispecie fa da contraltare al discorso squisitamente processual-civilistico imbastito dalla Suprema Corte nella decisione in parola. Ad esso si riconducono sia il profilo dei caratteri strutturali dell'azione di ingiustificato arricchimento, sia quello della configurabilità della domanda rivolta nei confronti di una Pubblica amministrazione. Il rimedio offerto dall'art. 2041 cod. civ. - azionabile nei rapporti tra privati - trova ampia applicazione, anche, nei casi in cui si instaurino rapporti tra privati cittadini e P.A. in assenza di un valido contratto, per mancato rispetto delle procedure oppure nel caso in cui difettino della forma scritta. Di fatto, però, la possibilità di promuovere l'azione di arricchimento nei confronti della P.A. comporta che l'esercizio della stessa divenga fonte di spese prive di copertura, per le

quali si genera la necessità di impiego di risorse pubbliche destinate ad altre finalità[3]. Di contro, però, l'apparato di tutela privatistica utilizzato in tali ipotesi giustifica l'utilizzo dell'azione in sé, anche verso la P.A., in virtù dell'applicazione del principio che vieta gli spostamenti patrimoniali tra soggetti in assenza di una giustificazione obiettiva in termini di meritevolezza. Per tale motivo, l'azione dell'art. 2041 cod. civ., esperibile nei confronti della P.A., ha per lungo tempo presentato caratteri di specialità (rispetto alla previsione codicistica di natura generica), proprio a causa della particolare natura dei soggetti interessati, dotandosi del diverso presupposto dell'“*utilitas*” (una prestazione vantaggiosa) per l'Amministrazione stessa, che integra il requisito dell'“arricchimento”, previsto dall'art. 2041 cod. civ. L'utilità per la P.A. corrisponde, nella logica generale dei criteri dell'azione amministrativa ad un fattore di contenimento entro i cui limiti la P.A. evita di essere esposta al rischio di indebite imposizioni di una responsabilità da arricchimento[4].

Alla luce di tanto appare ineludibile l'analisi dell'istituto dell'arricchimento senza causa ed il suo esatto inquadramento giuridico, anche, sotto il particolare profilo della sua esperibilità nei confronti della P.A., prodromico all'esame dell'aspetto propriamente procedurale, a ragione del quale l'azione contrattuale può essere modificata in quella di arricchimento senza giusta causa, così come contemplato nell'attuale orientamento nomofilattico della Suprema Corte in sentenza 13 settembre 2018, n. 22404.

### **1. L'arricchimento senza causa: nozione, fonti e ratio dell'istituto.**

La disciplina dell'arricchimento senza causa trova collocazione sistematica nell'art. 2041 cod. civ. L'istituto delineato dalla norma[5] si presenta come una azione di carattere generale. Attraverso il suo esperimento impone a chi si è arricchito in danno ad un altro soggetto, senza giusta causa, un obbligo indennitario ovvero restitutorio, qualora si tratti di cosa determinata sussistente al tempo della domanda. L'origine del concetto di indennizzo previsto dalla norma, in favore del soggetto che abbia patito senza motivo (causa) una diminuzione patrimoniale, affonda le radici nei tempi remoti della tradizione romanistica classica[6], anche se non rivestiva il carattere odierno di azione generale delineata dal codice civile del 1942[7]. L'introduzione di questo istituto nel codice vigente nasce dall'esigenza di dare una codificazione ad una “clausola di salvaguardia” che le parti private abbiano facoltà di utilizzare quando gli altri strumenti giuridici a loro disposizione non siano in grado soddisfare le esigenze delle medesime. Nel nostro sistema di diritto, l'azione di ingiustificato arricchimento riveste uno spazio marginale

data la sua natura sussidiaria (art. 2042 cod. civ.)<sup>[8]</sup> e la collocazione sistematica dell'istituto a ridosso delle figure della gestione d'affari altrui e della ripetizione dell'indebito.

La logica degli artt. 2041 e 2042 cod. civ. corrisponde alla funzione stessa dell'istituto voluto dal legislatore del 1942. Di fatto, la fattispecie dell'azione di arricchimento senza causa è ispirata ad una esigenza di giustizia commutativa tale da giustificare la sua ricomprensione nell'art. 1173 cod. civ. - ossia in quei "*fatti idonei a produrre obbligazioni*" giuridicamente vincolanti per l'ordinamento - questo perché il nostro ordinamento è caratterizzato dal principio della causalità poggiata sul limitrofo principio di meritevolezza dei vincoli giuridici, destinati a realizzare l'assunto delineato dall'art. 41 della Cost. Ciò significa che l'ordinamento giuridico consente la validità di un vincolo giuridico non semplicemente fondato su di un mero patto ma su di un interesse da realizzare che, al tempo stesso, sia ritenuto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. L'ordinamento, quindi, reagisce a tutti gli eventuali spostamenti patrimoniali che non siano causalmente giustificati dalla meritevolezza dell'operazione economica in base a quanto prescritto dall'art. 1322, co. 2 cod. civ., potendo lo stesso sindacare le relative operazioni economiche dal punto di vista causale. Nell'art. 2041 cod. civ. - norma di chiusura e chiamata ad operare in via residuale<sup>[9]</sup> - si codifica uno strumento di tutela volto a ripristinare l'assetto patrimoniale modificatosi ingiustamente. L'azione di arricchimento - pur se disciplinata fra le fonti delle obbligazioni - non troverebbe il suo fondamento in una precisa situazione (quale il contratto, il fatto illecito, la gestione di un negozio, ecc.) ma nell'esigenza di "*riparare uno squilibrio che si è manifestato senza adeguato fondamento*"<sup>[10]</sup>. La ratio dell'istituto è, quindi, identificabile attraverso il principio di necessaria causalità delle attribuzioni patrimoniali, in forza del quale non è consentito uno spostamento o trasferimento di ricchezza da un soggetto ad un altro senza che esso sia sorretto da una valida e idonea giustificazione causale.

### **1.1. Gli elementi costitutivi ed i requisiti dell'azione di arricchimento senza causa.**

I presupposti per agire con l'azione di arricchimento sono delineati dall'art. 2041 cod. civ. Essi sono: 1. il verificarsi di uno spostamento patrimoniale, che può derivare da una prestazione o da un evento di altro genere; 2. il determinarsi di un vantaggio economico a favore di una parte (arricchimento) che deve perdurare fino alla proposizione della domanda, cui deve corrispondere un impoverimento (diminuzione patrimoniale) del

soggetto che agisce in giudizio; 3. il nesso di causalità fra arricchimento e impoverimento (correlazione tra locupetazione e depauperamento); 4. la mancanza di giustificazione dell'arricchimento; 5. l'inesistenza di un'altra azione proponibile per ottenere l'indennizzo del pregiudizio subito (art. 2042 cod. civ.).

## **1.2. L'obbligo restitutorio.**

Nell'*actio de in rem verso* si pone la questione giuridica dell'eventuale indennizzo che il titolare della sfera giuridica incisa può ottenere nei riguardi di chi, con il suo comportamento si è, di fatto, sostituito in prerogative tipiche del titolare del diritto. L'aspetto peculiare dell'arricchimento senza causa è dato non solo dalla concreta quantificazione dell'indennizzo, ma dal rapporto sussistente tra tutela risarcitoria, tipica del fatto illecito e la tutela meramente restitutoria quale reazione all'ingiusto arricchimento. Si è detto (si veda infra § 1) che l'arricchimento senza causa trova fonte nell'art. 1173 cod. civ. e viene collocato strutturalmente nell'alveo dei fatti "leciti" costitutivi di obbligazioni giuridicamente vincolanti e, di conseguenza, non appartenenti al novero dei fatti illeciti.

La stessa natura di azione restitutoria dell'art. 2041 cod. civ. differenzia, poi, l'indennizzo dall'obbligo risarcitorio per fatto illecito e inadempimento, giacché questi ultimi sono parametrati al danno, anche, dove questi corrisponda ad un valore superiore del vantaggio economico ottenuto. Per il principio generale dell'art. 1223 cod. civ. in tema di risarcimento per l'inadempimento o per il ritardo, il danno deve comprendere, così, la perdita subita dal creditore come, anche, il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta. Il risarcimento è rapportato al danno emergente ed al lucro cessante prodottosi nel patrimonio della vittima e resta irrilevante l'arricchimento del danneggiante.

Ciò non succede nella commisurazione dell'indennizzo ex art. 2041 cod. civ. L'art. 2041 co. 1 cod. civ. comporta che l'obbligo restitutorio non possa superare il limite dell'arricchimento. Secondo l'impostazione prevalente l'indennizzo dovuto dall'arricchito va parametrato alla minor somma tra l'arricchimento del soggetto e l'impoverimento del soggetto tutelato [\[11\]](#). In giurisprudenza è stato più volte ribadito [\[12\]](#) il principio che limita l'indennizzo di cui all'art. 2041 cod. civ. alla sola diminuzione patrimoniale subita dal soggetto, senza tenere conto del lucro cessante. A ciò si aggiunga che l'obbligo di corrispondere l'indennizzo dovuto per l'arricchimento senza causa proprio perché diretto a reintegrare una diminuzione patrimoniale è debito di



valore e non di valuta. Ne consegue la rivalutazione monetaria e la debenza - a far data dal verificarsi dell'arricchimento - degli interessi compensativi diretti a coprire l'ulteriore pregiudizio del creditore per il mancato godimento del bene. Qualora l'arricchimento concerna una cosa materiale colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura laddove essa sussista al momento della domanda.

### 1.3. La sussidiarietà.

La condizione di applicabilità dell'*actio in rem verso* si fonda sul presupposto indicato testualmente dall'art. 2042 cod. civ. Per tale norma l'azione di arricchimento si rende esperibile quando il danneggiato non abbia altra possibilità "giuridica" di farsi indennizzare del pregiudizio subito (principio di sussidiarietà). Resta esclusa la proponibilità dell'azione di arricchimento *sine causa* sia quando il danneggiato possa esercitare un'altra azione per fronteggiare l'impovertimento, e sia nel caso in cui la relativa azione che si sarebbe potuta esperire si fosse prescritta<sup>[13]</sup> o la parte fosse decaduta dall'azione. La tutela, così, perduta non potrà essere recuperata mediante lo strumento dell'ingiustificato arricchimento. Il carattere sussidiario dell'azione è stato oggetto – sia in dottrina che in giurisprudenza - di due visioni interpretative contrapposte in merito alla portata del requisito: una riconducibile alla sussidiarietà in "concreto" e l'altra in "astratto"<sup>[14]</sup>. Il contrasto è stato superato dalla Suprema Corte con una pronuncia del 2008<sup>[15]</sup> (che presenta ancora caratteri di attualità), nella quale viene chiarito che «l'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c., stante il suo carattere sussidiario, deve ritenersi esclusa in ogni caso in cui il danneggiato, secondo una valutazione da compiersi in astratto, prescindendo, quindi, dalla previsione del suo esito, possa esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito». Pacifica e condivisa resta, in ogni caso, la circostanza che gli artt. 2041 e 2042 c.c. vadano interpretati nel senso di precludere l'esercizio della azione in parola laddove sia astrattamente possibile l'esperimento di altro rimedio tipico, potendo essere esercitata solo quando manchi del tutto un'azione nei confronti dell'arricchito, o di altre persone, che trovi titolo in un contratto o nella legge. Questo dato però, a ben valutare in base a varie pronunce della giurisprudenza, non impedisce che l'azione possa essere proposta in via subordinata rispetto ad una domanda principale, quale potrebbe essere, in ipotesi, una domanda di adempimento. Recenti pronunce della Corte di Cassazione, tra cui la n. 20871 del 2015, hanno sottolineato come tuttavia la domanda di arricchimento *sine causa* possa considerarsi ammissibile (soltanto) allorquando l'azione tipica dia esito negativo per carenza ab origine dell'azione stessa derivante da un difetto del titolo posto

a suo fondamento[16] [17].

## **2. L'arricchimento senza causa della Pubblica Amministrazione e riconoscimento dell'utilità della prestazione.**

L'applicazione della prospettiva rimediale di cui all'art. 2041 cod. civ. nei riguardi della pubblica amministrazione è pacificamente ammessa laddove riceva un vantaggio patrimoniale a mezzo di una prestazione posta in essere da un soggetto privato in assenza di una giusta causa. Sussistono, però, elementi specifici per l'esperibilità dell'azione di arricchimento connessi sia alla particolarità del soggetto sia alla disciplina cui è improntato il *modus agendi* della P.A. La pubblica amministrazione gestisce risorse della collettività ed è portatrice di interessi pubblicistici, la cui organizzazione deve essere improntata a regole generali di imparzialità, efficacia, efficienza, oltre che al principio di buon andamento della P.A. espresso dall'art. 97 Cost. Alla luce di ciò la quasi unanime giurisprudenza di legittimità e di merito ritiene il rimedio dell'art. 2041 cod. civ. dotato del carattere della specialità rispetto alla azione ordinaria prevista dalla citata norma[18]. La conseguenza è che l'esperibilità dell'azione di arricchimento senza causa presuppone il preventivo riconoscimento dell'utilità ricevuta dalla P.A. quale forma di tutela da imposizioni derivanti da azioni volontarie di privati che agiscano in assenza di previa autorizzazione della pubblica amministrazione. E' da dire che, nel tempo, si è acceso in tema un contrasto all'interno della giurisprudenza di legittimità. Una parte ha ritenuto assolutamente ineludibile il riconoscimento (*in modo formale o implicito*) della *utilitas* dell'opera o del servizio o della prestazione proveniente dalla parte della stessa P.A.[19] - quanto meno da organi rappresentativi dell'ente pubblico[20] -. L'impostazione muove dalla considerazione che la Pubblica Amministrazione sia in grado di valutare al meglio l'effettiva rispondenza all'interesse pubblico che essa istituzionalmente persegue. Il requisito dell'*utilitas*, in quest'ottica si risolve in una valutazione discrezionale compiuta dalla stessa P.A. e, dunque, inteso in un'ottica puramente soggettiva. L'orientamento giurisprudenziale di segno opposto, invece, ha perorato come necessaria la sussistenza di un requisito ulteriore rispetto a quelli indicati nel Codice civile agli artt. 2041- 2042 cod. civ., evidenziando, però, come la valutazione dell'utilità potesse essere effettuata anche dal giudice[21]. Della questione sono state investite la Sezioni Unite della Cassazione che, con sentenza del 26 maggio 2015 n. 10798, sono intervenute a monte sulla necessità di un carattere specialità quale il requisito del riconoscimento della *utilitas*. La Suprema Corte ha chiarito che l'istituto di cui all'art. 2041 cod. civ. trova applicazione sia nei confronti del soggetto privato sia nei confronti della P.A., cosicché rispetto a

quest'ultima non potranno essere invocati requisiti non previsti dalla fattispecie in esame. Conseguenza diretta ne è che non dovrà essere fornita da parte dell'attore ex art. 2041 la prova dell'intervenuto riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione indebita da parte della P.A. Il privato attore deve, invece provare (ed il giudice accertare) il "fatto oggettivo dell'arricchimento", senza che la P.A. possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, potendo quest'ultima, invece, eccepire e dimostrare l'involontarietà o la non consapevolezza dell'arricchimento imposto. Di fatto, l'indennizzo non è dovuto se l'arricchito ha rifiutato l'arricchimento o non abbia potuto rifiutarlo, perché inconsapevole del *reventum utilitatis*<sup>[22]</sup>. In sostanza, la Corte profila una valutazione "oggettivata" dell'arricchimento, dovendosi escludere che la qualificazione pubblicistica dell'arricchito possa essere evocata a fondamento di una riserva di discrezionalità in punto di riconoscimento dell'arricchimento o del suo ammontare. In relazione alla portata della pronuncia delle Sezioni Unite in parola, corre, anche, l'onere di riflettere come la riserva di discrezionalità della P.A. - in punto di utilità di arricchimento - abbia subito un notevole ridimensionamento per effetto del D.L. n. 66/1989 conv. in L. n. 144/1989 che in tema di assunzione di spese ed impegni da parte degli enti locali, prevede che ogni spesa debba essere assistita da un provvedimento dell'organo deliberativo e da uno specifico impegno contabile registrato nel relativo bilancio di previsione, costituendosi in mancanza il rapporto obbligatorio direttamente con il funzionario<sup>[23]</sup>.

### **3. La sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2018, n. 22404.**

Acclarato che gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza non impediscono che l'azione ex art. 2041 cod. civ. possa essere proposta in via subordinata rispetto ad una domanda principale nell'atto introduttivo della stessa, sia pur con il limite tracciato della Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 20871 del 2015 (cioè, subordinandone l'ammissibilità all'esito negativo per carenza ab origine dell'azione tipica derivante da un difetto del titolo posto a suo fondamento<sup>[24]</sup>), resta da capire se l'azione di arricchimento senza giusta causa e la richiesta del relativo indennizzo siano proponibili "per la prima volta" con memoria ex art. 183 co. 6 n.1 cod. proc. civ. Il quesito è stato sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite della Suprema Corte dalla Seconda Sezione civile designata per la trattazione della procedura mediante ordinanza interlocutoria n. 7079/17 del 20 marzo 2017 con trasmissione degli atti al Primo Presidente, ponendo il quesito: "se nel giudizio promosso nei confronti di una Pubblica Amministrazione per l'adempimento di un'obbligazione contrattuale la parte possa modificare la propria

*domanda in una richiesta di indennizzo per arricchimento senza causa con la memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, n. 1". La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, investita della questione si è pronunciata con la sentenza del 13 settembre 2018, n. 22404 dichiarandone l'ammissibilità "qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di una domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata"* [\[25\]](#).

### **3.1. Il Caso.**

Un professionista convenne con atto di citazione un Comune innanzi al Tribunale di Torino, chiedendone la condanna al pagamento di un importo, oltre interessi, a titolo di corrispettivo per l'incarico di progettazione di una Circonvallazione nel Comune convenuto. La sua richiesta faceva riferimento ad una convenzione. Il Comune si costituiva in primo grado e si difendeva eccependo, tra l'altro, la nullità delle deliberazioni di affidamento dell'incarico, motivandone l'assunto sulla circostanza che esse erano prive sia della quantificazione dell'ammontare complessivo dovuto sia dei mezzi per farvi fronte. Sulla base delle difese del Comune, il professionista, con la "prima" memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., propose domanda succedanea e subordinata di arricchimento senza causa con richiesta di liquidazione del relativo indennizzo in suo favore. Il giudice di prime cure dichiarò l'inadempimento del Comune, condannandolo al pagamento del compenso richiesto. Nessuna nullità venne rilevata. La sentenza di primo grado venne riformata in grado di appello ove fu dichiarata la nullità delle delibere e, di conseguenza, anche il contratto di prestazione d'opera professionale. Quanto alla domanda ex art. 2041 cod. civ. seguiva declaratoria di inammissibilità della domanda subordinata di arricchimento senza causa, perché considerata domanda nuova, non proponibile con la memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, cod. proc. civ. Propose ricorso per Cassazione il professionista basandolo su due motivi. Il primo motivo denunciava la violazione e falsa applicazione del R.D. n. 383 del 1934, artt. 284, 285 e 288 e contestava la ritenuta insussistenza dei requisiti di validità dell'obbligazione assunta dal Comune. Il secondo motivo lamentava la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2041 cod. civ. e art. 183 cod. proc. civ. e dei principi che regolano l'azione di ingiustificato arricchimento, contestando la ritenuta inammissibilità della domanda di indennizzo per arricchimento senza causa poiché non proposta in citazione ma con la memoria ex art. 183 cod. proc. civ., comma 6, n. 1.

### **3.2. Il Commento: analisi dei contrasti giurisprudenziali antecedenti alla sentenza**

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2018, n. 22404.**

La Seconda Sezione civile della Corte designata per la trattazione del ricorso nell'ordinanza interlocutoria n. 7079/17 del 20 marzo 2017 trasmise gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ponendo la questione: “*se nel giudizio promosso nei confronti di una Pubblica Amministrazione per l'adempimento di un'obbligazione contrattuale la parte possa modificare la propria domanda in una richiesta di indennizzo per arricchimento senza causa con la memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, n. 1*”.

La rimettente Seconda Sezione civile della Cassazione rileva sul punto un contrasto giurisprudenziale sulla tematica della proposizione della richiesta di indennizzo per arricchimento senza causa avanzata per la “prima volta” con memoria ex art. 183, co. 4 n. 1 cod. proc. civ., se e in quanto qualificata come “nuova” rispetto a quella originaria di adempimento contrattuale nei confronti della P.A.

Lo stato dell'arte delle posizioni della Corte di Cassazione in tema si manifesta, invero, alquanto articolato. Una prima posizione giurisprudenziale è individuabile in una risalente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 4712 del 22.05.1996 che ha dato modo di precisare che la richiesta di indennizzo ex art. 2041 cod. civ. costituisce domanda nuova rispetto a quella di adempimento, non trattandosi di articolazioni di un'unica matrice ma concernendo entrambe diritti etero-determinati, il cui accertamento presuppone la verifica della sussistenza di fatti costitutivi sensibilmente divergenti fra loro.

In base a tale orientamento giurisprudenziale, la domanda ex art. 2041 c.c. si presenta diversa da quella di adempimento contrattuale, perché fondata su fatti costitutivi distinti e idonei ad individuare diritti eterodeterminati.

In base a tale logica, se le due azioni hanno elementi costitutivi diversi, non può che concludersi che, qualora si operi un passaggio dall'una all'altra domanda ci si trova al cospetto di una “*mutatio libelli*” con la conseguente inammissibilità della nuova domanda<sup>[26]</sup>.

Anche di fronte a questo arresto giurisprudenziale<sup>[27]</sup> non è mancato un versante giurisprudenziale di segno inverso in forza del quale dovrebbe essere ritenuta ammissibile la proposizione della domanda di arricchimento senza giusta causa, purché nel giudizio siano presenti tutti gli elementi costitutivi della relativa azione. In tal senso,

l'azione di arricchimento si presenterebbe come una diversa qualificazione di fatti già introdotti in causa[28]. Il mutamento della domanda - per questa impostazione - è inammissibile solo quando, per effetto di esso, mutino i fatti materiali posti a fondamento della pretesa, mentre resta irrilevante il mero mutamento della loro qualificazione giuridica. Quest'orientamento prende forma con riferimento al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in ragione del richiamo delle norme del rito ordinario di cui all'art. 645 cod. proc. civ. Ne consegue che nel caso in cui venga proposta da un professionista una domanda in sede monitoria per il pagamento di compensi a lui dovuti da un ente locale, e successivamente, nella fase di opposizione, l'opposto invochi il pagamento del medesimo credito a titolo di ingiustificato arricchimento, fondata sui medesimi fatti posti a fondamento della domanda originaria, non sussiste alcun mutamento inammissibile di quest'ultima[29].

Il contrasto trova soluzione con sentenza n. 26128 del 27.12.2010 della Suprema Corte, la quale chiarisce come nel giudizio conseguente alla opposizione a decreto ingiuntivo, sia ammissibile la domanda di ingiustificato arricchimento da parte dell'opposto indicata per la prima volta in sede di comparsa di costituzione e risposta, solo se l'opponente introduca in causa un ulteriore tema di indagine che potesse giustificare la richiesta. Pertanto, all'opposto sarebbe consentito proporre la domanda di arricchimento senza causa, diversa da quella introdotta con l'ingiunzione, purché tale esigenza nasca dall'attività processuale della parte opponente manifestata nel primo atto del giudizio di opposizione e purché la domanda nuova sia proposta - come per il giudizio ordinario avviene nel primo momento utile e cioè nell'udienza di prima comparizione delle parti ex art. 183 c.p.c. - nel primo atto difensivo reso a seguito delle difese contenute nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, cioè la comparsa di costituzione e risposta[30]. In caso contrario, la conseguenza sarebbe nel segno dell'inammissibilità della domanda, rilevabile ex officio dal giudice. Secondo tale ragionamento, sarebbe, così, validamente incardinata la domanda nuova, purché scaturente dalle difese di controparte. Tuttavia occorre, nella fattispecie della domanda di ingiusto arricchimento ex art. 2041 cod. civ., tenere ben presente sia il carattere sussidiario dell'*actio de in rem verso* (espressamente previsto dall'art. 2042 c.c.), sia - nel caso si tratti di una Pubblica Amministrazione - il disposto di cui all'art. 23, comma 4, D.L. 02.03.89 n. 66, convertito dalla L. 24.04.89 n. 144, relativo alla necessità di un preventivo atto formale scritto ad substantiam, costituente la prova storica documentale e di evidenza pubblica della formazione e del perfezionamento del negozio, soggetto al controllo di efficacia dell'organo di controllo, costituente la formazione di impegni di spesa per

l'amministrazione locale.

Nel quadro normo-giurisprudenziale che si è venuto così a creare, per quanto sancito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 4712 del 22.05.1996, i Giudici di legittimità mettono ordine fra le contrapposte tesi condividendo quella che ritiene la domanda di indennizzo per arricchimento senza causa una domanda nuova rispetto a quella di adempimento contrattuale, perché diverso è il bene giuridico richiesto e diversa è la *causa petendi*.

Successivamente a tale pronuncia, la Corte di Cassazione con sentenza n. 12310 del 15.06.2015 a Sezioni Unite riaffronta la tematica dello *ius variandi* e ritiene ammissibili solo le domande che costituiscano, rispetto alla richiesta originariamente fatta valere in giudizio, una semplice o mera “*emendatio libelli*”. La ragione di ciò si basa sul fatto che questa non si concretizza in una pretesa del tutto diversa rispetto a quella originaria fondata su situazioni giuridiche mai prospettate che pongano all’attenzione del giudice un nuovo tema di accertamento giudiziale. La sentenza muove da una ricognizione della struttura dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. evidenziando che, in relazione all'esercizio dello *ius variandi*, la giurisprudenza afferma il tradizionale principio secondo il quale sono ammissibili solo le modificazioni della domanda introduttiva che costituiscono semplice *emendatio libelli*, ravvisabile quando non si incide nè sulla *causa petendi* nè sul *petitum*, mentre sono assolutamente inammissibili quelle modificazioni della domanda che costituiscono *mutatio libelli*, ravvisabile quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima ed, in particolare, su di un fatto costitutivo differente, così ponendo al giudice un nuovo tema d'indagine e spostando i termini della controversia.

### **3.3. La posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte.**

La questione individuata dagli Ermellini nella sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2018, n. 22404 consiste nel qualificare l’introduzione dell’azione ex art. 2041 cod. civ. - per la prima volta - tramite memoria di cui all’art 183, co. 6, n. 1 cod. proc. civ. come una *mutatio* o *emendatio libelli*, al fine di escluderne (nel primo caso come domanda nuova) o consentirne (nel secondo caso come domanda modificata) l’ammissibilità. Altro problema che affrontano le Sezioni unite è sul “*se*” ed “*in che termini*” la proposizione di una tale domanda incorra nelle preclusioni previste dal codice di rito. La soluzione passa attraverso l’accertamento giudiziale volto a verificare



se le domande proposte siano inerenti alla medesima vicenda dedotta in giudizio intesa come unica vicenda in fatto che delinea un interesse sostanziale. Rapportando quanto esprime la Suprema Corte in sentenza in commento al caso concreto, si coglie il tenore della soluzione approntata favorevolmente alla ammissibilità dell'azione ex art. 2041 cod. civ. promossa per la prima volta tramite memoria di cui all'art. 183, co. 6, n. 1 cod. proc. civ. Si legge in sentenza che: *"...La decisione della Corte territoriale è conforme al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di contratto d'opera professionale stipulato da un ente locale. Come pure posto in rilievo dalla medesima Corte territoriale, il contrasto insorto sulla questione "se la nullità dell'atto deliberativo di un ente pubblico locale, col quale viene conferito un incarico professionale di redazione di un progetto per un'opera pubblica, per difetto dei requisiti (previsione dell'ammontare del compenso dovuto al professionista e dei mezzi per farvi fronte) stabiliti dal R.D. 3 marzo 1934, n. 383, art. 284, determini la nullità anche del contratto tra l'ente e il professionista..."*, è stato composto con la sentenza di queste Sezioni Unite n. 12195 del 10 giugno 2005, con la quale è stato affermato che, nel vigore del combinato disposto del R.D. 3 marzo 1934, n. 383, artt. 284 e 288 (Testo unico della legge comunale e provinciale), la delibera con la quale i competenti organi comunali o provinciali affidano ad un professionista privato l'incarico per la progettazione di un'opera pubblica, è valida e vincolante nei confronti dell'ente locale soltanto se contenga la previsione dell'ammontare del compenso dovuto al professionista e dei mezzi per farvi fronte; l'inosservanza di tali prescrizioni determina la nullità della delibera, nullità che si estende al contratto di prestazione d'opera professionale poi stipulato con il professionista, escludendone l'idoneità a costituire titolo per il compenso (v. anche Cass., 29/10/2009, n. 22922; Cass. 17/07/2013, n. 17469)..."[\[31\]](#). La Corte prende, anche, in considerazione che i ricorrenti rappresentano di aver formulato la domanda di arricchimento senza giusta causa domanda con memoria ex art. 183 cod. proc. civ., a seguito dell'eccezione di nullità della delibera di incarico e del contratto relativo sollevata dal convenuto Comune nella comparsa di risposta, e, comunque, sulla base di circostanze di fatto già allegate nell'atto introduttivo con riferimento alla domanda di adempimento contrattuale.

La soluzione del Supremo Collegio è quella di dare continuità all'indirizzo indicato con la sentenza Sezioni Unite n. 12310 del 2015, in tema di esercizio dello *ius variandi* nel corso del processo poiché, superando in senso evolutivo il criterio della differenziazione di *petitum e causa petendi* su cui si basava il precedente orientamento cui pure si è fatto riferimento, sposta l'attenzione dell'interprete dall'ambito circoscritto di una valutazione

relativa alla invarianza degli elementi oggettivi (*petitum e causa petendi*) della domanda modificata rispetto a quella iniziale, in una prospettiva di più ampio respiro, volta alla verifica che entrambe le domande ineriscano alla medesima vicenda sostanziale sottoposta all'esame del giudice e, rispetto alla quale, la domanda modificata sia più confacente all'interesse della parte. Occorre, però, verificare se la domanda di arricchimento senza causa, come proposta nel giudizio all'esame con la memoria ex art. 183 co. 6 cod. proc. civ. sia riconducibile alla nozione di "domanda modificata" ritenuta ammissibile con la sentenza n. 12310 del 2015. Nel caso specifico, entrambe le domande proposte (di adempimento contrattuale e di arricchimento senza causa) si riferiscono alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, intesa come unica vicenda in fatto che delinea un interesse sostanziale. Inoltre, sono attinenti al medesimo bene della vita, tendenzialmente inquadrabile in una pretesa di contenuto patrimoniale (pur se, nell'una, come corrispettivo di una prestazione svolta e, nell'altra, come indennizzo volto alla reintegrazione dell'equilibrio preesistente tra i patrimoni dei soggetti coinvolti). Inoltre, si osservi che entrambe le domande sono legate da un rapporto di connessione "di incompatibilità", non solo logica ma, addirittura, normativamente prevista, stante il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento, ai sensi dell'art. 2042 c.c., e tale nesso giustifica ancor di più il ricorso al *simultaneus processus*, dato che la domanda introdotta è, in ogni caso, connessa alla vicenda processuale.

In estrema sintesi le Sezioni Unite arrivano ad elaborare il seguente principio di diritto: *“è ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 cod. civ. proposta, in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183, sesto comma, cod. proc. civ., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata”*.

#### **4. Osservazioni conclusive.**

Con la sentenza n. 22404 del 13 settembre 2018 le Sezioni Unite della Cassazione hanno risolto una questione processuale di particolare importanza sull'ammissibilità della trasformazione della domanda di natura contrattuale in quella – che presuppone un diverso titolo e che riveste carattere sussidiario – di ingiustificato arricchimento, propendendo per la soluzione positiva, così proseguendo nel percorso di una sempre più marcata evaporazione della tradizionale distinzione tra *“mutatio”* ed *“emendato libelli”* inaugurato in modo decisivo dalle stesse Sezioni Unite con la precedente sentenza n.

12310 del 2015. Nel ribadire il principio di diritto già affermato dal precedente giurisprudenziale, le Sezioni Unite con la sentenza n. 22404 del 2018 affermano che la modifica del titolo di domanda (da quella di adempimento a quella di arricchimento sine causa) è ammessa, a norma dell'art. 183, sesto comma n.1 cod. proc. civ., e può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (*petitum e causa petendi*) sempre che la domanda così modificata risulti in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, e senza che perciò solo si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali.

Nella pronuncia della Corte si evidenzia un altro dato essenziale: quello della connessione "per incompatibilità normativa" nel *simultaneus processus*. Nel caso di specie, le domande proposte dal professionista-progettista erano legate da un rapporto di connessione "di incompatibilità", non solo logica ma addirittura normativamente prevista, stante il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento, ai sensi dell'art. 2042 cod. civ. L'azione ex art. 2041 cod. civ. proposta, in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183, comma 6, cod. proc. civ., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, intanto è ammissibile in quanto e qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda che ha comunque in comune "una vicenda sostanziale connessa" a quella inizialmente formulata. Il principio di diritto formulato dagli Ermellini, a sommosso parere di chi scrive, risulterebbe valorizzare il dato strutturale della fattispecie, cioè il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento senza giusta causa, che va al di là del problema processuale del momento della introduzione della domanda, connettendo direttamente il presupposto di azionabilità del rimedio di cui all'art. 2042 cod. civ. alla sua stessa funzione, cioè agire in tutela ove ogni altra azione di tutela manchi, anche se ciò si determini nell'iter di un processo già in corso e nei limiti, in ogni caso, di una "connessione" alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, senza con ciò alterare la regolare procedura del giudizio.

#### **Note al testo e bibliografia.**

[1] La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2018, n. 22404, Presidente R. Rordorf, Relatore A. Scrima, a risoluzione di contrasto, ha affermato che è ammissibile la domanda di arricchimento senza causa, proposta in via subordinata con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla stessa vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di

domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata. Testo integrale della pronuncia in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

[2] P. TRIMARCHI, Istituzioni di diritto privato, Giuffrè Editore, 1991 par. 286; P. GALLO, Arricchimento senza causa e quasi contratti, Utet, 2008. A. ALBANESE, Ingiustizia del profitto ed arricchimento senza causa, Cedam, 2005. A. TORRENTE, Manuale di diritto privato, Giuffrè, 2007, cap. LIV, par. 453. F. CARINGELLA, Manuale di diritto civile, Dike Editore, 2010, Sezione IV, cap. V. F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, XVIII edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni scientifiche italiane, 2017. G. Chiné, M. Fratini, A. Zoppini, Manuale di diritto civile, IX edizione, Nel diritto Editore, 2017/2018. Si veda anche, G. ANDREOLI, L'ingiustificato arricchimento, Milano, 1940; L. BARASSI, La teoria generale delle obbligazioni, 2<sup>a</sup> ediz., Milano, 1948; BARBERO, Sistema istituzionale del diritto privato, 4<sup>a</sup>, Torino, 1955, II.; E. BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, Milano, 1954; C. M. BIANCA, Diritto civile – La responsabilità, 5, Milano, 1995; CASTIONI, Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto, in Riv. Dir. Comm., 1925, I, 340; R. DE NOVA, Obbligazioni, in Enc. Dir., XXIX, 496; DI MAJO, La tutela civile dei diritti, Milano, 1993; MASSARI, Intorno all'azione di arricchimento senza causa, in Giust. Civ., 1953, pagg. 695-716; U. MORI-CHECCUCCI, L'arricchimento senza causa, Firenze, 1943; P. RESCIGNO, Trattato di diritto privato - Obbligazioni e contratti, I, Torino, 1984.

[3] [CAPRIELLO L., L'arricchimento ingiustificato, 2018, Maggioli Editore.](#)

[4] Anche in dottrina si è evidenziato che il c.d. indebito arricchimento della pubblica amministrazione delinea, in realtà, una figura giuridica distinta dall'art. 2041 c.c., di per sé riconducibile ad un principio generale di equità di cui è espressione, anche, l'art. 2041, figura di origine giurisprudenziale che, nella sua autonomia, pone problematiche applicative diverse da quelle che suscita l'art. 2041.

[5] Recita l'articolo 2041 c.c.: Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.

[6] Il diritto romano non contemplava un'azione generale ma vari rimedi di tutela riconducibili alla tipologia del quasi contratto. A tali rimedi è riconducibile la *condictio* che rappresenta l'antesignano della attuale azione di ripetizione di indebito. La matrice archetipale dell'azione di arricchimento si può rintracciare, invece *nell'actio de in rem verso*, nota come *actio* originariamente esperibile nei confronti del dominus che avesse ottenuto un profitto nella propria sfera giuridico-patrimoniale a seguito del negozio concluso dal pupillo o dallo schiavo, nei limiti dell'effettivo arricchimento. Per una disamina in chiave storica delle *condictiones* e *dell'actio de in rem verso*, della loro evoluzione attraverso il diritto romano, medioevale e moderno si vedano: B. Kupisch, Arricchimento del diritto romano, medioevale e moderno, in Dig. Disc. priv., (sez. civile), Torino, 1987; F. Giglio, La *actio de in rem verso* nel sistema del codice civile, in Riv. dir. civ., 2000; P. Gallo, Introduzione al diritto comparato, Vol. II, Istituti giuridici, Terza Edizione, G. Giappichelli editore, Torino, 2018.

[7] Va tenuto presente che il precedente codice civile del 1865 non ha apprestato alcuna disciplina della generale azione di arricchimento senza causa. Solo verso la fine del XIX secolo la giurisprudenza italiana ha iniziato a dare riconoscimento all'azione di arricchimento, applicandolo in tutti i casi in cui vi fosse « *ingiusta locupletazione di una parte in danno di un'altra e la legge positiva non appresti altro rimedio giuridico speciale al fine di costringere chi ingiustamente si arricchisca a risarcire, quatenus locupletor factus sit* », posto che « *la legge non permette l'indebito arricchimento a danno altrui* ». Si citano, qui, Cass. Firenze, 24 febbraio 1898, in Foro it., 1898, I, 322 e Cass. Torino, 10 dicembre 1897, in Giur. tor., 1898, 40.

[8] La “sussidiarietà dell'azione” è interpretata dalla dottrina in due modalità tra loro distinte. Una prima posizione si fonda sul presupposto che *l'actio in rem verso* possa essere esperita solo se astrattamente non è azionabile altro tipo di tutela giuridica in quanto altrimenti l'azione di arricchimento potrebbe prestarsi all'aggravamento di eventuali prescrizioni o preclusioni delle

azioni tipiche. Un secondo versante della dottrina considera la sussidiarietà “in concreto”. In questa accezione il concetto di sussidiarietà è da intendersi come “residualità”. Ciò vuol dire che l’azione di arricchimento è esperibile quando, pur avendo il legislatore previsto altre azioni in astratto, esse non siano più percorribili in concreto. Una terza posizione è però da segnalare ed è quella assunta dalla giurisprudenza che assume una posizione mediata tra le due posizioni precedenti. L’astrattezza ovvero la concretezza della sussidiarietà sarebbe da valutare è in correlazione con la natura del rapporto tra arricchito e impoverito. Precisamente quando v’è un rapporto diretto opera la sussidiarietà in astratto. Quando, invece ci sia un rapporto mediato, la sussidiarietà opera in “concreto”, e così attribuisce all’impoverito la facoltà di agire dopo aver inutilmente esperito l’azione contrattuale nei riguardi del terzo.

[9]L’elemento della residualità è stato interpretato da varie sentenze della Suprema Corte tra le quali si annovera Cassazione Sez. II, 21 luglio 2009 n. 16964.

[10]Si veda in tal senso A. Trabucchi, voce Arricchimento (Diritto civile), in Enc. dir., Vol. III, 1958.

[11]Il concetto di perdita («diminuzione patrimoniale») non coincide con quello più ampio di danno. Ciò esclude all’interno dell’azione di arricchimento ingiustificato ogni domanda di lucro cessante poiché la funzione dell’azione non è risarcitoria (*restitutio in integrum*) ma restitutoria cioè quella di “riparare al più grave squilibrio formatosi senza adeguata giustificazione”. Ne consegue che l’indennità di cui all’art. 2041 si intende quantificata nella minor somma tra l’arricchimento del responsabile e l’impoverimento del soggetto leso. In tal senso si veda I. Garaci, La reversione degli utili tra tecniche risarcitorie e restitutorie, *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 6, 2017, pag. 313.

[12]Cfr. fra le varie Cass. 13 settembre 2016, n. 17957, Cass. 14 ottobre 2011, n. 21227, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 10, 1455; Cass. Sez. Un. 11 settembre 2008, n. 23385, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 850 con nota di M. Massa, Non risarcibilità del lucro cessante nel caso di illecito arricchimento ex art. 2041 c.c.; Cass. 5 giugno 1997, n. 5021, in *Foro it.*, 1997, I, 2450.

[13]Quanto alla prescrizione il termine è quello decennale che ha decorrenza dalla verificazione dell’evento produttivo dell’arricchimento e non è interrotto da una domanda giudiziale diversa, sebbene avente ad oggetto lo stesso fatto. conformemente a quanto già espresso dall’orientamento della Suprema Corte *ex plurimis*, Cassazione Civile, Sez. I, 29 dicembre 2011, n. 29916: «L’azione generale di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato avrebbe potuto esercitare un’azione tipica e questa si è prescritta».

[14]Un primo orientamento (minoritario), definisce la sussidiarietà “in concreto”. Qui l’art. 2042 cod. civ. andrebbe interpretato in maniera elastica, cioè all’esercizio dell’azione di arricchimento non osta il fatto che un diverso strumento giudiziale alternativamente azionabile in luogo del rimedio generale, possa essere venuto meno per una qualsiasi causa giuridica (per esempio: prescrizione o decadenza) o di fatto (per esempio: infruttuosa esecuzione). Il secondo orientamento definisce la sussidiarietà in “astratto” ed applica il principio in maniera più rigorosa. Si sostiene che l’esercizio dell’azione resta escluso ove esista o sia comunque esistito, anche soltanto in astratto, un altro strumento di tutela a disposizione rimpoverito. Su tale contrasto si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali, aderendo al più rigoroso dei predetti orientamenti, hanno precisato che «l’azione di arricchimento senza causa, stante il suo carattere sussidiario, deve ritenersi esclusa in ogni caso in cui il danneggiato, secondo una valutazione da compiersi in astratto, prescindendo quindi dalla previsione del suo esito, possa esercitare un’altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito. L’azione di arricchimento, pertanto, è inammissibile anche nell’ipotesi in cui chi la esercita disponeva di un’azione che si è prescritta o in relazione alla quale si è verificata una decadenza» (Cassazione Civile, SS.UU., 25 novembre 2008, n. 28042). Per approfondimenti dei concetti qui in nota si veda Capriello L., op. cit.

[15]Si veda Cassazione Civile, SS.UU., 25 novembre 2008, n. 28042. Più di recente, tuttavia, la stessa Suprema Corte sulla definizione tassativa del carattere sussidiario dell’azione di ingiusto arricchimento, riconosce all’azione «funzione sussidiaria e natura residuale» (in tal senso si veda



Cassazione Civile, Sez. I, 13 giugno 2018, n. 15496) o addirittura un vero e proprio «carattere residuale e non sussidiario» (si veda in tal senso Cassazione Civile, Sez. I, 11 giugno 2018, n. 15145). Ad onor del vero, però, non mancano sentenze della Suprema Corte che affermano il contrario cioè che, «l'azione di arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., abbia carattere sussidiario» (si veda, Cassazione Civile, Sez. I, 13 giugno 2018, n. 15496 e si veda anche Cassazione Civile, Sez. III, 22 agosto 2018, n. 20884). In dottrina si è formata una corrente minoritaria che attribuisce al carattere della sussidiarietà un significato notevolmente più ampio rispetto a quanto fin qui delineato dalla Corte di Cassazione. Si confronti in tal senso, Barbero D., *Il sistema del diritto privato*, Torino, UTET, 1988.

[16] Cassazione Civile, sez. I, 15 ottobre 2015, n. 20871: ben esprime il concetto la decisione della Suprema Corte la quale, in sostanza, sottolinea che il rimedio dell'azione di ingiustificato arricchimento non può essere usato né quando la domanda principale sia stata respinta per difetto di prova, né quando la domanda tipica, inizialmente proposta, sia stata successivamente rinunciata. Si legge in testo di pronuncia: *«È, bensì, vero, poi, che il danneggiato può proporla, in via subordinata, quando l'azione tipica, avanzata in via principale, abbia avuto esito negativo per carenza del titolo posto a suo fondamento (Cass. n. 4492 del 2010; n. 6295 del 2013); ma tale principio, ma tale principio, invocato dal ricorrente, non opera né quando la domanda ordinaria, fondata su un titolo contrattuale, è stata rigettata per l'assenza di prove sufficienti all'accoglimento, né quando tale domanda, dopo essere stata proposta, non è stata più coltivata dall'interessato (Cass. n. 8020 del 2009; n. 6295 del 2013), dato che in tali ipotesi il titolo specifico, fonte del credito azionato, in tesi sussiste (ma è infondato), o avrebbe potuto esser positivamente accertato, sol che il creditore avesse utilmente proseguito il relativo giudizio».*

[17] Si veda in tal senso, anche, Cassazione civile, sez. III, sentenza 13/12/2016 n. 25503.

[18] L'azione di indebito arricchimento proposta, ex art. 2041 c.c., nei confronti della pubblica amministrazione è diversa da quella ordinaria. Essa presuppone non solo il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'ente pubblico, ma anche il riconoscimento, da parte di quest'ultimo, dell'utilità dell'opera o della prestazione. Il riconoscimento può avvenire in maniera esplicita, mediante, cioè, un atto formale, oppure in modo implicito attraverso un comportamento concludente che esprima la volontà di utilizzare a proprio beneficio il vantaggio acquisito, mediante, cioè, qualsiasi forma di utilizzazione dell'opera ricevuta o della prestazione svolta, da cui abbia tratto vantaggio economico o arricchimento, consapevolmente attuata dagli organi rappresentativi dell'ente anzidetto. In tal senso Corte Cassazione n. 19572 del 2007. La manifestazione di riconoscimento dell'utilità deve provenire dall'ente giacché nessuna rilevanza può essere attribuita ai fini del riconoscimento all'utilizzo dell'opera da parte della collettività amministrata stante la necessità che essa provenga dagli organi istituzionalmente rappresentativi dell'ente. Si vedano Cassazione sez. I, 18329/2005; 14570/2004.

[19] Di rilevante interesse è anche la precisazione che la valutazione circa l'utilità ricevuta è di competenza esclusiva della pubblica amministrazione. Così, Corte di Cassazione n. 25156 del 14 ottobre 2008 secondo cui «siffatto giudizio positivo, in ragione dei limiti posti dall'art. 4 della legge n. 2248 all. E del 1865, è riservato esclusivamente alla P.A. e non può essere effettuato dal giudice ordinario, che può solo accertare se e in quale misura l'opera o la prestazione del terzo siano state effettivamente utilizzate».

[20] La manifestazione di riconoscimento dell'utilità deve provenire dall'ente giacché nessuna rilevanza può essere attribuita ai fini del riconoscimento all'utilizzo dell'opera da parte della collettività amministrata stante la necessità che essa provenga dagli organi istituzionalmente rappresentativi dell'ente (Cosi, Cassazione sez. I, 18329/2005; 14570/2004).

[21] Si veda Cassazione 25717/2008.

[22] Così Cass. Sez. Unite, 26 maggio 2015, n. 10798: *«Il riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, sicché il depauperato che agisce ex art. 2041 c.c. nei confronti della P.A. ha solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'ente pubblico possa opporre il mancato*

*riconoscimento dello stesso; tuttavia, le esigenze di tutela delle finanze pubbliche e la considerazione delle dimensioni e della complessità dell'articolazione interna della P.A. trovano adeguata tutela nel principio di diritto comune del cd. "arricchimento imposto", potendo, invece, l'Amministrazione eccepire e provare che l'indennizzo non è dovuto laddove l'arricchito ha rifiutato l'arricchimento ovvero non ha potuto rifiutarlo perché inconsapevole dell'"eventum utilitatis".*

[23] Si veda Cassazione n. 10735 del 2015. In tal senso si veda Tribunale Bari, 02/03/2017, n.

1144 come da massima: "In tema di azione di arricchimento senza causa esercitata nei confronti della pubblica amministrazione, accanto ai noti presupposti previsti elaborato dalla giurisprudenza (incremento patrimoniale ovvero risparmio di spesa per una parte, l'impovertimento dell'altra, rapporto di causalità tra l'arricchimento e il depauperamento) ne è richiesto uno ulteriore, stante la peculiarità del soggetto nei cui confronti si agisce ossia il previo riconoscimento, da parte della P.A., dell'utilità dell'opera o della prestazione eseguita in suo favore. In particolare, qualora le obbligazioni contratte non rientrino nello schema procedimentale di spesa, insorge un rapporto obbligatorio direttamente con l'amministratore o il funzionario che abbia consentito la prestazione, per difetto del requisito della sussidiarietà, sicché resta esclusa l'azione di indebito arricchimento nei confronti dell'ente, il quale può, comunque, riconoscere "a posteriori" il debito fuori bilancio, ai sensi dell'art. 194 del D.Lgs. n. 267 del 2000, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente stesso".

[24] Infra § 1.3 e note al testo n. 16 e 17.

[25] Cassazione civile, 13 settembre 2018, n.22404, sez. un. Con nota Calvetti S., Azione contrattuale e arricchimento senza causa, in *Diritto & Giustizia*, sett. 2018.

[26] Per un riepilogo delle posizioni giurisprudenziali risulta utile la lettura della sentenza Corte appello Reggio Calabria, sez. I, 29/05/2017, n. 321.

[27] Per l'orientamento opposto, invece, qualora la domanda di ingiustificato arricchimento proposta non comporti mutazione o alterazione del fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio, ciò non implica una mutatio libelli ma una semplice emendatio libelli e, pertanto, è consentita dall'art. 183 c.p.c. Sottoposta la questione alle Sezioni Unite della Suprema Corte, i Giudici di legittimità hanno condiviso la tesi che ritiene la domanda di indennizzo per arricchimento senza causa una domanda nuova rispetto a quella di adempimento contrattuale, perché diverso è il bene giuridico richiesto e diversa è la causa petendi (Cass. Civ., SS.UU., 22.05.1996, n. 4712).

[28] Ex pluris, Corte di Cassazione sentenza n. 27406 del 18.11.2008.

[29] Cassazione civile, sez. III, 18/11/2008, n. 27406, *Giust. civ. Mass.* 2008, 11, 1641, *Il civilista* 2011, 2, 8 (con nota di: RISOLO) si veda quanto segue: "Premesso che il mutamento della domanda è inammissibile solo quando, per effetto di esso, mutino i fatti materiali posti a fondamento della pretesa, mentre resta irrilevante il mero mutamento della loro qualificazione giuridica, la Corte di Cassazione civile, sez. III, sent del 18/11/2008 n. 27406, ha ritenuto che nel caso in cui venga proposta da un professionista una domanda in sede monitoria per il pagamento di compensi a lui dovuti da un ente locale, e successivamente, nella fase di opposizione, l'opposto invochi il pagamento del medesimo credito a titolo di ingiustificato arricchimento, fondata sui medesimi fatti posti a fondamento della domanda originaria, non sussiste alcun mutamento inammissibile di quest'ultima, in tal modo ribadendo il principio affermato da Cass. 15 gennaio 1985 n. 77, ma ponendosi in contrasto con la sentenza Cass. 2 agosto 2007 n. 17007".

[30] In tal senso Cass. Civ., SS.UU., 27.12.2010, n. 26128.

[31] Si legge, inoltre, nel testo della sentenza Cassazione civile, sez. un., 13/09/2018, (ud. 07/11/2017, dep.13/09/2018), n. 22404 quanto segue: "Per mera completezza, va anche posto in rilievo che, in relazione al D.L. 2 marzo 1989, n. 66, art. 23, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 aprile 1989, n. 144 - che commina non più la nullità del contratto concluso dall'ente locale senza la previsione di spesa e l'indicazione dei mezzi per farvi fronte bensì la non riferibilità del rapporto obbligatorio, ai fini della controprestazione, all'ente, con l'imputazione alla sfera giuridica diretta e personale dell'amministratore o del funzionario degli effetti, ai predetti fini, dell'attività contrattuale dagli stessi posta in essere in contrasto con i dettami contabili inerenti



*alla gestione degli enti locali - queste Sezioni Unite hanno ribadito la necessità che la registrazione dell'impegno contabile è ineludibile, con conseguente irrilevanza della previsione di copertura con finanziamento pubblico (Cass., sez. un., 18/12/2014, n. 26657)".*

#### Bibliografia.

- ALBANESE, *Ingiustizia del profitto ed arricchimento senza causa*, Cedam, 2005.
- ANDREOLI G., *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940.
- L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2<sup>a</sup> ediz., Milano, 1948.
- BARBERO D., *Il sistema del diritto privato*, Torino, UTET, 1988.
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, 4<sup>a</sup>, Torino, 1955.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954.
- BIANCA C.M., *Diritto civile – La responsabilità*, 5, Milano, 1995.
- CAPRIELLO L., *L'arricchimento ingiustificato*, 2018, Maggioli Editore.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile* Dike Editore, 2010.
- CASTIONI, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, in Riv. Dir. Comm., 1925.
- DE NOVA R., *Obbligazioni*, in Enc. Dir., XXIX, 496.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993.
- GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, Utet, 2008.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XVIII edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni scientifiche italiane, 2017
- GIGLIO F., *La actio de in rem verso nel sistema del codice civile*, in Riv. dir. civ., 2000.
- GALLO P., *Introduzione al diritto comparato*, Vol. II, Istituti giuridici, Terza Edizione, G. Giappichelli editore, 2018.
- KUPISCH B., *Arricchimento del diritto romano, medioevale e moderno*, in Dig. Disc. priv., (sez. civile), 1987.
- MASSARI, *Intorno all'azione di arricchimento senza causa*, in Giust. Civ., 1953.
- RESCIGNO P., *Trattato di diritto privato - Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984.
- TORRENTE A. *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2007
- TRABUCCHI A., voce *Arricchimento (Diritto civile)*, in Enc. dir., Vol. III, 1958.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè Editore, 1991.

# LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO GLOBALE

*Nella società globalizzata il diritto si evolve inseguendo le nuove esigenze generate dalla complessità attuale. Si diversifica e si trasforma sulla base dell'estensione territoriale o extra-territoriale delle regolazioni, delle decisioni degli Stati, degli obblighi da essi assunti sulla base del diritto pattizio nonché a fronte delle deliberazioni vincolanti degli organismi internazionali, dell'efficacia di atti adottati da variegate istituzioni regolatrici anche di natura privata.*

autore **Gianluigi Pallotta**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

**Sommario:** 1. Foreword; 2. General features; 3. GAL - global administrative law (diritto amministrativo globale); 4. Conclusioni.

## 1. Foreword

Lo scopo dello studio è costituito essenzialmente dalla ricostruzione delle ragioni della nascita e dello sviluppo del *Global Administrative Law (GAL)*: *in primis* il rapporto tra il diritto internazionale pattizio e il diritto nazionale, poi la connessione tra diritto costituzionale e GAL, inoltre si focalizza l'attenzione sul contrasto tra la “*global governance*” e l'assenza di un potere politico globale.<sup>[1]</sup> Scendendo su un piano più pratico si analizzeranno le relazioni tra le varie istituzioni globali nonché sulla connessione tra esse, le funzioni maggiormente presenti nei sistemi regolatori globali, l'analisi dei processi di decisione basati sull'agire congiunto in base a meccanismi di composizione e bilanciamento degli interessi. L'impostazione è tipicamente giuridica, senza trascurare il fatto che il diritto, l'economia e la sociologia siano scienze umane, nel senso più pieno del termine, avendo a che fare direttamente con le relazioni che gli uomini creano nella realtà sociale.<sup>[2]</sup> La materia è assolutamente interdisciplinare e risponde ad esigenze e finalità dettate da un sistema di valori fondanti e condivisi. Il rischio per l'analisi eminentemente economica è rappresentato dall'impianto logico-matematico che sembra dare forza cogente ai teoremi e alle dimostrazioni, magari nella versione sfumata della teoria delle probabilità. La scienza giuridica rischia a volte di smarrire la sua identità e finire per identificare **jus** e **lex**, dimenticando, dietro gli apparati della tecnica, la finalità ultima della convivenza umana. Si avverte l'esigenza di

una riflessione olistica: non solo in relazione alla totalità dei fatti, le autorità normative e i regolamenti e tutte le altre fonti del diritto, ma soprattutto in relazione ad un obiettivo verso il quale tutte le linee dovrebbero convergere, un principio unificatore ed esplicativo che rannodi a sé tutta l'esperienza giuridica, economica e sociale, costituito dal bene comune dell'umanità.

D'altro canto, la pretesa totalizzante di una disciplina replica in sé la stessa assolutezza divina (riprendo ovviamente concetti già ampiamente elaborati da Kantorowicz<sup>[3]</sup> nella sua stupenda riflessione sulla “*storia integrale*” dell'umanità e per le “*forze operose*” che agiscono nella storia: società, istituzioni, economia, cultura, credenze e rappresentazioni collettive, colte nella loro dinamica unità strutturale), al contempo, si impone la consapevolezza delle necessarie cautele richieste allo studioso che voglia comprendere una realtà giuridica, economica e sociale in continuo divenire. La ricerca si prefigge il compito di studiare il diritto all'interno del labirinto della complessità sociale, rifiutando di adagiarsi su modelli lineari, come quelli che propongono di risolvere i problemi della giustizia occultandoli; in buona sostanza, una disamina del tempo presente tra l'astrattezza del diritto e la concretezza dei bisogni dell'uomo all'interno della società. Non si intende restare sul versante ontologico o della morale, bensì guardare al mondo moderno nella realtà attuale, al diritto vivente in continua evoluzione, all'essere umano e al dover essere come imperativo etico personale. Il ricercatore moderno è chiamato a superare l'autoreferenzialità del diritto nella difesa dei meccanismi di produzione della norma ed a ripensare lo stesso in base alla frammentata realtà di forme, di soggetti, di attori pubblici e ancor più privati che danno vita a una sconfinata varietà di canoni e di forme giuridiche capaci di innovare e plasmare la realtà normativa.

## 2. General features

Il termine globalizzazione<sup>[4]</sup> assume diversi significati: sul piano **culturale** indica il progressivo abbattimento delle barriere spaziali fra le nazioni indotto dallo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ciò ha consentito un fenomeno di unificazione dei mercati a livello mondiale che ha generato modelli di consumo e di produzione uniformi e convergenti. Dopo un momento storico in cui la globalizzazione è stata fortemente apprezzata come forza positiva, nel corso dell'ultimo decennio è stata avversata come una piaga da combattere attraverso un crescente protezionismo e unilateralismo da parte di numerosi *leader* mondiali. Sono moltissimi gli organismi

sovrnazionali a competenza generale (*UN*) o settoriale (*WTO*) che tendono a bilanciare interessi complessi (e spesso contrapposti) che coinvolgono gli Stati avanzati,<sup>[5]</sup> quelli emergenti e quelli arretrati. Il fenomeno opera in ambito sopranazionale (o mondiale) e prevede che amministrazioni nazionali siano assoggettate a regole emanate da organismi internazionali: è il caso degli organismi di controllo della borsa e dei mercati finanziari, associati nell'*International Organization of Security Commissioners – Iosco*. In un certo senso gli Stati possono essere considerati i vecchi soggetti della Comunità internazionale rispetto ai nuovi attori che animano l'odierna dimensione globale. In una cornice fatta di interrelazioni a rete il diritto costituzionale conosce una certa "sofferenza" nella solida cornice dello Stato e della sua comunità politica di riferimento ove trovano legittimazione le fonti normative.<sup>[6]</sup>

Il diritto amministrativo,<sup>[7]</sup> invece, reagisce meglio tanto da diventare *GAL (Global Administrative Law)*: se analizziamo ciò di cui esso è intessuto, non possiamo non rilevare che la materia prima di cui è composto è prioritariamente costituzionale. Non a caso i principi dell'azione amministrativa, quando non sono esplicitamente entrati nelle Costituzioni del nostro tempo, li si fa comunque derivare da norme costituzionali, di fronte ad atti che portano alla loro violazione. Attraverso una miriade di organismi internazionali di varia forma e natura trova nuova linfa un diritto comune applicabile a tutto il mondo civilizzato.<sup>[8]</sup> Emerge in maniera prepotente **l'esigenza di una tutela trasversale** che identifichi valori diversi a volte anche contrapposti: se, per esempio, pensiamo alla finanza internazionale, ci rendiamo conto che accanto agli scambi legali, il mercato internazionale dei capitali è fortemente alimentato dai proventi illeciti della criminalità organizzata che derivano da reati fiscali, corruzione o da attività criminali quali il traffico di droga, di minori, di organi.

### **3. Gal - Global Administrative Law (diritto amministrativo globale)**

Nel significato specificatamente giuridico la globalizzazione richiama la convergenza degli ordinamenti nazionali verso valori e principi condivisi, allo stesso tempo, l'istanza dei popoli di conciliazione di diversità che necessitano di essere bilanciate e rispettate. In un contesto economico e sociale globalizzato emergono norme (consuetudinarie e pattizie) caratterizzate da un'azione congiunta degli Stati che riescono ad operare anche in ambiti che erano a loro prima sconosciuti. La società internazionale è maggiormente interconnessa grazie ai mezzi di comunicazione di massa, così stanno sorgendo regole e procedure per la salvaguardia di interessi e valori che riguardano l'intera umanità. In

questa maniera si sta determinando una **verticalizzazione del potere** che spinge ad uniformare ed armonizzare le regolazioni amministrative domestiche: è questa forse la caratteristica principale che maggiormente colpisce. L'esigenza di un diritto globale<sup>[9]</sup> è pressante e riguarda diversi ambiti: il principale è certamente quello del *business law*,<sup>[10]</sup> senza sottovalutare la tutela dell'ambiente, il mercato dell'energia e del lavoro.

Incombe la necessità di controllare la crescente diseguaglianza delle condizioni sociali, da cui sorgono nuove istanze che comportano il riconoscimento ed il rispetto del concetto di cittadinanza, inteso in chiave moderna, basato essenzialmente sulla salvaguardia dei diritti umani e sul ruolo dello sviluppo sostenibile. Siamo così assistendo ad una progressiva **erosione del ruolo primario della nazionalità** nella definizione dei rapporti tra Stato e individuo. La comunità internazionale determina un nuovo diritto (globale) che si distingue dal diritto internazionale comunemente inteso, poiché quest'ultimo è sempre stato essenzialmente un diritto inter-statale. Si avverte l'esigenza di principi comuni, che solitamente derivano dalle Costituzioni e dai principi generali del diritto amministrativo, in modo tale da superare la frammentazione funzionale e la parcellizzazione organizzativa.

Sul piano giurisdizionale si segnala l'aumento dei giudici amministrativi globali: il "Dispute Settlement Body" del WTO, l'"International Tribunal for the Law of the Sea", i NAFTA "Dispute Settlement Panels", l'"International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID", il "WIPO's Arbitration and Mediation Center", con conseguenti problemi relativi al sovrapporsi di decisioni di natura arbitrale e giudiziaria.

In questo panorama così complesso diventa fondamentale il ruolo del giudice<sup>[11]</sup> nel contribuire a uno sviluppo armonioso del diritto internazionale evitando possibili antinomie tra norme internazionali provenienti da fonti diverse nonché tra norme internazionali e norme nazionali. Ulteriori difficoltà si verificano nell'analisi della possibile estensione dei diritti costituzionali in situazioni extraterritoriali, alla teorizzazione di un diritto transnazionale, all'applicazione del diritto comparato nella decisione specifica. Pensiamo alla problematicità per il giudice europeo di stabilire quale diritto sia applicabile tra quello globale dell'ONU, quello europeo della UE o quello nazionale.<sup>[12]</sup> L'attività giurisdizionale deve tendere al bilanciamento dei valori portanti dell'ordinamento quali la legittimazione democratica, la garanzia dei diritti e l'effettività della tutela.

Il diritto amministrativo globale<sup>[13]</sup> si può definire come l'insieme delle norme legali e

dei principi che disciplinano il diritto amministrativo, indipendentemente dalle norme pattizie che regolano i rapporti tra gli Stati: così da riconoscersi nei singoli procedimenti, nelle singole decisioni, nei relativi contenziosi, declinando il contraddittorio, la partecipazione, la motivazione, l'impugnabilità. Tale concetto è ambivalente: infatti, può indicare sia le regole imposte dalle organizzazioni internazionali agli Stati,<sup>[14]</sup> sia le regole che gli stessi poteri ultra-statali devono rispettare. L'applicazione extraterritoriale del diritto interno dello Stato è sempre più frequente, soprattutto se si pensa alla *domestic administrative regulation*; difatti, le regole imposte dagli Stati hanno sempre avuto un impatto anche esterno alla giurisdizione domestica. Negli ordinamenti giuridici più moderni ed avanzati la regolazione amministrativa statale ha assunto una dimensione massima e, nello stesso tempo, impatta su un mondo economico profondamente complesso e ricco di scambi commerciali a livello mondiale. Sugli operatori economici multinazionali viene così a gravare una *foreign administrative regulation* adottata ed eseguita da autorità amministrative nazionali, ma incidente su diritti privati di soggetti stranieri all'ordinamento giuridico interno. In questa circostanza le imprese estere si trovano a dover fronteggiare una pluralità di diritti amministrativi diversi; tale circostanza potrebbe costituire un limite al processo di sviluppo e di integrazione economica. Generalmente il diritto amministrativo interno salvaguarda la libertà d'impresa nei confronti della regolazione stessa. Da questi problemi specifici scaturisce l'esigenza dell'impresa straniera di essere tutelata attraverso valori e principi di diritto amministrativo comuni a più ordinamenti, soprattutto quando la funzione protettiva viene attivata dinanzi ad un tribunale (o un arbitro) internazionale.

Così il GAL incide sul diritto amministrativo nazionale (*domestic administrative regulation*) andando a costituire un nocciolo duro in grado di tutelare la libertà d'impresa e lo sviluppo economico. Negli ultimi anni il GAL ha conosciuto una significativa espansione, attualmente riguarda moltissimi settori; data l'ampia gamma delle fonti del GAL è necessario individuare alcuni elementi di base. In alcuni casi si tratta di elementi che costituiscono parte del diritto pubblico internazionale; in altri, si tratta di situazioni che hanno effetti normativi sugli attori interni al sistema e che devono seguire norme procedurali. I rapporti tra diverse istituzioni amministrative e l'esercizio delle attività di *governance* delle stesse incentiva l'applicazione di molteplici *standards* del GAL. Innanzitutto si è affermato per la diffusione di principi e norme riguardanti la procedura in via generale, a tutela dei valori che sovrintendono il procedimento amministrativo, senza tralasciare, chiaramente, valori che riguardano il diritto sostanziale come i diritti umani, lo sviluppo sostenibile, la giustizia sociale e così via. Secondo parte della dottrina

l'attenzione del GAL al procedimento limita lo spirito di revisione radicale e rafforza le strutture di potere esistenti e le ineguaglianze.<sup>[15]</sup> Il procedimento che determina il provvedimento in qualsiasi istituzione si caratterizza per le regole relative alla partecipazione. In molti casi le regole esterne possono influenzare le stesse regole interne relativamente alla tipologia e alla profondità della partecipazione stessa. Regole interne ed esterne possono riguardare anche la partecipazione ad aspetti correlati alla decisione come ad esempio i pareri propedeutici (vincolanti e non vincolanti) o i procedimenti prodromici alla decisione definitiva. Un'ampia partecipazione al procedimento potrebbe richiedere un'apertura all'esterno di informazioni su larga scala accessibili al pubblico, una sorta di accesso civico diffuso. Ci sono numerosi esempi di norme pattizie che tutelano espressamente i principi di partecipazione e trasparenza ma si riscontrano prassi e meccanismi non convenzionali che riguardano le autorità globali. Vi sono sicuramente modelli e livelli molto differenziati nelle pratiche applicative. La WTO nella realizzazione degli accordi impone alcune formalità procedurali per una vasta gamma di settori commerciali. Il GAL dimostra di essere largamente influenzato dai poteri economici e finanziari ma è fortemente impregnato di democrazia e legalità. Il diritto amministrativo dell'economia si occupa di regolamentare i mercati finanziari incidendo fortemente sulla realtà economica con misure di vigilanza e di controllo e pone argini all'esercizio dei poteri privati nel mercato, stabilire norme per le funzioni attribuite alle autorità per la supervisione delle banche, delle assicurazioni e dei prodotti finanziari o dell'applicazione delle regole *antitrust*.

#### 4. Conclusioni

Il tema della globalizzazione offre spunti di riflessione alla ricerca dei fattori che hanno determinato uno squilibrio nella bilancia della giustizia sociale. Poiché il mercato si caratterizza per l'assenza di uno spazio complessivo delimitato, nell'attuale società globale, si avverte la carenza di una qualsiasi forma di governo politico in senso democratico, mentre si tende a ricercare una legittimazione economica delle regole. Accanto alla crisi della rappresentanza politica nelle più grandi democrazie occidentali<sup>[16]</sup> si avverte la clamorosa **avanzata dei populismi**<sup>[17]</sup>, essa deriva principalmente dal disagio di una classe media, che da un lato percepisce l'incremento della ricchezza della classe benestante, dall'altro vive i ceti emergenti provenienti dai paesi più poveri come "invasori" alla disperata ricerca di fortuna.

In risposta a queste dinamiche pervasive della sfera nazionale (in)sorge un nuovo



modello di nazionalismo definito in chiave moderna “*sovranismo*”; non è certo un gioco di parole che modifica i concetti.[18] La campagna elettorale del candidato alla Presidenza degli Stati Uniti d’America è stata improntata al grido *America first*; certi proclami lasciano temere la rincorsa ad una sorta di neo-feudalesimo. Il successo politico che sta riscuotendo il nazionalismo economico giunge all’apice di una crescente insoddisfazione nei confronti dei mercati globali.[19] Un ruolo primario è svolto dal **dialogo tra autorità antitrust a livello globale** con l’intento di coordinare i rispettivi interventi riguardo a illeciti concorrenziali che hanno una dimensione transnazionale, ma anche di promuovere in paesi extraeuropei il rispetto delle regole di garanzia della concorrenza.[20] Un problema pressante in ambito domestico consiste nella **frammentazione dell’interesse nazionale**: ad esempio il Presidente degli Stati Uniti d’America, alzando barriere doganali all’importazione di acciaio dall’estero ha sicuramente privilegiato i produttori di acciaio degli Stati Uniti ma ha contemporaneamente svantaggiato altre imprese nazionali che si approvvigionavano di quella stessa materia prima ad un prezzo inferiore.[21] In realtà il concetto di Stato non è mai stato recessivo nell’era della globalizzazione, anzi, si è arricchito. Sul tema della ingovernabilità mondiale si assiste al crescente squilibrio tra la potenza economica concentrata nelle grandi imprese di pochi paesi e il potere politico frammentato tra circa duecento Stati. La globalizzazione ha indebolito l’azione riequilibratrice degli Stati, si avverte, pertanto, il bisogno di una autorità politica globalizzata.

L’UE[22] non sembra pronta a sfruttare il vantaggio competitivo derivante dal conclamato *soft power*[23] per diventare elemento trainante della riforma degli assetti vigenti; d’altra parte il progetto politico euro-unitario non è mai decollato. La nuova amministrazione americana, invece, interviene adottando regole *global*, guadagnando così nuova centralità nello scacchiere internazionale.

#### *Note e riferimenti bibliografici*

[1] R.B. STEWART: “*In liberal democratic societies, administrative regulation is itself regulated by administrative law*”, *U.S. Administrative Law: A Resource for Global Administrative Law?*, New York University, Discussion Draft ([link](#)).

[2] N. BOBBIO, “*Il compito degli uomini di cultura è più che mai oggi quello di seminare dei dubbi, non già di raccogliere certezze. Di certezze - rivestite della fastosità del mito o edificate con la pietra dura del dogma - sono piene, rigurgitanti, le cronache della pseudo-cultura degli improvvisatori, dei dilettanti, dei propagandisti interessati. Cultura significa misura, ponderatezza, circospezione: valutare tutti gli argomenti prima di pronunciarsi, controllare tutte le testimonianze prima di decidere, e non pronunciarsi e*

*non decidere mai a guisa di oracolo dal quale dipenda, in modo irrevocabile, una scelta perentoria e definitiva.*”, *Politica e cultura*, Biblioteca Einaudi, 2005.

[3] E.H. KANTOROWICZ, *Selected Studies*, Augustin, 1965.

[4] Il termine va distinto da quello di **mondializzazione** che rappresenta la nascita nel sistema delle Nazioni Unite delle organizzazioni internazionali, destinato a realizzare un sistema organizzativo di servizi pubblici internazionali realizzando gli interessi dell’umanità suscettibili di tutela nell’ipotesi di grandi violazioni in materia di “*crimes*” e “*gross-violations*”, l’estensione dello spazio della giurisdizione penale internazionale, l’attivazione del “*world order*”.

[5] Per paesi **industrializzati più avanzati** si intendono gli Stati classificati ad “**economia avanzata**” dal Fondo monetario internazionale (cfr. World Economic Outlook Database, dati settembre 2011 *on line* su <http://www.imf.org>). L’uso del termine non implica, dunque, alcun giudizio di valore.

[6] Si può evidenziare l’opposto fenomeno del “**costituzionalismo globale**”. Con tale espressione si intende sia un processo costituzionale fondato su testi costituzionali nazionali, convergenti e comparati intorno a valori democratici sia una “*potestas decidendi*” internazionale organizzata intorno a “gruppi di Stati dirigenti” (cd. *leadership*). Il costituzionalismo contemporaneo sembra occuparsi principalmente dei fattori economici come capitali, merci, servizi, mentre sottovaluta tutte le teorie dei diritti umani. Questa discrasia provoca inevitabilmente uno scompensamento in favore del diritto dell’economia rispetto ai diritti fondamentali dell’individuo.

[7] La dottrina ha realizzato studi approfonditi sul concetto di diritto amministrativo europeo e sulla comparazione di quest’ultimo con i sistemi regolatori globali. Sull’argomento si veda *La formazione del sistema amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, Milano, Giuffrè, 2014, p. 45 ss.

[8] Nello scenario globale vi sono le *transnational non-governmental organizations* (Ngos): organizzazioni private che perseguono un pubblico interesse: la tutela ambientale, dei consumatori, la garanzia dei diritti fondamentali, la lotta contro il traffico di armi e altri obiettivi d’interesse transnazionale. Queste organizzazioni sono capaci di concorrere alla produzione normativa perché dispongono di una qualità organizzativa fondamentale: la trans-nazionalità, ossia la capacità di essere trasversali agli Stati.

[9] Lo spazio giuridico è de-territorializzato e de-politicizzato soprattutto in relazione ad alcuni settori del diritto: *lex mercatoria*, *lex digitalis*, *lex sportiva*.

[10] L’idea di una protezione globale di alcuni valori non è nuova, per esempio è prassi diffusa introdurre nei trattati sul commercio mondiale le cosiddette clausole sociali, condizionando l’apertura dei mercati al rispetto di *standards* in materia di lavoro. Gli Stati Uniti nel caso “**gamberetti e tartarughe**” si rifiutarono di importare gamberetti da paesi che li catturavano con reti che causavano la morte di tartarughe marine, specie in pericolo di estinzione. In quel caso si affermò il principio che **la tutela degli interessi ambientali globali** deve prevalere sugli interessi commerciali. Così, stabilendo un legame tra ambiente e commercio gli Stati si trasformano in soggetti agenti per **la cura dell’interesse ultra-statale**.

[11] Il giudice di *common law* sembra rispondere meglio alle nuove prospettive proprio per l’abitudine ad essere già fonte del diritto, invece, il giudice di *civil law* considerato “*bouche de la loi*” si trova maggiormente in crisi di fronte alle responsabilità di *law maker*. Il principio dello *stare decisis* e la partecipazione della giuria permettono al giudice statunitense di esercitare correttamente una funzione di interpretazione ed adeguamento del diritto alla realtà pratica della società senza venir meno al rispetto del primato del principio di legalità. Sul tema D. BIFULCO, *Giurisdizione, potere legislativo e potere esecutivo*, in O. ABBAMONTE (a cura di), *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della Magistratura italiana*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 84: “*la chiave di volta del suo pensiero va individuata laddove egli nota che non v’è libertà se il potere giudiziario non è*

*separato dal potere legislativo e da quello esecutivo”.*

[12] L’interazione tra i sistemi di tutela e il rapporto tra le Corti richiederebbe uno sviluppo maggiore che per ragioni di economicità della trattazione viene volutamente rinviato. Tuttavia il tema del ricorso al diritto straniero e al diritto internazionale è stato trattato in maniera esaustiva da H.H. KOH, *The United States Constitution and International Law*, in *American Journal of International Law*, 2004. Il compito del giudice si fa sempre più difficile poiché emerge in modo significativo la complessità nel conciliare valori e interessi che oltrepassano i tradizionali confini degli ordinamenti nazionali.

[13] Per M.S. GIANNINI la scienza del diritto amministrativo altro non è che la riflessione scientifica sul proprio oggetto e cioè sul diritto amministrativo, il diritto amministrativo globale e il diritto amministrativo europeo non esistono in senso specifico, in quanto non vi è una globalizzazione politica magari sotto l’egida dell’ONU o della UE.

[14] L’Organizzazione Mondiale del Commercio (**World Trade Organization, WTO**), a cui aderiscono, alla data del 26 giugno 2014, 160 Paesi, è nata nel 1995 per sostituirsi al **GATT (General Agreement on Tariffs and Trade)** che dal 1948 al 1994 è stato lo strumento per facilitare e regolamentare il commercio internazionale. L’obiettivo dell’Organizzazione è la progressiva liberalizzazione del commercio mondiale, da perseguire con lo strumento della negoziazione di accordi commerciali tra i governi dei Paesi membri. I principi generali cui si ispira l’Organizzazione riguardano la non discriminazione nel trattamento concesso ai beni provenienti dai diversi Paesi membri; uguale trattamento riservato ai beni importati rispetto ai beni nazionali; determinazione di regole commerciali prevedibili e stabili. Le regole, che sono a fondamento dell’attuale sistema OMC, sono prevalentemente il risultato del ciclo negoziale.

[15] B.S. CHIMNI, *International Law and World Order, A Critique of Contemporary Approaches*, Cambridge University Press, April 2017.

[16] Sul rapporto tra globalizzazione, comparazione e crisi della rappresentanza si veda T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell’età della globalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

[17] *“Populism is a loose label that encompasses a diverse set of movements. Today populism spans a wide gamut of political movements, including anti-euro and anti-immigrant parties in Europe, and Syriza and Podemos in Greece and Spain, respectively, Trump’s antitrade nativism in the US, the economic populism of Chavez in Latin America, and many others in between”* (D. RODRIK, *Populism and the economics of Globalization*, *Journal of International Business Policy*, 2018).

[18] Il Cambridge Dictionary lo definì la parola dell’anno per il 2017. Il populismo ha dato voce all’ansia economica prodotta dal processo di globalizzazione nelle classi sociali penalizzate da quest’ultima; al contempo, rappresenta la reazione alla messa in discussione delle identità culturali tradizionali da parte delle innovazioni indotte dal processo di globalizzazione. **Il populismo è un movimento contro l’élite (la casta)** che si ritiene abbia approfittato della propria posizione di dominio.

[19] In ambito domestico non mancano le reazioni contro l’apertura dei mercati. Sono emblematiche le reazioni protezionistiche della categoria di tassisti e noleggiatori di fronte alla spinta competitiva proveniente da piattaforme *web* come **Uber**, ai tentativi di introdurre freni all’espansione della *sharing economy*, all’opposizione nei confronti dell’implementazione della *“direttiva Bolkestein”* sulla liberalizzazione dei servizi.

[20] *“Leaving the adjustment to market forces alone is not a sensible option. Deliberate policies are needed. The key issue is finding the right balance between protecting people on the one hand and, on the other, ensuring that various actors have the capacity and incentives to change. It seems to us that, particularly in the UK and the US, too little attention has been given to sharing risks while in some other countries, such as Finland, stronger incentives to adjust would be needed”* (*Globalization may soon accelerate again - time to get domestic policies right*, R. BALDWIN, V. VIHRIÄLÄ, 19 December 2017,

<http://voxeu.org/>).

[21] L'atteggiamento “duro” dell'Amministrazione USA si ricollega ad una strategia volta ad ottenere un vantaggio nella rinegoziazione degli accordi bilaterali in essere (c.d. **brinkmanship**).

[22] *“There has been a backlash against globalisation and international cooperation in recent years. In Europe, Brexit and Euroscepticism have challenged the notion of the European Union (EU) as a political construct based on shared sovereignty, freedom of movement across borders and economic integration under a common legislative framework. In the United States, meanwhile, the benefits of free trade have been openly called into question. Europe was generally believed to be under the greatest threat from this trend. Even if the United States were to retreat from globalisation, that would not undermine the integrity of the country itself. In the case of Europe, however, the EU and the commitment to shared values and an open society are in many ways inseparable”* (B. COEURÉ, *Taking back control of globalisation: Sovereignty through European integration, Schuman Report on Europe*, 28 March 2018).

[23] Il “diritto mite”, che non solo spoglia il diritto dell'antico e implacabile attributo della durezza, ma gli nega aggressività, non forza, e lo proietta appunto verso soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principi a loro favore. Il diritto incontra così una realtà nella quale il pluralismo non è solo un fatto, ma un valore al quale dev'essere offerto un quadro istituzionale adeguato. Qui la riflessione sul diritto s'intreccia, inevitabilmente, con quella sullo stato e sull'organizzazione sociale. Lo stato non è più quello “monoclasse” del secolo passato, sulla cui logica si è venuta modellando la struttura dell'intero ordinamento giuridico: è quello stato “pluriclasse” (S. RODOTÀ - N. BOBBIO, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, 1992, recensione al saggio di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992).

# LA PROVA PENALE NELLE INDAGINI DIFENSIVE. ANALISI COMPARATA DEGLI STRUMENTI PROCESSUALI CONCESSI ALLA DIFESA NEI SISTEMI ITALIANO E STATUNITENSE.

*Il filone normativo e giurisprudenziale in tema di indagini difensive si presenta incerto. Ben 18 anni dopo l'entrata in vigore della legge n. 397/2000, un lungo processo evolutivo ha visto una gestione travagliata del sistema delle investigazioni difensive. L'analisi del sistema americano aiuterà ad evidenziare le soluzioni di metodo.*

autore **Mariangela Miceli**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

**Sommario:** Premessa: sul panorama normativo interno e internazionale; 1. L'evoluzione normativa interna dell'investigazione difensiva; 2. La prova nelle indagini difensive nel sistema americano; 3. Accertamento delle verità processuale vs fair trial; 4. Le indagini difensive all'estero; 5. Conclusioni.

## **Premessa: sul panorama normativo interno e internazionale**

Il diritto processuale penale è quel corpus normativo che si occupa di tutte le attività dirette ad attuare il diritto penale, tant'è che, infatti, si parla di strumentalità del processo penale rispetto al diritto penale sostanziale.

Tradizionalmente, i sistemi processuali sono distinti in inquisitori ed accusatori, pur se si tratta di una classificazione meramente dottrinale, elaborata sulla base di caratteristiche di ordinamenti giuridici vigenti in un determinato periodo storico.

Nei sistemi inquisitori, in genere, si assiste al c.d. cumulo delle funzioni processuali: in altre parole, in capo ad un unico organo si concentra sia il potere di acquisire che quello di valutare la prova, con una conseguente marcata valorizzazione della presunzione di colpevolezza, con poco spazio per una effettiva contrapposizione dialettica tra accusa e difesa; nei sistemi accusatori, invece, il procedimento penale è ispirato al principio del contraddittorio nella formazione della prova, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, dinanzi al quale assume rilevanza la presunzione di non colpevolezza dell'imputato.

Vale la pena evidenziare in questa sede come un'ulteriore caratteristica del sistema accusatorio sia l'iniziativa probatoria di parte (diritto di difendersi provando), espressione del potere (e della facoltà) dell'accusa e della difesa di ricercare ciascuna gli elementi probatori necessari a sostenere le proprie posizioni.

Ciò posto, non vi sono dubbi che il difensore impegnato nella ricerca della prova debba godere di un forte senso di accuratezza e di analisi giuridica per poter rinvenire nelle pieghe delle indagini quanto in modo naturale tende ad occultarsi [1], tanto più che l'attività di indagine cела *in re ipsa* la possibilità di invadere innumerevoli diritti statuiti dalla stessa Carta costituzionale, quali, ad esempio, la libertà personale, quella del domicilio, nonché il diritto alla riservatezza.

Pertanto, ogni attività investigativa (quale ispezioni, perquisizioni, sequestri ed intercettazioni) deve essere svolta entro specifici confini normativi.

In tema di indagini difensive ci si muove, però, su un terreno difficile, come dimostra la circostanza che, a distanza di ben 18 anni dall'entrata in vigore della L. 397 del 2000, siamo lontani dal vedere un'applicazione vera e concreta di quanto disposto dall'art. 111 della Costituzione in tema di giusto processo[2].

Esaltare la prospettiva individualistica del diritto di difesa allo scopo di ottenere maggiori poteri espone a fragilità "sistemiche": ritenere che l'investigazione difensiva debba esistere allo scopo di bilanciare l'opposta indagine pubblica conduce a quella riduzione delle distanze che non soddisfa le esigenze costituzionalmente orientate. Se, infatti, il metodo di formazione della prova deve porsi al centro della struttura processualistica, allora il semplice limare le distanze dal giudice può tradursi nell'attribuzione di poteri processuali tesi a formare unilateralmente le prove.

Si tratta di una direzione che tradisce la guida costituzionale e chiede un correttivo.

Il diritto di "difendersi indagando" nasce, infatti, dal diritto di difesa sotto la declinazione del diritto alla prova. In sintesi, per contraddire è necessario conoscere, proprio perché il processo penale è quel procedimento volto ad accertare la responsabilità penale in ordine al fatto dell'imputazione. Per raggiungere tale obiettivo, il P.M. dovrà dimostrare che il fatto è riferibile all'imputato e che sia stato lui a commetterlo al di là di ogni ragionevole dubbio. Accertare il fatto di reato ed appurarne le dinamiche significa che se ne deve dar prova, ai sensi di quanto disposto dall'art. 187 c.p.p.



## 1. L'evoluzione normativa interna dell'investigazione difensiva.

All'interno del codice di procedura penale del 1930 le investigazioni difensive non trovarono riconoscimento alcuno, in quanto il difensore era considerato un mero garante dei diritti dell'imputato, in relazione alle attività svolte dal P.M. e dal giudice nel corso del processo.

Il diritto alla prova - e, per contro, il diritto alle indagini difensive - era fortemente condizionato da una prassi limitatrice: ad esempio, il difensore che avesse avuto colloqui sui fatti di causa con persone indicate quali testimoni, veniva considerato censurabile sotto il profilo disciplinare e deontologico. Va da sé che il colloquio con un potenziale testimone fosse in qualche modo vietato e la difesa per poterli sentire si sarebbe dovuta rivolgere alla P.G..

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1988 si ha l'inizio del cambiamento; la "delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale", inserita nell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81, conteneva infatti disposizioni che miravano a realizzare nel nuovo codice il sistema accusatorio, secondo principi e criteri quali la "massima semplificazione nello svolgimento del processo", l'"adozione del metodo orale" e la "partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento".

Il legislatore, a dispetto di una disciplina analitica e minuziosa dell'attività investigativa svolta dal P.M. e dalla P.G., contenuta nel Libro V del codice di rito, riservava alle indagini difensive però un'unica disposizione - peraltro collocata all'interno delle disposizioni d'attuazione - approvate con d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 - ovvero l'art. 38, rubricato "Facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova" e collocata tra le "Disposizioni relative alle parti private e ai difensori". Tale norma, al comma 1, si limitava a disporre che *"al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'art. 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni"*.

Al comma 2 puntualizzava che tale attività potesse *"essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati"*. Tuttavia, la norma si presentava lacunosa, poiché il legislatore si limitava a determinare il diritto di difendersi tramite lo svolgimento di un'indagine privata, senza indicare nulla circa le persone contattabili dal



difensore, le modalità dei colloqui e la relativa documentazione, né sul regime di utilizzabilità processuale dei risultati delle investigazioni compiute dal difensore o dai suoi ausiliari.

Pertanto, l'art. 38 disp. att. si traduceva, diversamente da quanto la sua collocazione voleva indicare presentandola come norma di attuazione del diritto di difesa, in una mera norma programmatica, priva di un contenuto precettivo innovativo.<sup>[3]</sup>

Da qui le prese di posizione della giurisprudenza, che, in merito alle indagini difensive, sono rinvenibili in due orientamenti la cui linea di demarcazione può essere considerata la legge 332 dell'8 agosto 1995 che, con le innovazioni apportate all'articolo 38 delle norme d'attuazione, ha riformulato gli orientamenti giurisprudenziali fino a quel momento accolti. Prima che il legislatore intervenisse in favore della posizione difensiva con la legge sopra citata, si era consolidata una profonda discrasia tra accusa e difesa, in virtù della c.d. "teoria della canalizzazione", affermata come la ratio comune di ogni decisione. Tale tesi affermava in sintesi che il difensore potesse solo ricercare ed individuare i mezzi di prova senza avere la possibilità di acquisirli, ritenendosi che per tale attività fosse preposto il solo pubblico ministero. Ne conseguiva che ad esso non restava altro da fare che "canalizzare" il thema probandum verso il pubblico ministero, per sollecitarlo all'acquisizione, in virtù dell'obbligo previsto dall'articolo 358 c.p.p.

Va da sé che tale tipo di orientamento fosse coerente con la scelta codicistica di attribuire al magistrato del pubblico ministero una funzione difensiva ex articolo 358 c.p.p. e non vi erano soluzioni alternative, a fronte della vaghezza dell'articolo 38 delle norme di attuazione che si limitava ad un'enunciazione di principio e per nulla descrittiva, pur essendo l'unica disposizione in merito.

Poiché il difensore non rivestiva la qualifica di pubblico ufficiale, essendo così escluso dall'applicazione delle norme previste in materia di false informazioni al magistrato ex art. 371 bis c.p. e falsità in atti ex artt. 476 e 479 c.p., non dava adeguate garanzie di attendibilità e autenticità. Il nodo centrale poggiava sull'assunzione di informazioni da persone informate, che venivano considerate mere scritture private non affidabili quanto alla loro genuinità.<sup>[4]</sup>

Perciò si potevano riscontrare perplessità di carattere sia oggettivo che soggettivo alla base di quella interpretazione giurisprudenziale fortemente restrittiva dell'articolo 38 att., riassumibile nella nota "teoria della canalizzazione".

Un primo miglioramento si ebbe, come già sopra accennato, con la legge 332 dell'8 agosto 1995: la novella legislativa, infatti, diede spunto ad un'interpretazione autentica alla norma di attuazione. Furono aggiunti all'articolo 38 att. i commi 2 bis e 2 ter, nei quali si precisava che il difensore potesse presentare “direttamente al giudice” gli elementi ritenuti utili ai fini della decisione da adottare e che questi poi sarebbero confluiti nel fascicolo delle indagini. La giurisprudenza dovette prendere atto dell'intervento chiarificatore e cambiare la propria posizione, a beneficio di un riequilibrio del rapporto accusa – difesa.

La diretta conseguenza fu una rielaborazione della facoltà di svolgere indagini difensive, tale che il difensore poteva ricercare, individuare ed anche acquisire i mezzi di prova. A tale proposito la Suprema Corte stabilì che *“gli atti investigativi compiuti dal difensore ai sensi dell'articolo 38 disp. att. c.p.p., essendo formati da un soggetto del procedimento nell'esercizio di una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento al fine di essere esibiti al giudice, che ha il dovere di prenderli in considerazione al momento della decisione, hanno il valore di atti del procedimento, per cui il loro risultato probatorio è utilizzabile tanto quanto quello degli atti di indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero”*, tuttavia, *“La valutazione del contenuto degli atti investigativi della difesa rimane affidata al prudente apprezzamento del giudice, il quale, nell'esercizio del suo libero convincimento<sup>63</sup>, deve comunque tenere conto della diversità di disciplina esistente tra l'indagine condotta dal titolare della funzione d'accusa e quella del difensore, ed in particolare della circostanza che gli elementi forniti dalla difesa sono circondati da una minor garanzia di veridicità, dato che alle dichiarazioni raccolte ai sensi dell'articolo 38 disp. att. c.p.p. non si applicano gli articoli 371bis, 476 e 479 c.p., né le rigorose modalità di documentazione cui devono attenersi gli organi inquirenti”*.

Il difensore poteva svolgere la propria indagine privata, essendo libero di ricercare, individuare, acquisire i mezzi di prova e quindi formare e presentare la prova ma, unico inconveniente di non poco conto, il giudice l'avrebbe considerata meno genuina, meno attendibile.<sup>[5]</sup> Mancava ancora un passo decisamente importante per avvicinarsi ad una lettura costituzionalmente orientata del diritto di difesa: fare in modo che i giudici valutassero con lo stesso metro di giudizio gli atti presentati dal difensore e quelli forniti dal magistrato del pubblico ministero.

Il contesto evolutivo normativo delle indagini difensive ha coinvolto anche figura del

difensore-avvocato che, da semplice garante della persona assistita, ha assunto un ruolo ben più dinamico, potendo far accertare, raccogliere e, infine, poter far valere nel corso del contraddittorio processuale elementi in grado di acquisire valenza probatoria utile alla difesa del proprio assistito: invro, prima della novella legislativa introdotta con la legge 397/2000, l'indagato, soprattutto nella fase delle indagini preliminari, non veniva posto nelle condizioni di intraprendere alcuna azione difensiva idonea a configurare elementi probatori da contrapporre alla pubblica accusa.

Nel disegno di legge n. 2849 del 10 luglio 1997, fu presa in considerazione l'ipotesi che molti processi, attraverso gli opportuni interventi difensivi, avrebbero ridotto l'iter temporale di definizione.

Ciò si sarebbe reso possibile attraverso la modifica delle norme di cui all'art. 369 c.p.p., inviando all'indagato, contestualmente all'iscrizione del suo nome nel registro delle notizie di reato, l'informazione cosiddetta di garanzia.

Un atto squisitamente di carattere garantista che, però, non vide mai la luce. L'attuale art. 369 c.p.p., infatti, al suo primo comma dispone che *“solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha il diritto di assistere, il pubblico ministero invia per posta, impiego chiuso raccomandato con ricevuta di ritorno, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, una informazione di garanzia con indicazione delle norme di legge che si intendono violate, della data e del luogo del fatto e con invito a esercitare la facoltà di nominare un difensore di fiducia”*.

Quindi, come ben si può notare, neanche la modifica apportata successivamente dalla legge 332 del 1995, che arricchiva l'art. 38 disp.att. di ulteriori due commi, il 2 *bis* e il 2 *ter*, attribuendo al difensore la facoltà di presentare direttamente al giudice gli elementi probatori rilevanti raccolti, favorì di fatto un miglioramento della disciplina.

Anzi, in conseguenza dell'inasprimento del dibattito giurisprudenziale sorto a seguito della modifica dell'art. 38 disp. att. c.p.p., nuove e significative modifiche furono introdotte a seguito del varo della legge 479/1999 la c.d. “Legge Carotti”, recante *“Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense”*.

La legge conteneva disposizioni che interessavano le indagini difensive, in particolare il

nuovo art. 415 bis c.p.p., secondo il quale l'avviso di conclusione delle indagini preliminari – fatto notificare dal pubblico ministero, qualora non debba formulare richiesta di archiviazione, alla persona sottoposta alle indagini e al difensore prima della scadenza del termine previsto dall'art. 405, comma 2, c.p.p., anche se prorogato – deve tra l'altro contenere l'avvertimento che l'indagato ha facoltà entro il termine di venti giorni, di *“presentare memorie, produrre documenti, depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore”*. Nondimeno, anche l'art. 431 c.p.p., già disciplinante la formazione e il contenuto del fascicolo per il dibattimento, veniva aggiornato con l'aggiunta, al comma 2, della seguente previsione *“Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva”*. Lo stesso precetto veniva inserito nell'art. 493, comma 3, c.p.p. in tema di richieste prova, e nell'art. 555, comma 4, c.p.p. in relazione al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica.

Fu operato, così, un significativo passo in avanti a favore del riconoscimento delle indagini difensive, concedendo, ad esempio, alla persona sottoposta alle indagini ed alla parte offesa di rilevare l'incompetenza territoriale del pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari.

Infine, è con l'entrata in vigore della L. 397/2000 che si è ottenuta una disciplina unitaria e dettagliata delle investigazioni difensive: abrogato l'art. 38 delle disposizione di attuazione, il legislatore ha dettagliato gli elementi oggettivi di cui deve essere composto il verbale che il difensore redigerà, e su cui poggerà la validità dello stesso, così come la previsione di cui all'articolo 391 *quater* c.p.p. che offre la possibilità di richiedere alla Pubblica Amministrazione la documentazione utile ai fini delle indagini; inoltre, per quanto concerne l'accesso ai luoghi pubblici o aperti al pubblico al fine di visionarli, procedere alla loro descrizioni ed eseguire eventuali rilievi (quando si rende necessario accertare l'esistenza tracce e effetti materiali del reato) è precisato che, qualora non vi sia il consenso della persona che ha la disponibilità del luogo, l'accesso è consentito solo se autorizzato dal giudice; qualora, infine si tratti di accertamenti tecnici non ripetibili, si applica la disposizione ex art. 391 *decies*, terzo comma c.p.p., mentre, ai sensi dell'articolo 391 *nonies* c.p.p., la possibilità di eseguire attività investigativa preventiva, nell'eventualità che si instauri in procedimento penale, rende possibile il compimento di indagini a prescindere dall'esistenza di un procedimento penale.

Appare evidente, dunque, come, con l'avvento delle indagini difensive, il ruolo dell'avvocato si sdoppi: non è più solo il difensore che passivamente contraddice nell'oralità del dibattimento, ma è parte attiva e dinamica nella ricerca delle fonti di prova.

## **2. La prova nelle indagini difensive nel sistema americano**

Il sistema di diritto processuale penale negli Stati Uniti appare completamente differente rispetto al nostro .

In questa sede non appare inutile evidenziare come il sistema americano, appartenendo ad un sistema di common law, consista in una imponente sovrapposizione c.d. “*massive overlay*” di norme e sentenze, che vanno dalla Costituzione degli Stati Uniti, matrice fondante i diritti ed i principi a cui fanno riferimento le sentenze delle varie Corti, alle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti ed alcune norme a carattere federale, a leggi e sentenze statali che producono i loro effetti nei rispettivi Stati. La ricognizione delle fonti che regolano tale materia negli Stati Uniti trova perciò la sua limitazione nelle diverse normative che i 50 Stati hanno adottato nel corso del tempo.

Le indagini difensive nel sistema americano costituiscono un vero e proprio dovere per il difensore, i cui compiti non sono indicati all'interno di un codice, quanto piuttosto negli standards relativi alla *defense function* formulati dall'American Bar Association (A.B.A.). Al difensore si raccomanda di svolgere una tempestiva investigation sulle circostanze del caso che deve, tra l'altro, comportare sempre specifiche attività dirette ad ottenere le informazioni in possesso dell'accusa e delle autorità di polizia. Tale particolare tipo di indagini viene in considerazione come un profilo del diritto dell'imputato a sviluppare la propria difesa in giudizio anche attraverso l'autonoma presentazione di prove a discarico. In proposito, si può parlare di un vero e proprio diritto costituzionale, esplicitamente previsto in alcuni Stati e riconosciuto dalla Corte Suprema.

Vale la pena evidenziare che, al di là della previsione normativa delle indagini come dovere e diritto, non è prevista alcuna organica regolamentazione positiva né a livello legislativo, né delle *rules of court*, né delle regole deontologiche e neppure degli standards dell'A.B.A.: tutte le fonti intervengono solo a fissare i limiti dell'attività del difensore, la cui estensione trova unico fondamento nella prassi, determinata, in via di fatto, dalla struttura stessa del modello adversary.

Ne consegue che l'indagine difensiva si trasforma in uno strumento necessario per evitare che un processo di parti diventi processo di una parte sola e per garantire l'oralità e la concentrazione del giudizio, irrealizzabili senza un'accurata preparazione del materiale di causa, cosa che solo una previa investigazione può consentire. In particolare, il processo adversary, caratteristico dell'ordinamento statunitense, vede proprio nelle investigazioni difensive un momento fondamentale per il suo corretto funzionamento, basato sulla iniziativa delle parti nella ricerca, individuazione e presentazione dei mezzi di prova, e sulla formazione delle prove nel contraddittorio delle parti in un giudizio pubblico dinanzi alla giuria.

In un tale quadro risulta pleonastico osservare come le indagini del difensore siano, piuttosto che una facoltà, un dovere.

L'American Bar Association (A.B.A.) ha statuito degli standards relativi alla funzione difensiva, secondo i quali, appunto, è dovere dell'avvocato difensore condurre una tempestiva investigation.<sup>[6]</sup>

Per quel che concerne l'impugnazione per ineffective assistance, si verifica la stessa scarsa applicazione in quanto si tratta di mezzo di impugnazione difficilmente sostenibile e straordinario, c.d. collateral attack, quindi esperibile solo una volta ultimati i mezzi ordinari.<sup>[7]</sup>

Le indagini difensive, oltre a configurarsi come un dovere del difensore, si devono quindi ritenere un diritto della persona sottoposta a procedimento penale: senza le indagini difensive, un simile dettato costituzionale sarebbe lettera morta.<sup>[8]</sup>

### **3. Accertamento delle verità processuale vs fair trial**

Il processo italiano si focalizza sull'accertamento della verità processuale mentre il sistema americano struttura il processo attorno ad una regola fondamentale, quella del "fair trial", al fine di consentire un equo bilanciamento delle forze in gioco, tendendo quindi a quello che, in civil law, chiameremmo giusto processo.

Si tratta di un'impostazione, quest'ultima, non esente da difetti, poiché, nonostante consenta un maggior campo d'azione ai "giocatori" del processo penale, può verificarsi che il giudice rimanga a latere della decisione dell'imputato che si opponga all'istruzione di un procedimento penale per omicidio colposo scegliendo pertanto di essere giudicato per la sola imputazione di omicidio volontario. Una simile decisione, infatti, avrebbe

delle ripercussioni in sede di valutazione delle prove fornite dalle parti perché proprio in questo ambito si rivela, esprimendosi, il bagaglio culturale del giudice e il suo comportamento verso le parti e la loro ricerca della prova.[Washington v. Texas, 388 U.S. 14 (1967). Interessante la motivazione della Corte che ha esplicitamente richiamato, a sostegno di tale interpretazione, la clausola del due process e il diritto al fair trial.]

Nel processo italiano, dominato dal normativismo e dal principio del jura novit curia, i giudici invece detengono il monopolio in ordine a tutte le decisioni procedurali, consentendo una tensione verso la verità – pur se meramente processuale – che si presume dotata di migliori garanzie di un risultato affidabile. Il sistema americano, invece, è caratterizzato dall’oralità e dalla concentrazione processuale nel c.d. day trial, sgravato dal peso di enormi perizie, ctu e capace pertanto di lasciar assorbire alla giuria direttamente e immediatamente le prove all’atto della loro formazione.

Da ciò si può trarre una considerazione importante, anche al fine di sottolineare le differenze tra i due sistemi processuali: mentre In Italia si assiste, pur se in via eccezionale, ad un processo di formazione della prova unilaterale, al di fuori e anche precedente al processo penale ad opera delle parti, negli USA, invece, nonostante le molteplici pressioni che spingono difensore all’indagine privata, essa si traspone nella mera raccolta di elementi probatori da sottoporre alla giuria nel dibattimento, sede naturale del processo di formazione della prova.

Il modello americano “a inchiesta di parte”, si realizza, ad esempio, per quanto concerne le fonti dichiarative, nell’assoluta inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni al di fuori della sede dibattimentale, in ragione di un principio del contraddittorio forte che attribuisce credibilità alle sole dichiarazioni che si dimostrino tali dopo aver superato lo strumento della cross-examination.<sup>[9]</sup>

#### **4. Le indagini difensive all’estero**

Vale la pena a questo punto evidenziare il focus giurisprudenziale in merito alle indagini difensive all’estero, dal momento che la giurisprudenza nazionale esclude facoltà di investigazione difensiva all’estero, tanto più che l’unico mezzo idoneo ad evitare questioni sulla utilizzabilità delle prove raccolte all’estero per la giurisprudenza è quello della rogatoria (artt. 723 ss. c.p.p.).

Ma, la procedura rogatoria può essere attivata solo dai giudici e dall’organo Inquirente, per il tramite del Ministro della Giustizia, in virtù dell’art. 727, primo comma, c.p.p.: da



ciò discende che il difensore che vuole raccogliere una prova all'estero, al fine di preservarne l'utilizzabilità in sede giurisdizionale italiana, deve avanzare apposita istanza di attivazione della procedura rogatoria all'Autorità Giudiziaria o all'Inquirente.

Questo tipo di procedura comporta delle conseguenze non di poco conto: procedendo con l'istanza di attivazione, la Procura viene a conoscenza, prima dell'instaurarsi dello stesso processo, della strategia difensiva seguita dal difensore, così come l'Autorità Giudiziaria, avendo potere insindacabile sull'opportunità di attivare la procedura, potrebbe respingere la richiesta formulata dalla difesa.

Va da sé che il pubblico ministero non è obbligato in senso proprio a svolgere attività d'indagine a favore dell'indagato ed un'eventuale richiesta di incidente probatorio formulata al Giudice è soggetta a limiti più forti di quelli nazionali.

La Suprema Corte di Cassazione ha così ribadito che *“In relazione alla inutilizzabilità delle investigazioni difensive, deve rilevarsi che la stessa discende dai principi generali del codice di procedura penale e, pur non essendo esplicitamente affermato che il difensore non può recarsi all'estero a svolgere dette investigazioni, discende dall'ordinamento tale divieto, essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie. Poiché non è prevista la possibilità per il difensore di ricorrere alla rogatoria all'estero, ne discende che tale tipo di atto non è esperibile dal difensore mediante la disciplina prevista dall'art. 391 bis cpp ed egli ha l'obbligo di passare attraverso la richiesta al PM o al GIP, affinché costoro attivino la procedura della rogatoria internazionale. D'altronde, tramite le indagini difensive non è esperibile ogni tipo di atto: il legislatore ha limitato l'oggetto delle indagini all'assunzione di dichiarazioni, alla richiesta di documentazione, all'accesso ai luoghi, ma ad esempio non ha previsto la possibilità di effettuare accertamenti tecnici irripetibili, in relazione ai quali il difensore ha l'obbligo di inoltrare richiesta al PM”*.[\[10\]](#)

La rogatoria si rende necessaria quando un soggetto pubblico proceda ad attività d'ufficio oltre i confini nazionali. In merito, la dottrina, difendendo il principio di parità delle armi tra accusa e difesa come base del principio del contraddittorio affermato dall'art. 111 Cost., ritiene insostenibile la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza di legittimità: dall'art. 729 c.p.p. non si deduce un divieto implicito di ricerca difensiva di

prove pro reo al di fuori della rogatoria.

Non di discute tanto sul diritto all'indagine difensiva all'estero, poiché questo è ritenuto pacifico: il difensore può individuare *extra moenia* persone che riferiscano circostanze utili e può conferire con le stesse per valutarne l'utilità a scopi difensivi, in sostanza può compiere il colloquio esplorativo ex art. 391 bis c.p.p. non documentato. Il problema è legato all'utilizzabilità o meno delle prove raccolte che in dottrina si ritiene possano essere utilizzate sulla scorta dell'art. 512 c.p.p.<sup>[11]</sup>

In altre parole, all'interno della materia esiste sì un generico diritto a compiere le indagini difensive, ma non risultano coordinate attraverso una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 512 bis e 431 c.p.p. ovvero attraverso la sottoposizione di una questione di legittimità alla Corte costituzionale sull'art. 391 bis c.p.p. per violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, sullo sfondo dell'enunciato principio di parità tra accusa e difesa nel contraddittorio.

## 5. Conclusioni

Appare evidente come in Italia il difensore debba ancora necessariamente riferirsi in fase difensiva al P.M., sia ad esempio per ottenere un'audizione della persona informata sui fatti che rimanga silente ai suoi appelli o per poter chiedere l'apposizione del vincolo di sequestro sui documenti di cui l'amministrazione ha impedito l'ostensione.

Probabilmente, un correttivo potrebbe essere quello di canalizzazione delle istanze difensive direttamente al gip che estrometta il pubblico ministero da qualsiasi "decisione" che influisca sulla strategia difensiva. In quanto organo *super partes*, il gip non avrebbe le tensioni di cui all'articolo 358 c.p.p., liberando così la difesa dell'onere di interagire, talvolta attuando una vera e propria *discovery* anticipata, con il medesimo soggetto dal quale ci si deve difendere.

[1] Cfr. CARNELUTTI, Principi del processo penale, Napoli, 1960, p. 172 "... a differenza del diritto civile, è il diritto dell'ombra".

[2] Tuttavia, secondo SPANGHER G., Il "giusto processo" penale, in *Studium iuris*, 2000, p. 256, il giusto processo è un'idea che dovrà prendere forma con il tempo in quanto traducibile come un orizzonte mai raggiunto né raggiungibile: "In altri termini, si tratta di una tensione verso la previsione di disposizioni sorrette da finalità di garanzia nella scelta delle diverse soluzioni processualmente possibili".

[3] PRESUTTI, Indagini difensive e "parità delle armi", in AA.VV., Studi in ricordo di

Gian Domenico Pisapia, Milano, 2000, p. 613, il quale afferma che “anche in questo caso, la pochezza del dato normativo racchiuso nel testo riformato dall’art. 38 disp. att .c.p.p. si regge sulla scelta politica di rimettere ad altro specifico intervento legislativo la configurazione organica della disciplina.

[4] FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., La prova nel dibattimento penale, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 169 e ss.

[5] Sul tema delle prove, vedasi CONSO G. – GREVI V. (a cura di), Compendio di procedura penale, Padova, Cedam, 2003, pag. 283 e ss.. Pur trattate brevemente, in PICCIALLI P., Il processo penale illustrato, Ed. Simone, Napoli, 2007, pag. 84 e ss., le tavole nr. 33, 34 e 35 rappresentano degli schemi relativi alle prove, ai mezzi di prova ed ai mezzi di ricerca della prova, utili ad una prima visione d’insieme del tema.

[6] Per una disamina del tema in lingua originale mediante lo studio dei casi *Wainwright v. Sykes* e *Reed v. Ross*, vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1186 e ss.

[7] GAMBINI MUSSO R., Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 202, che ricorda come vi sia “una certa chiusura all’affermazione del principio dell’accesso al diritto della difesa in sede di *collateral attack*”. Per una disamina del tema in lingua originale mediante lo studio dei casi *Wainwright v. Sykes* e *Reed v. Ross*, vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, cit.

[8] Individuata nel 14° Emendamento della Costituzione Americana, di cui si tratta più oltre. L’argomento viene ampiamente trattato da MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 764 e ss., ove si ricorda, tra l’altro che “a defendant in a criminal case has the right to ‘compulsory process for obtaining witnesses in his favor’”. Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi anche BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 333 e ss., e FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 13, 16 e ss.

[9] MUSSO R. G., Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti, cit., pag. 203.

[10] Cass. Pen. Sez. I, 19 giugno 2007, n. 23967, KANEVA, in Cass. Pen., 2008, p. 4707.

[11] Cfr. GRIFANTINI, Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive, Proc. pen. e giust., 2016, n. 6, pag. 4, nota 10.