



L'AVVOC@TO, UN NUOVO LUOGO DI CONDIVISIONE DI DOMENICO CALVELLI*

Poco più di tre anni fa nasceva la testata di cultura economica e giuridica Il Commerci@lista, destinata ad essere luogo di condivisione e di incontro di opinioni e contributi non solo per commercialisti, ma anche per avvocati, magistrati, docenti universitari, funzionari pubblici ed altri professionisti. L'Avvoc@to nasce con il medesimo spirito e con l'intento di condividere e diffondere la cultura giuridica in un Paese che resta ancora, nonostante tutto, la culla del diritto.

Le idee che stanno all'origine di queste testate gemelle sono esattamente l'inclusività e la condivisione, concetti indispensabili per un confronto serio, intellettualmente onesto e profondo sulle grandi tematiche del diritto, dell'economia e della giustizia.

Se è vero che l'Italia è la patria del diritto, è anche ahimè vero che è un Paese eccessivamente ricolmo di ogni sorta di normativa, talvolta contraddittoria o difficilmente interpretabile.

Lo storico, oratore e senatore romano Publio Cornelio Tacito (primo secolo dopo Cristo) affermava "corruptissima re publica plurimae leges", un monito che oggi dovrebbe far riflettere il Legislatore.

Uno Stato che norma ogni aspetto della vita del cittadino, che aumenta la casistica e la cavillosità delle leggi, che incrementa eccessivamente e sproporzionatamente le sanzioni, in ultimo non pone rimedio ai mali della società, perché parte dal principio della mala fede (esattamente il contrario del principio di buona fede che informa di sé le legislazioni dei maggiori Stati democratici e liberali dell'Occidente) del cittadino che, a quel punto, diviene né più né meno che un suddito assoggettato all'arbitrio piuttosto che al diritto.

Così la Legge, che non ammette ignoranza ("ignorantia legis non excusat"), impone ad ognuno l'onere di conoscere e di applicare le decine e decine di migliaia di norme vigenti nel nostro Paese (che negli altri Paesi occidentali non superano le poche migliaia). Proprio gli stessi tecnici del diritto e gli interpreti di prima linea, come i magistrati,

gli avvocati, i commercialisti, i notai, i funzionari pubblici debbono approfondire un sempre maggior impegno per poter affrontare con cognizione di causa questa vera e propria selva normativa.

Un docente universitario di cinquant'anni fa affermò con amara ironia che "l'Italia è il paese dall'eccesso di Leggi mitigato dalla loro naturale inosservanza", e questo -ribadisco- cinquant'anni fa, quando le Leggi erano molte meno di oggi; purtroppo questa non è per nulla una consolazione, anzi una bruciante sconfitta.

Per questo la condivisione della conoscenza giuridica assurge a principio ineludibile per potere, assieme, conoscere e far conoscere le posizioni culturali di ognuno e, un passo alla volta, contribuire a migliorare questo stato di cose.

**Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Biella, componente della Commissione Università del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili*



DALLA PROCEDURA AL PROCESSO DI PAOLO FERRUA*

L'articolo riproduce la lectio magistralis che il Prof. Ferrua ha svolto nella Biblioteca del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Cosenza in occasione della cerimonia per il conferimento dell'Albo d'onore al Prof. Giuseppe Riccio.

SOMMARIO: 1. Un illustre paradigma: lingua/parola. - 2. Sopravvivenze inquisitorie: l'acquisizione delle sentenze irrevocabili. - 3. Le sezioni unite della Cassazione e l'art. 526 comma 1-bis c.p.p. - 4. Immutabilità dell'accusa e qualificazione giuridica del fatto. - 5. La sentenza

Direttore responsabile: **Domenico Calvelli**

costituzionale sulle intercettazioni fortuite del Presidente della Repubblica: l'inammissibile sacrificio del contraddittorio. - 6. Nullità inoffensiva? - 7. Custodia cautelare: *in dubio contra reum?* - 8. Legge e interpretazioni.

1. Un illustre paradigma: lingua/parola

Il titolo della mia relazione 'Dalla procedura al processo' ricorda una celebre opposizione della linguistica: la distinzione di origine saussuriana tra lingua e parola (o discorso), ossia tra le regole sintattiche e semantiche di un linguaggio e i discorsi che si tengono in forza di tali regole. Nel settore processuale, alla lingua corrispondono le regole della 'procedura' contenute nella Costituzione, nelle fonti sovranazionali e nelle leggi ordinarie; alla parola o al discorso i singoli processi che si svolgono in base a quelle regole; non a caso, infatti, Giuseppe Riccio - in onore del quale si svolge l'incontro a cui ho la gioia di partecipare - ha trattato il tema nel capitolo 'Linguaggio' del suo bel libro *La procedura penale. Tra storia e politica*¹. Il processo è essenzialmente una pratica discorsiva, una successione di atti di parola, sebbene sia destinato, in caso di condanna, a legittimare l'uso della forza.

La lingua e le regole dovrebbero consentire di tenere sotto controllo, rispettivamente, i discorsi e i processi; ma, come esistono discorsi eversivi della lingua, altrettanto accade con i processi che non sempre rispettano le regole fissate dalla legge. Tuttavia, a differenza della lingua costituita da regole sufficientemente chiare ed omogenee, la cui trasgressione è facilmente individuabile, sul piano processuale il quadro si complica per due ragioni. Anzitutto, esiste una gerarchia per effetto della quale la legge ordinaria è invalida quando sia in contrasto con la Costituzione, anche se il potere di invalidarla compete solo alla Corte costituzionale e non al giudice ordinario. In secondo luogo, le regole processuali, anche a causa della molteplicità delle fonti nazionali e sovranazionali da cui derivano, sono spesso oscure, suscettibili di opposte

¹ G. Riccio, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010.

interpretazioni, talvolta contraddittorie tra loro; con il risultato che la stessa procedura penale come insieme di disposizioni coerenti si sta rapidamente de-costruendo, surrogata da un mutevole diritto giurisprudenziale; e vedremo quali inquietanti esiti possa produrre questa perdita di centralità della legge nel sistema delle fonti normative.

2. Sopravvivenze inquisitorie: l'acquisizione delle sentenze irrevocabili
Esamineremo, alla luce dell'opposizione tra procedura e processo, tre importanti temi: il contraddittorio, i vizi degli atti processuali e la libertà personale. Quanto al contraddittorio, può ormai dirsi acquisito che non risponda solo ad un diritto o a un interesse individuale, ma assuma un valore epistemico, come metodo di accertamento e, in particolare, di formazione della prova. È la prospettiva espressa con chiarezza dall'art. 111 Cost., che richiama due volte il contraddittorio: prima nel senso 'generico' o 'debole' dell'*audiatur et altera pars*, ossia come esigenza che ogni tema decisorio sia sottoposto all'esame delle parti; poi nel senso 'specifico' o 'forte' di metodo di formazione della prova, funzionale ad una corretta ricostruzione dei fatti.

Tuttavia, nonostante la legge sul giusto processo abbia adeguato in larga parte il codice di rito al nuovo testo dell'art. 111 Cost., sopravvivono alcune disposizioni poco compatibili col metodo del contraddittorio; di qui un persistente conflitto tra le regole procedurali della Costituzione e lo svolgimento dei singoli processi. Una di queste è l'art. 238-bis c.p.p. secondo cui «le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite [in altri processi] ai fini della prova del fatto in esse accertato». Nonostante la Corte costituzionale abbia ritenuto infondato il dubbio di legittimità², la disciplina è severamente criticabile per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché si attribuisce valore probatorio ad un atto che in nessun caso dovrebbe esercitare simile efficacia. Le sentenze non sono 'prove', bensì atti che valutano le prove, decidendo su una specifica controversia³, oltre la quale non 'provano' nulla⁴. Un conto sono le idee, gli

spunti argomentativi che può ispirare una sentenza; ogni giudice può leggerla attentamente, irrevocabile o no che sia, sfruttandola come modello di buona argomentazione, di analisi e di decifrazione dei dati, allo stesso modo in cui può riuscire utile la lettura di un qualsiasi testo letterario, dalla narrazione storica al romanzo poliziesco o alla fiaba. Altro è la pretesa di acquisirla in chiave probatoria, ossia di utilizzarla come premessa sulla quale fondare certe conclusioni in ordine ai fatti di cui si discute in un diverso processo. In sostanza, una sentenza può anche parafrasarne un'altra, a condizione che la motivazione regga sulle prove legittimamente acquisite nel relativo processo, indipendentemente dalla fonte a cui si è attinto per modellare il ragionamento decisorio.

In secondo luogo, la valutazione probatoria della sentenza irrevocabile si risolve in una lesione del contraddittorio. Acquisire la sentenza equivale ad acquisire le prove sulle quali essa si basa; ma il passaggio delle prove e, in particolare, delle dichiarazioni da un processo all'altro è ammissibile in quanto la difesa dell'imputato contro il quale si utilizzano abbia partecipato alla loro formazione. Non a caso l'art. 238 c.p.p. subordina l'acquisizione delle prove da altro procedimento penale alla circostanza che siano «prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento»; e opportunamente aggiunge che «i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova».

Si comprende, a questo punto, quanto sia ingiustificata la sopravvivenza di una disposizione come l'art. 238-bis c.p.p., che si risolve in un mezzo per eludere le garanzie dettate dall'articolo precedente in tema di circolazione delle prove. La sentenza irrevocabile, quando sia stata emanata in un rito negoziale, si basa in massima parte su atti unilateralmente formati, la cui acquisizione in altro processo è vietata ai sensi del comma 1 dell'art. 238 c.p.p. Ma, se anche fosse dibattimentale, ben difficilmente sarebbe fondata su atti assunti con la partecipazione del difensore dell'imputato

nel processo *ad quem*, come richiede il comma 2-bis della medesima disposizione per il loro uso *in damno*. È vero che gli atti del processo definito con sentenza irrevocabile restano formalmente utilizzabili solo alle condizioni contemplate dall'art. 238 c.p.p.; ma, appunto, *solo formalmente*, perché nella sostanza esercitano il loro influsso nel processo in corso attraverso la sentenza irrevocabile che li ha utilizzati. Quando è vietata la trasmigrazione degli atti da un processo all'altro, non è pensabile che si aggiri il divieto, attribuendo valore probatorio alla sentenza che li abbia valutati.

3. Le sezioni unite della Cassazione e l'art. 526 comma 1-bis c.p.p.

Altro esempio di conflitto tra procedura e processo si registra nell'applicazione dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p., secondo cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore». La formula - che ribadisce il precetto dell'art. 111 comma 4 Cost. - implica, a nostro avviso, che tali dichiarazioni non siano in alcun modo utilizzabili *contra reum*, né da sole né unitamente ad altre prove; l'unica valutazione consentita è a favore dell'imputato, dato che il divieto riguarda la prova della colpevolezza.

Le sezioni unite della Cassazione hanno invece ritenuto che la disposizione si limiti a fissare il «divieto di affermare la responsabilità dell'imputato *esclusivamente* sulla base di tali dichiarazioni» (il corsivo è nostro); con la conseguenza che queste ultime, se unite ad altri elementi di prova, sarebbero idonee a provare la colpevolezza⁵. Conclusione che abbassa notevolmente il livello garantista dell'art. 526 c.p.p., equiparandolo in sostanza a quello dell'art. 192 comma 3 c.p.p.; tra vietare radicalmente l'uso *contra reum* di una dichiarazione o subordinarlo alla presenza di riscontri la differenza è abissale.

Evidentemente le sezioni unite si sono richiamate alla giurisprudenza della Corte europea che aveva censurato una serie di condanne fondate in modo esclusivo o determinante sulle dichiarazioni rese da testi assenti al dibattimento e quindi non controinterrogati dalla difesa. Il criterio seguito da Strasburgo è più che ragionevole e già implicito nella regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, sebbene la Corte stessa abbia in seguito chiarito che la sua validità non è incondizionata, dovendosi tenere

² Corte cost. sent. n. 29 del 2009 su cui, criticamente, P. Ferrua, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 2453 s.

³ Anche la perizia si risolve spesso nella valutazione di prove; ma qui il ricorso all'altrui giudizio si giustifica per il sapere specialistico che vi è implicato. Non così per gli atti assunti in un diverso processo: se rispettano la regola del contraddittorio, possono essere direttamente acquisiti e valutati a norma dell'art. 238 c.p.p.; in caso contrario, nessuna influenza va loro riconosciuta, tanto meno per il tramite delle valutazioni espresse dal giudice dinanzi al quale sono stati assunti.

⁴ F. Cordero, *Procedura penale*, 7 ed., Giuffrè, Milano, 801 s.: «I precedenti giudiziari servono a vari fini ma non

provano niente; l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto, comunque l'abbiano usato, bene o male; e bisogna pescarlo nei relativi verbali, a frammenti. Certe sentenze vengono utili come repertorio dialettico: ad esempio dove vagliano un racconto o elaborino teoremi induttivi; ma altrettanto utili sono le casistiche psicotriche e le detective stories intelligenti, come ne scriveva Poe. Niente da spartire col fenomeno 'prova': quest'ultima, ripetiamolo sta nei materiali *ad acta* (parole del tal testimone, una frase cavata all'imputato nell'esame, impronte digitali, segni scoperti sul cadavere dal perito settore)».

⁵ In termini critici sull'indirizzo delle Sezioni unite M. Busetto, *Il dibattimento penale*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2012, 51 s.; Ferrua, *Il 'giusto processo'*, 3 ed., Zanichelli, Bologna, 2012, 207 s.

conto dello specifico contesto processuale e, in particolare, delle garanzie effettivamente fruite dalla difesa⁶. Nulla vieta, quindi, che possa trovare applicazione anche nel nostro ordinamento; ma, naturalmente, quando non sia già prevista una regola più garantista. Occorre, perciò, distinguere a seconda che le dichiarazioni siano divenute irripetibili per ragioni oggettive o per effetto della volontaria sottrazione al controesame. Nel primo caso, non essendo contemplato dal codice alcun criterio di valutazione, può valere quello adottato dalla giurisprudenza europea. Nel secondo caso va applicata la regola, più favorevole all'imputato, contenuta nell'art. 526 comma 1-bis c.p.p. per effetto della quale le dichiarazioni già rese non sono in alcun modo utilizzabili *contra reum*. Nulla vieta agli ordinamenti nazionali di prevedere un regime più garantista rispetto al livello 'minimo' fissato dalla Convenzione. Capisco che ad alcuni possa riuscire assai gradita la possibilità di utilizzare *in damno* anche le dichiarazioni di chi si è sottratto al contraddittorio; ma non è ammissibile che, in nome della giurisprudenza europea, si forzi in senso antigarantista l'interpretazione delle nostre leggi.



4. Immutabilità dell'accusa e qualificazione giuridica del fatto

Una grave situazione di incertezza sulle regole procedurali riguarda il mutamento della qualifica giuridica del fatto. Come noto, il nostro ordinamento richiede che ogni modifica del fatto sia previamente contestata all'imputato sin dal primo grado di giudizio, dovendo altrimenti il giudice trasmettere gli atti al p.m.; ma si consente al giudice di mutare il *nomen iuris*, quando resti invariato il fatto (art. 521 c.p.p.).

Il potere di modificare la qualifica del fatto, senza obbligo di previa contestazione, viene solitamente giustificato con il principio del *iura novit curia*; ma è una spiegazione inconsistente, un ottimo esempio di *ignoratio elenchi*, ossia della fallacia che consiste nell'argomentare una conclusione diversa da quella pertinente. Che il giudice conosca il diritto è una buona ragione per esonerare le parti dal provare le qualifiche giuridiche che

stanno a base delle loro richieste; ma non per restringere il diritto alla conoscenza dell'accusa alla sola componente fattuale. Il contraddittorio riguarda sia il tema del fatto sia il tema del diritto; e, perché possa efficacemente esercitarsi, occorre che ogni mutamento di qualifica sia comunicato alla difesa⁷.

Perché allora il codice di rito ha disposto che la contestazione, necessaria per la modifica del fatto, non lo fosse per la semplice variazione del *nomen iuris*? Presumibilmente per due ragioni. Da un lato, per difficoltà di carattere pratico legate alla circostanza che il mutamento di qualifica giuridica si prospetta per lo più in camera di consiglio; e, a ritenere necessaria la previa contestazione, il giudice si troverebbe costretto ad ordinare la regressione del processo in sede dibattimentale, con grave danno per le esigenze di ragionevole durata. Dall'altro, per l'indubbia, diversa rilevanza che, dal punto di vista difensivo, assume la modifica dell'accusa rispetto al fatto o alla qualifica giuridica. Mentre la *quaestio facti* è suscettibile di una serie illimitata di variazioni (ciascuna delle quali è conoscibile dalla difesa solo in quanto previamente contestata), la *quaestio iuris* ruota intorno ad un numero chiuso e, in concreto, piuttosto ridotto di figure (le qualifiche virtualmente applicabili allo stesso fatto); in altri termini, mentre la modifica del fatto, se non contestata, sfugge ad ogni controllo difensivo, quella giuridica è in qualche misura prevedibile. Nondimeno, sembra scorretto postulare un onere dell'imputato di difendersi, avendo riguardo a tutte le ipotetiche qualifiche del fatto contestato, indipendentemente dalla loro enunciazione nell'atto di accusa.

Sul tema è intervenuta la Corte Europea dei diritti dell'uomo che ha censurato, sotto il profilo dell'art. 6 §§ 1 e 3 lettere a) e b) CEDU, una sentenza in cui la Corte di cassazione 'a sorpresa' aveva aggravato la qualificazione del fatto contenuta nella condanna impugnata⁸. Non è agevole

definire i riflessi che sul nostro sistema processuale è destinata ad avere la pronuncia della Corte europea, dato che i giudici di Strasburgo decidono non sulle leggi, ma sullo svolgimento del singolo processo, in funzione del quale è sempre orientata l'interpretazione dei precetti convenzionali. In particolare, non è chiaro se la Corte europea intendesse affermare che: a) nel caso di specie il diverso *nomen iuris* aveva in realtà determinato anche un mutamento del fatto, ferma restando in astratto la possibile indipendenza dei due profili; b) ogni modifica della qualifica giuridica implica necessariamente anche un mutamento del fatto; c) ogni modifica della qualifica giuridica dev'essere contestata all'imputato, anche quando resti immutato il fatto.

Nel primo caso, nessun contrasto della nostra disciplina con le regole convenzionali: si tratterebbe solo di interpretare con il dovuto rigore le disposizioni che regolano la correlazione tra accusa e sentenza e in particolare l'art. 521 comma 2 c.p.p. («Il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero se accerta che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio ovvero nella contestazione effettuata a norma degli articoli 516, 517 e 518 comma 2»). Nel secondo caso, l'art. 521 comma 1 c.p.p. diverrebbe una norma vuota, mai applicabile, non essendo concretamente realizzabile il suo presupposto implicito, vale a dire la possibilità che il diverso *nomen iuris* non coinvolga i connotati del fatto.

Più complesso il discorso nel terzo caso, in rapporto al quale sono ancora possibili tre 'letture' della pronuncia della Corte europea. La più radicale è che il mutamento di qualifica debba essere previamente contestato sin dal primo grado di giudizio, secondo le medesime regole stabilite per la modifica del fatto. La seconda, intermedia, è che la diversa qualifica debba essere contestata prima della sentenza, ma in qualsiasi grado di giudizio, quindi anche in sede di appello o di ricorso in cassazione. La terza, più riduttiva, è di ritenere sufficiente che sulla diversa qualifica l'imputato abbia la possibilità di esplicitare la sua difesa almeno una volta, anche nella sede posticipata dell'impugnazione; in tal caso il giudice di merito può provvedere al mutamento di qualifica anche in sentenza purché questa sia impugnabile, mentre solo in sede di

⁷ Criticamente, sulla possibilità di mutare in sentenza la qualificazione del fatto, v. P. Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Utet, Torino, 1988, 10-11.

⁸ Caso Drassich c. Italia (11 dicembre 2007). Cfr., in vario senso, M. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in questa *Rivista* 2008, I, 165; R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur.it.*, 2009, 2514 s.; R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. Ferrua, F. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2010, 62 s.; G. Uberty, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Corriere del merito*, 2007, 599; F. Zacché, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 785 s. Più di recente v. A. Capone, *Iura novit*

⁶ Sulle regole di valutazione adottate dalla Corte europea, v. P. Ferrua, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 393 s.

curia, Cedam, Padova, 2010; S. Quattrocchio, *Riquilificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene, Napoli, 2011. Da ultimo, sul tema, G.P. Voena, *Appunti su riquilificazione del fatto e contraddittorio in cassazione*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di Marta Bargis, Giuffrè, Milano, 2013, 247 s.

cassazione resterebbe indispensabile la contestazione preventiva.

Da notare, infine, che l'esigenza della contestazione viene per lo più riferita solo all'aggravamento della qualifica giuridica (come nello specifico caso sottoposto ai giudici di Strasburgo); ma, a stretto rigore, se il criterio è quello dell'instaurazione del contraddittorio su ogni profilo fattuale e giuridico, un pregiudizio per la difesa potrebbe ipotizzarsi anche in rapporto alla tardiva attribuzione di una qualifica meno grave⁹. I giudici europei non hanno affrontato il tema, non essendo pertinente all'oggetto del loro esame; il che documenta quanto sia difficile estrarre dalle decisioni della Corte principi e regole applicabili ad ogni fattispecie.

In un simile quadro di incertezza il minimo che ci si possa attendere è un intervento del legislatore che riordini la materia; o, in difetto, della Corte costituzionale, a cui compete, per il tramite dell'art. 117 Cost., sanzionare l'eventuale contrasto della nostra disciplina con i precetti della Convenzione europea. Purtroppo nulla si è mosso, con il risultato che la soluzione dei problemi appena prospettati rimane affidata alle contingenti scelte dei magistrati, con il rischio di arbitrarie disparità di trattamento da un processo all'altro.



5. La sentenza costituzionale sulle intercettazioni fortuite del Presidente della Repubblica: l'innammissibile sacrificio del contraddittorio

Particolarmente grave è la lesione del contraddittorio che deriva dalla sentenza della Corte costituzionale sulle intercettazioni presidenziali (n. 1 del 2013). Con un'operazione sostanzialmente additiva della Costituzione¹⁰ e manipolativa del

⁹ Sugli effetti pregiudizievoli che può determinare una tardiva derubricazione del reato v. S. Quattrocchi, *Riquilibrato del fatto*, cit., 133: si pensi allo slittamento da una fattispecie dolosa, punibile solo a titolo di dolo, ad una contravvenzionale più lieve sul piano edittale, ma punibile anche a titolo di colpa; o, sul piano più strettamente processuale, al rinvio a giudizio per un reato soggetto alle restrizioni probatorie ex art. 190-bis c.p.p., a cui segua la condanna per un diverso reato.

¹⁰ Nella quale non vi è traccia di immunità processuale per il Presidente della Repubblica: sul carattere doppiamente additivo della sentenza costituzionale, rinvio alle critiche da me svolte in *La sentenza sulle intercettazioni 'casuali' del Presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, 1287 s.

codice di rito, la Corte afferma l'obbligo di provvedere nel più breve tempo possibile alla distruzione delle intercettazioni 'casuali' del Presidente della Repubblica; e - dopo avere, in forma alquanto sibillina, introdotto un limite a tale obbligo per l'ipotesi in cui siano in pericolo «interessi riferibili a principi costituzionali supremi» (tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica) - conclude che la procedura destinata alla distruzione dei colloqui registrati debba svolgersi fuori dal contraddittorio, restando esclusa qualsiasi partecipazione della difesa.

L'aspetto inquietante è che una valutazione così delicata - e soprattutto irrimediabile quando prelude alla distruzione dei materiali - sia affidata al solo giudice su richiesta del pubblico ministero e *inaudita altera parte*, a dispetto di quanto prescrive l'art. 111 Cost. La distruzione, infatti, non segue *ipso iure* alla semplice verifica della partecipazione del Presidente alle conversazioni, ma al complesso giudizio negativo sul coinvolgimento dei principi costituzionali supremi. Il rispetto del contraddittorio e, dunque, l'intervento della difesa sarebbe qui, come altrove, il miglior antidoto contro il rischio di arbitrarie decisioni; che la presenza del giudice renda superflua la garanzia della difesa è il classico, goffo argomento con cui in passato si motivavano le scelte inquisitorie.

Per giustificare l'estromissione della difesa, la Corte si limita ad affermare che «i principi tutelati dalla Costituzione non possano essere sacrificati in nome di una astratta simmetria processuale, peraltro non espressamente richiesta dall'art. 271, comma 3, cod. proc. pen.». Il minimo da eccipire è che l'«astratta simmetria processuale», di cui parla la Consulta in termini non propriamente elogiativi, altro non è che il contraddittorio, due volte testualmente richiamato dall'art. 111 commi 2 e 4 Cost. Per converso, «i principi tutelati dalla Costituzione» sono nella fattispecie le esigenze di riservatezza che la Costituzione protegge nei limiti segnati dall'art. 15, ma che la Corte, a colpi di interpretazione 'sistemica', edifica come assolute per il Presidente della Repubblica. Parrebbe ovvio che nel contesto costituzionale il 'contraddittorio' rappresenti un valore sovraordinato e non cedevole rispetto alla 'riservatezza'¹¹; ma tale non è l'opinione

¹¹ Ben altro il rilievo riconosciuto al contraddittorio nella sentenza costituzionale n. 173 del 2009 che ha dichiarato illegittimo l'art. 240 commi 4 e 5 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'udienza camerale in contraddittorio ex art. 401 c.p.p. per distruggere i documenti, supporti o atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, illegalmente formati o acquisiti: «una restrizione del contraddittorio

della Corte che, senza dedicare un solo cenno all'art. 111 Cost., estromette la difesa dalla procedura di distruzione delle intercettazioni, sul presupposto che un'udienza aperta al contraddittorio «avrebbe l'effetto di rendere conoscibile e divulgabile il contenuto delle conversazioni». Restano misteriose le ragioni per cui solo agli avvocati sarebbe imputabile il rischio della divulgazione di atti coperti dal segreto.

6. Nullità inoffensiva?

Anche sul terreno dell'invalidità degli atti si registra un significativo divario tra procedura e processo. Alludo alla tendenza a negare la sussistenza di una nullità quando il vizio non abbia recato un sostanziale pregiudizio all'imputato; ipotesi alla quale le Sezioni unite hanno ricondotto anche l'abuso del processo che «si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti»¹².

Nel vigente sistema il criterio, alla cui stregua si verifica la validità di un atto, poggia su due pilastri: il *potere* di compiere l'atto e la *struttura* dell'atto stesso. Cosa discende dal primo termine, il 'potere' inteso nel senso forte della parola? Se manca il *potere* di compiere l'atto - situazione ben diversa dal fatto che il soggetto abbia il *dovere* di non compiere l'atto, perché questo di per sé non vale ancora ad escludere il potere¹³ - si è alla presenza di un non-atto, di un atto giuridicamente irrilevante o, se si preferisce, inesistente: *tamquam non esset* è l'espressione che meglio definisce l'assenza del potere. Così è per il difetto di giurisdizione propriamente inteso, fonte di inesistenza

nell'ambito di un procedimento che, per il fatto di culminare nella distruzione di corpi di reato, incide fortemente sullo svolgimento successivo del processo» - si legge in motivazione - «costituisce, di per sé, una violazione dei principi del giusto processo, dettati dall'art. 111 Cost.». La Corte nega oggi rilevanza a quel precedente, osservando come allora si discutesse «di documenti che costituivano essi stessi corpo di reato, esplicitamente esclusi dalla previsione di distruzione di cui al comma 3 dell'art. 271 cod. proc. pen.»; ma, dato che la Corte stessa introduce un limite alla distruzione delle intercettazioni presidenziali a tutela dei principi costituzionali supremi, non si vede perché, in base alle regole del giusto processo, sia negata alla difesa la possibilità di controllare il rispetto di quel limite. Sull'importanza del contraddittorio nell'attività di selezione e distruzione delle intercettazioni, v. F. Caprioli, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, in *Giur. cost.*, 2012, 4097 s.

¹² Sez. un. 29 settembre 2011, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, 890/2, 2410 s. con nota critica di F. Caprioli, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*.

¹³ Cfr. F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1957, *passim*.

giuridica di ogni provvedimento emesso; e *idem* per la prova inammissibile, vale a dire per la prova che il giudice non aveva il potere di assumere: più che inutilizzabile come afferma l'art. 191 c.p.p., è giuridicamente inesistente. Diverso, naturalmente, è il caso in cui il soggetto abbia il dovere di non compiere l'atto (ad esempio, perché incompetente); il dovere di astenersi da un atto non esclude il potere di compierlo ed è fonte di nullità, se la legge lo dispone: la sentenza emessa da un giudice incompetente, quando sia divenuta irrevocabile o siano decorsi i termini per eccepire il vizio, è valida.

Il secondo termine è rappresentato dalla struttura dell'atto, ossia dai requisiti previsti dalla legge. Alcuni di essi sono imposti a pena di invalidità, sulla base di un'espressa previsione come vuole il principio di tassatività; e costituiscono ciò che si chiama la fattispecie dell'atto, ossia la somma dei requisiti la cui assenza genera invalidità. Gli altri requisiti, per i quali non esiste analogia previsione, sono condizioni per la regolarità dell'atto, ma la loro assenza non impedisce la produzione dell'effetto e, dunque, la validità dell'atto. Le conseguenze sono ovvie. Se si realizza la fattispecie, l'atto è valido; se non si realizza in tutto o in parte, esso è nullo, sapendo che nel linguaggio processuale con 'nullo' s'intende in realtà 'annullabile' (nel senso civilistico del termine). Beninteso, possono esservi cause di sanatoria, come il decorso del tempo o l'acquiescenza delle parti, che concorrono ad integrare una sorta di fattispecie 'sussidiaria', equivalente, sul piano degli effetti, a quella 'principale': ma le sanatorie operano, in quanto testualmente contemplate dalla legge.

L'indirizzo qui criticato introduce un terzo elemento, l'effettivo pregiudizio recato alla difesa: la sua assenza, deducibile anche dall'abuso del diritto, escluderebbe o sanerebbe l'invalidità¹⁴. Si realizzerebbe, in sostanza, sul piano processuale qualcosa di equivalente e simmetrico rispetto alla causa di non punibilità per scarsa offensività del fatto di cui molti sollecitano l'inserimento nel codice penale. È una prospettiva che *de iure condito* si espone ad almeno due obiezioni. Anzitutto, nessuna norma del codice vigente attribuisce rilievo alla

¹⁴ L'insussistenza della nullità, quando non abbia determinato un effettivo pregiudizio, è teorizzata, limitatamente alle nullità non assolute, da F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013, 137 s., sul presupposto del difetto d'interesse ad eccepire il vizio (art. 182 comma 1 c.p.p.); Id., *Il quarto grado di giurisdizione: la corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2011, 813. Sul tema, con ampie argomentazioni, v. M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bononia University Press, Bologna, 2012.

circostanza che in concreto la nullità si sia rivelata sostanzialmente inoffensiva; e si deve quindi ritenere che il pregiudizio sia *in re ipsa*. In secondo luogo, consentire una simile indagine equivale a mandare in frantumi il concetto stesso di fattispecie come somma dei requisiti necessari per la validità dell'atto. Vi sarebbe, infatti, sempre la possibilità *a posteriori* di negare la nullità per assenza di pregiudizio, anche quando la fattispecie non si è compiutamente integrata; con il risultato che, essendo il giudice il solo arbitro del pregiudizio subito dalla parte, si concentrerebbe di fatto nelle sue mani un formidabile potere di eversione sui requisiti legali degli atti processuali. Anche nel diritto sostanziale la causa di non punibilità per irrilevanza del fatto può entrare in tensione con il principio di tipicità legale; ma la non trascurabile differenza è che lì se ne discute *de iure condendo* e, comunque, a tutto vantaggio dell'imputato.

7. Custodia cautelare: *in dubio contra reum*?

Dove più forte è il contrasto tra procedura e processo è sicuramente sul terreno della custodia cautelare. Fine delle misure cautelari è di prevenire la fuga dell'imputato, l'inquinamento delle prove o la commissione di gravi delitti. Naturalmente è possibile che la loro applicazione generi una serie di effetti indiretti e concomitanti¹⁵, come quelli di indurre l'imputato alla collaborazione processuale, rassicurare la collettività, placare l'allarme sociale generato dal delitto, ristabilire l'ordine pubblico. Sono effetti che in sé possono anche apparire positivi, ma che non devono mai convertirsi in finalità delle misure cautelari. È quello che, invece, accade nella prassi dove spesso si assiste ad un inammissibile uso strumentale delle misure coercitive, tanto più insidioso quanto poco documentabile, giacché la motivazione dei relativi provvedimenti menziona solo le finalità previste dalla legge.

Citerò un passo significativo, che non proviene da un docente ipergarantista o da un avvocato delle Camere penali, ma da Ernesto Lupo all'epoca primo presidente della Cassazione. «È necessario che il legislatore assuma sul serio la natura di *extrema ratio* della custodia in carcere... e la preveda soltanto in presenza di reati di particolare allarme sociale, e, soprattutto, la inibisca quando non [sia] accompagnata da manifestazioni concrete di attuale pericolosità sociale. La questione chiama ovviamente in causa anche i giudici. Il difetto endemico del nostro sistema, a causa

¹⁵ T. Epidendio, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Diritto penale contemporaneo* (21 Novembre 2013).

dell'eccessiva distanza temporale tra condanna ed esecuzione della pena, comporta sovente la spinta ad anticipare, in corso di processo o di indagini, il ricorso al carcere al fine di neutralizzare una pericolosità sociale, anche se soltanto ipotizzata, al fine di offrire una risposta illusoriamente rassicurante alla percezione collettiva di insicurezza sociale, che finisce così con il contagiare l'ambito giudiziario, determinando guasti sulla cultura del processo e delle garanzie».

Ernesto Lupo ha ragione. Se c'è un principio sempre declamato, ma di fatto negletto, è quello secondo cui la custodia cautelare dovrebbe rappresentare una misura di *extrema ratio*, applicabile solo quando ogni altro rimedio risulti inadeguato. E, se dovessi indicare l'istituto processuale che ha provocato più vittime innocenti, direi senza esitazione: la custodia cautelare. Non a caso la Corte europea dei diritti dell'uomo ha di recente ricordato che, secondo l'Allegato alla Raccomandazione n. R (99), «l'applicazione della custodia cautelare e la sua durata dovrebbero essere ridotte al minimo compatibile con gli interessi della giustizia»; di qui l'invito ad «un uso più ampio possibile delle alternative alla custodia cautelare quali ad esempio l'obbligo, per l'indagato, di risiedere ad un indirizzo specificato, il divieto di lasciare o di raggiungere un luogo senza autorizzazione, la scarcerazione su cauzione, o il controllo e il sostegno di un organismo specificato dall'autorità giudiziaria»¹⁶.

Senza dubbio l'abuso delle misure cautelari è favorito dall'endemica lentezza del nostro processo¹⁷. A rigore tra l'uno e l'altra non dovrebbe esservi relazione; anzi, chi non ottiene giustizia entro un termine ragionevole dovrebbe avere almeno la libertà. Ma di fatto spesso non è così. Nell'impossibilità di giungere in tempi ragionevoli ad un definitivo accertamento della colpevolezza e, quindi, all'applicazione della pena, si ricorre in via surrogatoria alle misure coercitive, anche sotto la pressione di un'opinione pubblica allarmata dalla prospettiva che restino impuniti gravi reati. La custodia cautelare si risolve così in una sorta di pena anticipata, in sostanziale violazione della non presunzione di colpevolezza. E, a sua volta, la massiccia applicazione delle misure cautelari contribuisce, con un meccanismo riflessivo, ad accrescere ulteriormente il carico

¹⁶ Sentenza 8 gennaio 2013, Torregiani c. Italia, che ha condannato il nostro Paese per violazione dell'art. 3 della CEDU (divieto di trattamenti inumani o degradanti), in questa *Rivista* 2013, I, 142.

¹⁷ Anche in ordine alla ragionevole durata è notevole il gap tra precetto costituzionale e svolgimento dei singoli processi: v. G. Riccio, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4524 s.

giudiziario e, quindi, la durata dei processi, alimentando istanze di riesame e ricorsi in cassazione; mentre un uso più sorvegliato della custodia cautelare ridurrebbe sensibilmente il contenzioso davanti al Tribunale della libertà e alla Cassazione.

Ma esistono anche cause più specifiche del fenomeno degenerativo. Una di queste deriva da una ragione 'psicologica', legata al diverso atteggiamento del magistrato a seconda che sia chiamato a decidere sulla colpevolezza o sulle misure cautelari. Mentre le possibilità che un evento futuro contraddica la condanna o l'assoluzione sono pari, potendo le prove sopravvenire a favore come a discarico, non altrettanto accade sul terreno dei provvedimenti cautelari. Qui la negazione del *periculum libertatis* può ricevere una plateale smentita nella successiva commissione di un reato (o nell'inquinamento delle prove o nella fuga dell'imputato), esponendo a pesanti critiche il magistrato che abbia rifiutato il provvedimento cautelare; per converso, difficilmente si riuscirà a documentare, in termini controfattuali, l'assenza del pericolo sulla cui base è stata emessa la misura. Di qui una sorta di principio di precauzione che di fatto tende a prevalere sul *favor libertatis*: nel dubbio sulla sussistenza del pericolo, il magistrato propende al pessimismo, si sente più 'rassicurato' dall'affermazione del pericolo che dalla sua negazione, consapevole che solo quest'ultima potrebbe essere retrospettivamente sconfessata.

Ma vi è un secondo fattore che contribuisce all'affievolimento delle garanzie in materia di provvedimenti cautelari. Alludo al ricorrente luogo comune per cui ai fini delle misure coercitive non occorrerebbero 'prove', ma soltanto 'indizi'. L'inevitabile conseguenza è che, tanto sul terreno del *fumus boni iuris* quanto su quello dei *pericula libertatis*, l'accertamento giudiziale perde il rigore tipico della 'prova', assumendo carattere sommario e superficiale, costruito più su ipotesi che su fatti. Ritenerne che nella verifica delle esigenze cautelari si possa prescindere da 'prove' equivale a vanificare le garanzie previste dalla legge, perché si aggiunge all'inevitabile vaghezza dell'espressione 'pericolo' anche l'evanescenza dell'accertamento.

In realtà, tutti i presupposti cautelari costituiscono proposizioni da 'provare' e, quindi, da accertare 'oltre ogni ragionevole dubbio': tale il senso dell'espressione 'provare', abbandonando il quale si cade inevitabilmente nella palude dei sospetti e delle illazioni. Perché allora - si obietta - l'art. 274 c.p.p. parla di 'gravi indizi di colpevolezza' e non di 'prove'? La risposta è semplice. I gravi indizi di colpevolezza costituiscono l'oggetto della prova, la

proposizione da provare: 'gravi indizi di colpevolezza' è espressione equivalente a 'probabile colpevolezza'; ed è precisamente questa che va provata (oltre ogni ragionevole dubbio) nei provvedimenti cautelari¹⁸. La differenza rispetto alla sentenza di condanna non sta nello *standard* probatorio (che è sempre rappresentato dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio), ma nella proposizione da provare: per la condanna la 'colpevolezza', per i provvedimenti cautelari la 'probabile colpevolezza' e i *pericula libertatis*.

Si spiega così che in sede applicativa prevalgono interpretazioni piuttosto riduttive dei presupposti cautelari fissati dalla legge. Esaminiamone alcune, con particolare riguardo alla lettera c) dell'art. 274 c.p.p.:

A) Il concreto pericolo della commissione di gravi delitti dovrebbe essere ricavato da due distinti parametri: a) le specifiche modalità e circostanze del fatto per cui si procede; b) la personalità dell'imputato, a sua volta desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali¹⁹. Sennonché accade con una certa frequenza che la personalità dell'imputato venga dedotta dalla gravità del reato; si realizza così un corto circuito tra i due parametri, che ne compromette la rispettiva autonomia; e, di fatto, il giudizio sulla probabile colpevolezza finisce per assorbire quasi interamente quello sulle esigenze cautelari, nonostante la legge abbia inteso separarli²⁰.

B) I 'precedenti penali' di cui alla lettera c) dovrebbero essere solo le condanne; nella prassi, invece, sono genericamente intesi come precedenti 'giudiziari', tali da includere anche le denunce o altre pendenze che, a fronte della non presunzione di colpevolezza, non dovrebbero assumere alcun significato quanto a propensione a delinquere. Si obietta che, a limitare i precedenti penali alle condanne, diverrebbe impossibile di fatto applicare la custodia cautelare agli incensurati. Ma non è così, perché i 'precedenti penali' rappresentano solo uno degli indici sulla cui base va

ricostruita la personalità, ai cui fini assumono rilevanza anche 'comportamenti' e 'atti concreti'. D'altro canto appare del tutto ragionevole che nei riguardi degli incensurati il giudizio sulla pericolosità sia connotato da un particolare rigore; la ricaduta nel reato, lungi dall'essere semplicemente ipotizzabile, deve fondarsi su elementi che la rendano altamente probabile, *id est* quasi certa²¹.

D) Particolarmente delicata è la scelta fra le diverse misure coercitive. Come noto, le misure alternative alla detenzione in carcere (dagli arresti domiciliari al controllo di polizia e al divieto o obbligo di dimora), sono state introdotte per limitare la custodia carceraria ai casi di assoluta necessità e, quindi, al fine di diminuire la popolazione carceraria. Sarebbe paradossale se quelle misure non fossero applicate ad imputati che, in loro assenza, sarebbero in carcere, ma ad imputati che, altrimenti, sarebbero liberi; insomma, se le misure alternative, anziché sottrarre spazio alla custodia cautelare, lo sottraessero alla libertà, convertendosi quindi in 'alternative' non al carcere, ma alla libertà. Affinché questo non si realizzi e la custodia in carcere rappresenti effettivamente l'*extrema ratio*, è necessario che il giudizio sulla sussistenza del *periculum libertatis* sia tenuto ben distinto da quello, eventuale e logicamente successivo, sulle misure idonee a fronteggiarlo; con la conseguenza che, se il primo non documenta un'effettiva esigenza cautelare, nessuna misura potrà essere applicata all'imputato. Solo quando vi sia la prova del pericolo, si svolgerà il secondo giudizio alla ricerca della misura più appropriata a neutralizzarlo; e la ricerca dovrà muovere dalla misura più lieve per passare, se inadeguata, ad una più afflittiva e così via sino alla misura carceraria, ove nessun'altra risultasse idonea. Nella prassi, invece, si assiste spesso alla sovrapposizione dei due giudizi o alla scelta della misura a partire dalla custodia in carcere: l'ultima ipotesi a venire in rilievo è così quella ... di lasciare libero l'imputato, con elevata probabilità che di fatto si riesca sempre ad individuare una misura appropriata.

Diversi disegni di legge sono stati presentati in questa come nelle precedenti legislature, con eterogenei contenuti, ma nel comune fine di frenare l'abuso della custodia cautelare: dall'obbligo di ascolto dell'indagato e del suo difensore prima dell'emissione del provvedimento di custodia carceraria alla collegialità del giudice chiamato a decidere sulla richiesta del pubblico ministero, dalla riduzione dei termini di custodia alla più rigorosa

¹⁸ P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 2012, 77 s.

¹⁹ Più in generale, secondo Cass. 11 novembre 1998, Barreca, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 303, «possono essere valutati tutti gli elementi indicati dall'art. 133 comma 2 c.p. che siano individuabili, oltre che nei precedenti penali, in comportamenti o atti concreti».

²⁰ Nel senso che «i 'comportamenti o atti concreti' non possono logicamente identificarsi con quegli stessi elementi che sono già stati oggetto di separata valutazione con riferimento alla gravità del reato»: Cass. 20 novembre 1996, Vallo, in *Cass. pen.*, 1998, 1694; *contra*, nel senso che «una spiccata pericolosità sociale dell'indagato può correttamente desumersi dalle specifiche modalità e circostanze del fatto [...] poiché la norma non pone alcun divieto alla valutazione degli stessi comportamenti costitutivi del reato ai fini dell'indagine in questione»; Cass. 6 dicembre 1995, Fiorenti, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 640.

²¹ Cass. 1 agosto 1995, Masi, in *Cass. pen.*, 1996, 1493 s.

definizione dei presupposti cautelari. E altrettante proposte di riforma sono state elaborate dalle commissioni di studio via via nominate nel corso delle varie legislature, l'ultima delle quali è la Commissione 'Canzio', nominata al fine «di procedere ad un riesame della vigente normativa processuale penale con riferimento all'assetto dell'attività di indagine preliminare, al ruolo ed alla funzione del G.I.P., al riequilibrio delle posizioni delle parti, all'applicazione delle misure cautelari e al potenziamento dei riti alternativi e di ogni altro istituto comunque collegato anche con riferimento alla normativa sostanziale».

In questa materia, tuttavia, si assiste, da decenni, ad una sorta di tiro alla fune tra il legislatore che tenta di arginare gli abusi, moltiplicando le clausole limitative, e i giudici che le reinterpretono, con il risultato che, trascorso un certo tempo, i problemi si ripropongono tali e quali. La realtà è che sul terreno delle misure cautelari ogni riforma si rivela inadeguata, facilmente aggirabile in sede applicativa, se accanto alle leggi non s'istituisce un sistema di educazione, anzi di 'rieducazione', tale da radicare negli operatori una convinta adesione alle scelte garantiste della Costituzione in ordine alla libertà personale e alla non presunzione di colpevolezza; e a questo riguardo forse, più che la moltiplicazione degli aggettivi nelle formule di legge, servono i corsi di formazione professionale e i controlli periodici sulla motivazione dei provvedimenti cautelari.

La logica del modello accusatorio favorisce ed incoraggia il conflitto tra le parti sui vari temi che di volta in volta si aprono nel corso del processo. Ma ogni conflitto dialettico in tanto è produttivo in quanto si svolga sullo sfondo comune di uno stesso schema concettuale, qui rappresentato da una convinzione che dovrebbe animare giudici, pubblici ministeri e difensori: *l'extrema ratio* della custodia cautelare.



8. Legge e interpretazioni

La centralità della legge nel quadro delle fonti normative appare oggi in netto declino. Dall'idea 'ingenua' e irrealistica del giudice come codice animato e di una legge insuscettibile di interpretazioni si sta giungendo, attraverso un lungo processo, all'idea opposta, ma non meno rischiosa, di un assoluto primato dell'interpretazione che segna il declino della stessa legge: dal dogma

illuminista 'c'è solo la legge, non ci sono interpretazioni' si naviga a vele spiegate verso un equivalente della massima nietzschiana: 'non c'è la legge, ci sono solo interpretazioni'²². Esempi di questa tendenza si scorgono nella propensione a parificare i mutamenti giurisprudenziali alla sopravvenienza di una nuova legge, nel primato riconosciuto al diritto 'vivente', nell'esaltazione di interpretazioni 'sistematiche' e 'adeguatrici' che di fatto si risolvono in tecniche 'creative', nella messa al bando dell'interpretazione letterale, che la sentenza costituzionale n. 1 del 2013 definisce «metodo primitivo sempre» (a quando la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 12 comma 1 delle preleggi che le conferisce valore prioritario?)²³. A leggere certe sentenze, si direbbe che il testo della legge sia studiato e analizzato per essere meglio tradito.

Senza dubbio, a determinare il fenomeno contribuiscono la sempre maggiore complessità delle fonti, i conflitti tra diritto sovranazionale e nazionale, l'intrico di disposizioni spesso così oscure e indecifrabili da indurre ad abbandonare il testo della legge per cercare direttamente nella giurisprudenza la risposta sul diritto vigente. Il risultato è che, in un meccanismo di incessante riflessività, le interpretazioni 'creative' si susseguono, sempre più lontane dal dato testuale; e ad incoraggiarle sono gli stessi organi di vertice, a partire dalla Corte costituzionale che le pratica con molta disinvoltura, forte della insindacabilità delle sue pronunce (ne è un eloquente esempio la sentenza sulle intercettazioni presidenziali).

La procedura dovrebbe affluire nel processo, ma qui con un moto inverso è il processo a rifluire nella procedura, alterandone i connotati; qualcosa di simile a ciò che accade nei rapporti tra lingua e parola, dove le regole sintattiche e semantiche si modificano sotto la pressione della loro sistematica violazione. Sarebbe interessante provvedere ad un inventario dei principi, elaborati *ex nihilo* dalla giurisprudenza, in assenza di testuali riferimenti normativi: lo *iura novit curia*, che giustificerebbe la condanna per una qualifica giuridica mai contestata; la non dispersione delle prove, formidabile strumento di recupero delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio; l'assoluta riservatezza dell'attività di *moral suasion* del Presidente della Repubblica, che impone la

distruzione, *inaudita altera parte*, delle intercettazioni 'casuali'; il divieto di re-interpretare le prove da parte della Cassazione, nonostante l'art. 606 lettera e) c.p.p. le affidi il controllo sulla motivazione in fatto del provvedimento impugnato; l'irrilevanza delle nullità che in concreto si rivelino 'inoffensive'; lo *standard* probatorio del 'più probabile che no', sulla cui base sarebbe possibile ritenere 'provata' una proposizione, anche quando se ne possa ragionevolmente dubitare, ecc.

Naturalmente, quanto più ci si allontana dal dato testuale, tanto più cresce il soggettivismo e l'arbitrarietà delle interpretazioni, dando luogo ad una giurisprudenza non meno caotica e contraddittoria della legge da cui prende spunto. Il rischio allora è che, nel proliferare dei più disparati indirizzi, l'insopprimibile esigenza di certezza del diritto si rivolga verso una gerarchizzazione della magistratura, con un crescente autoritarismo degli organi di vertice (Corti europee, Corte costituzionale, Cassazione), investiti di una sorta di monopolio interpretativo destinato a vincolare i giudici inferiori. Inquietante esempio di questa tendenza sono le sentenze costituzionali che hanno attribuito carattere vincolante alle interpretazioni della Convenzione europea operate dai giudici di Strasburgo²⁴; e le proposte che vorrebbero introdurre l'inammissibilità dei ricorsi fondati su motivi in contrasto con l'indirizzo delle Sezioni unite.

Soluzioni del genere sono, a mio avviso, un rimedio peggiore del male che si vorrebbe combattere, nella misura in cui, anziché favorire il recupero di centralità della legge, ne accentuano il declino. Vincolante non sarebbe più la legge, ma l'interpretazione, poco importa se plausibile o no, espressa dagli organi di vertice; e il contraddittorio stesso uscirebbe sacrificato, restando preclusa alle parti la possibilità di prospettare una lettura alternativa. La certezza del diritto non può essere raggiunta militarizzando la giurisdizione, nel dissennato sogno di abolire il pluralismo interpretativo; ma anzitutto attraverso un'adeguata tecnica di produzione legislativa, poi con il controllo esercitato sui singoli processi dalle giurisdizioni superiori. Nessuna ostilità, naturalmente, verso la Corte europea, le cui interpretazioni costituiscono autorevolissimi precedenti, da tenere nella massima considerazione; in materia di violazioni della Convenzione l'ultima parola spetta ai giudici di Strasburgo e sulla base dei loro orientamenti si può facilmente pronosticare la sorte di casi

²² È il paradosso che citavo in *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, 1049, 1828.

²³ L'interpretazione letterale è sempre necessaria, dovendosi comunque analizzare anche il significato letterale delle parole che compongono il testo giuridico; ma, naturalmente, non è sufficiente ad individuare il senso che assume un enunciato nel contesto linguistico in cui si colloca.

²⁴ Il riferimento è alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (c.d. sentenze 'gemelle').

analoghi. Ma, in regime di soggezione dei giudici alla sola legge, non v'è ragione per definire vincolanti quelle interpretazioni²⁵. Se lo fossero, diverrebbe irrilevante il testo della Convenzione, di fatto sostituito dalla lettura, pur sempre fallibile, che ne ha dato l'organo di vertice; e si abbatterebbe la frontiera che, in uno stato di diritto, separa la legge dalla giurisdizione. Il giudice interpreta il testo della legge, *id est*, ne estrae il significato, formulando una norma destinata a costituire diritto nel caso che decide; ma non è ammissibile che, con un percorso inverso, la norma, frutto d'interpretazione, si converta in disposizione universalmente valida, eclissando il testo della legge da cui promana.

La circostanza che la Corte di Strasburgo sia in qualche modo custode della corretta interpretazione della Convenzione, come lo è la Cassazione della legge o la Corte costituzionale della Costituzione, non implica alcun monopolio interpretativo su quei testi²⁶; nessuno dei tre giudici può rivendicare efficacia *erga omnes* all'interpretazione del testo che gli è sovraordinato. Le sentenze vincolano relativamente al dispositivo, ossia in rapporto a ciò che accertano: rispettivamente, la violazione della Convenzione europea o della legge ordinaria nei singoli processi, il contrasto della legge ordinaria con la Costituzione. Ma la fonte sovranazionale, ordinaria o costituzionale, di cui Corte europea, Cassazione e Corte costituzionale sanzionano l'inosservanza, costituisce pur sempre un limite ai loro poteri giurisdizionali; e non lo sarebbe se l'interpretazione, operata al vertice, potesse impunemente contraddirla, escludendo *a priori* qualsiasi possibilità di dissenso dei giudici, soggetti così non più alla legge, ma

²⁵ A parte le difficoltà d'ordine pratico. Il vincolo alla legge ha come oggetto un testo ben determinato, per ambiguo che sia il suo contenuto. Ma qual è il testo vincolante di un'interpretazione? È difficile estrarre dalla motivazione delle pronunce della Corte europea una formula che riassume in termini limpidi ed astratti l'interpretazione della Convenzione; e, ammesso che si riesca, vincolante è solo l'interpretazione che deriva da una giurisprudenza consolidata o anche quella di isolate decisioni? E *quid iuris* in caso di contrasti giurisprudenziali?

²⁶ Per lo sviluppo del tema rinvio a quanto altrove da me sostenuto: *Le dichiarazioni dei testi 'assenti'*, cit., 398 s.; *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, n. 4, 116 s.; *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, n. 3, 27 s. *Contra*, in costante polemica con chi scrive, G. Ubertis, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 372 s.; Id., *La 'Rivoluzione d'ottobre' della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 19 s.; Id., *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 863 s.

alle scelte delle supreme Corti²⁷. Vincolante è solo l'interpretazione 'autentica' che, infatti, è opera del legislatore.

A sostegno della pretesa efficacia vincolante si è osservato che «la Corte europea si comporta più come un giudice delle leggi che come giudice del caso concreto»²⁸. Vero o falso che sia, è facile replicare che il 'comportamento' della Corte può essere un dato empirico di grande interesse, ma di per sé del tutto insufficiente ad ampliare la competenza che la legge le riserva. Ma, quand'anche si dovesse ufficialmente registrare la conversione della Corte europea in giudice delle leggi, l'argomento si rivelerebbe suicida, perché oggetto di accertamento sarebbe comunque l'illegittimità della legge ordinaria e non l'interpretazione della Convenzione. La Corte costituzionale è giudice delle leggi, ma ciò che vincola nelle sue sentenze è solo la dichiarazione di illegittimità contenuta nel dispositivo; l'interpretazione del precetto costituzionale, che si evince dalla motivazione, pur avendo grande autorità, è priva di efficacia vincolante.

In questo quadro poco confortante è, tuttavia, un dato positivo che la stessa Corte costituzionale si sia presto resa conto dell'insostenibilità di un vero e proprio vincolo interpretativo; e, verosimilmente riluttante ad accettare le conseguenze derivanti dalla rigidità del suo originario assunto, lo ha ridimensionato con una formula che nei fatti lo smentisce: la «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo va rispettata, ma sulle interpretazioni della Corte europea è riservato ai giudici nazionali e alla Consulta stessa «un margine di apprezzamento e di adeguamento»²⁹. Sotto l'apparente continuità di indirizzo - gli organi di vertice sono in genere poco inclini alla scelta coraggiosa di ammettere l'errore nei propri precedenti³⁰ - il mutamento è di tutta evidenza. Se ai giudici è concesso un margine di apprezzamento e di adeguamento, è perché le interpretazioni di Strasburgo, pur autorevolissime, non sono propriamente vincolanti. Abbandonato l'insostenibile ossimoro di

²⁷ Sui rapporti tra Corte costituzionale, Corte europea e Cassazione, G. Riccio, *La procedura penale*, cit., 71 s.

²⁸ Ubertis, *La 'Rivoluzione d'ottobre'*, cit., 21.

²⁹ Corte cost. sent. nn. 230 del 2012, 236 e 303 del 2011.

³⁰ Al punto che, seppure mutano parere, preferiscono sempre ribadire in premessa l'originario indirizzo. Pensano che in tal modo la nuova opinione apparirà, non come una smentita, ma come una specificazione, un perfezionamento di quella precedente che viene riproposta. Sbagliano per la seconda volta, perché proprio quella premessa, che mal si concilia con il séguito del discorso, contribuisce a rendere ancora più evidente l'errore originario, a cui si aggiunge la fallacia dell'autoconfutazione.

un'interpretazione 'vincolante' soggetta a 'margini di apprezzamento', la ragionevole conclusione è quella già all'inizio prospettata. Le interpretazioni della Corte europea costituiscono precedenti di grande autorità che ogni giudice deve conoscere e tenere nel massimo riguardo; ma dai quali non gli è vietato dissentire, motivando con validi argomenti il suo diverso convincimento.

**Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Torino*



LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA: LA RILEVANZA PER L'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO DI GIUSEPPE PORRO*

In un momento in cui l'interesse dei media per l'Unione Europea sembra prevalentemente orientato alle azioni da questa svolte in campo economico e monetario, si tralascia di parlare dei grandi progressi, fatti nell'UE, per l'affermazione di diritti fondamentali comuni in tutti i 28 paesi membri. Con la Carta dei diritti fondamentali, inserita a pieno titolo nel Trattato di Lisbona, l'UE si è infatti dotata di un robusto impianto "costituzionale" che si applica, come recita l'art. 51 paragrafo uno del Trattato di Lisbona, alle istituzioni, organi, organismi dell'UE ed anche agli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione. Divisa in VII titoli, la Carta, proprio come una Costituzione, affronta i temi più salienti per la regolamentazione di una società democratica: la dignità, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza, la giustizia, per fornire poi, nell'ultimo titolo, disposizioni interpretative della Carta stessa. La lettura si rivela preziosa: in essa vengono ribaditi principi già contenuti nelle Costituzioni dei Paesi membri (ad esempio il divieto della pena di morte), ma sono anche inseriti i c.d. "principi di nuova generazione". Ad esempio -per quanto concerne la dignità- è inserito il divieto di clonazione degli esseri umani, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti una

fonte di lucro; per quanto concerne i diritti di uguaglianza, sono anche previsti i diritti degli anziani e delle persone con disabilità. Nel capitolo "solidarietà" trova spazio la protezione dei consumatori, della salute, della tutela dell'ambiente. Tra i principi previsti nel Titolo VI –giustizia– da sottolineare il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa, i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene, il diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. Sono principi come sottolineato anche dalla Cassazione (vedi ad esempio sentenza terza sezione civile 2352-2010) che concorrono ad evidenziare i valori universali che accomunano gli Stati dell'UE e che possono e devono essere fatti valere nell'ordinamento di ciascun Stato membro.

*Professore Ordinario di Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi di Torino



I CONTRATTI DI COINTERESSENZA DI ROBERTO ANGELINI*

1. Introduzione.

La disposizione contemplata nell'art. 2554 c.c., posta a chiusura del titolo dedicato dal codice civile all'associazione in partecipazione (Titolo VII del Libro V, artt. 2549-2554), illustra al 1° co. una duplice tipologia contrattuale che si suole genericamente ascrivere al fenomeno della "cointeressenza".

Dal punto di vista puramente semantico, è tale la compartecipazione a un interesse altrui, attuata a qualsiasi titolo e nelle forme più disparate. In termini specificamente giuridico-aziendalistici, detta compartecipazione è comunemente riferita all'ipotesi della condivisione tra più soggetti del risultato economico di un'impresa o di un singolo affare a essa afferente.

A ben vedere, peraltro, il legislatore richiama espressamente il predetto fenomeno solo con riferimento alla tipologia contrattuale prevista nella prima parte del 1° co. della disposizione citata, allorché precisa che «Le disposizioni degli articoli 2551 e 2552 si applicano anche al contratto di cointeressenza agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite».

Nella seconda parte dello stesso 1° co., il legislatore si limita invece ad estendere le citate disposizioni ad un non meglio definito «contratto con il quale un contraente attribuisce la partecipazione agli utili e alle perdite della sua impresa, senza il corrispettivo di un determinato apporto».

Ciononostante, fin dall'entrata in vigore dell'attuale codice civile la dottrina ha fatto rientrare nella cointeressenza anche quest'ultima tipologia contrattuale, qualificandola anzi come "propria" – verosimilmente in considerazione del fatto di abbracciare in modo totalizzante gli esiti dell'attività di impresa, ossia tanto gli utili quanto le perdite – e definendola come quella «di gran lunga (...) più importante e interessante»³¹, in contrapposizione all'altra, c.d. "impropria", i cui caratteri strutturali sono tuttora dibattuti.

Precipualemente dal contratto di cointeressenza impropria, in ragione delle aporie interpretative alle quali esso ha dato luogo, conviene prendere le mosse in questa sede. Di seguito, si procederà all'analisi dell'altra tipologia cointeressenziale e alla disciplina comune a entrambe, esaminando infine la particolare ipotesi prevista dal 2° co. dell'art. 2554, concernente la partecipazione agli utili dei prestatori di lavoro.

2. Il contratto di cointeressenza impropria.

Il problema fondamentale postosi con riguardo al «contratto di cointeressenza agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite» concerne la presenza o meno dell'apporto nel suo schema tipologico-strutturale.

Il dubbio nasce dall'involutezza del dettato normativo, che ha indotto una parte della dottrina³², sia pure sotto diversi angoli prospettici, a dubitare che l'inciso finale «senza il corrispettivo di un determinato apporto» si riferisca alla sola cointeressenza propria e a postulare che l'apporto manchi o, quanto meno, possa mancare anche nell'altra specie contrattuale.

2.1. Le tesi dottrinali che postulano l'assenza dell'apporto.

³¹ Ghidini, voce *Cointeressenza*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 437.

³² Cfr. de Marco, *Associazione in partecipazione e contratti di cointeressenza* (nota a Cass., 31 luglio 1952, n. 2449), in *Riv. Dir. Fall.*, 1953, II, p. 18; De Martini, *Associazione in partecipazione, cointeressenza e partecipazione agli utili d'una rivendita di generi di monopolio* (nota a Cass., 9 aprile 1954, n. 1112), in *Foro It.*, 1955, I, c. 69; de Ferra, voce *Associazione in partecipazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, I) *Dir. comm.*, III, Roma, 1973, p. 122; Weigmann, voce *Cointeressenza*, in *Dig. IV ed., Disc. Priv., Sez. comm.*, III, Torino, 1988, p. 124; De Acutis, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, p. 91; Mignone, *L'associazione in partecipazione* (Artt. 2539-2554), in Busnelli F.D. (diretto da), *Comm. del Cod. Civ.*, Milano, 2008, p. 691.

Una prima, decisa presa di posizione in questo senso si è avuta da parte di un magistrato in veste di dottrinario, il quale ha ritenuto di poterla suffragare richiamandosi ad una pretesa "evidenza" del dato letterale e all'omessa indicazione dell'art. 2553 c.c., norma che regola l'entità degli apporti degli associati nel contratto di associazione in partecipazione, tra le disposizioni che il legislatore ha inteso estendere ai contratti di cointeressenza³³.

Di identico segno altra opinione, pur essa risalente, che ha invece argomentato come la mancata previsione di un apporto (anche) nella cointeressenza impropria derivi dalla duplice funzione alternativa che tale contratto assolverebbe, potendo esso inserirsi in un congegno di negozi collegati stipulati tra più imprenditori e volto a dar luogo a una compensazione reciproca di utili con finalità assicurative, ovvero essere isolatamente utilizzato dal cointeressante, invero in casi del tutto eccezionali, per beneficiare senza nulla in cambio il cointeressato³⁴.

A favore dell'esclusione dell'apporto è stato poi formulato un argomento di carattere logico-sistematico, che prende le mosse dall'assenza dell'art. 2550 tra le norme richiamate dall'art. 2554 ai fini della disciplina di entrambe le tipologie di cointeressenza.

Notoriamente, infatti, nel contratto di associazione in partecipazione, salvo patto contrario, l'art. 2550 c.c. preclude all'associante di attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati. Ebbene, secondo questa corrente dottrina il mancato

³³ Cfr. de Marco, *op. cit.*, p. 18, a parere del quale «I contratti di cointeressenza (...) prescindono dal conferimento di un qualsiasi apporto. L'art. 2554 all'uopo stabilisce che le disposizioni degli artt. 2551 e 2552 si applicano anche al contratto di cointeressenza agli utili di una impresa senza partecipazione alle perdite ed al contratto col quale un contraente attribuisce la partecipazione agli utili ed alle perdite della sua impresa senza il corrispettivo di un determinato apporto. È evidente che quest'ultima precisazione si riferisce ad entrambe le ipotesi disciplinate nell'articolo in questione, come del resto è comprovato e fatto palese dal mancato richiamo all'art. 2553. Nessuna limitazione infatti subisce in detti contratti la partecipazione alle perdite perché manca nei contratti di cointeressenza il termine di riferimento che è l'apporto».

³⁴ È la tesi del De Martini, *op. cit.*, p. 69, secondo cui «la cointeressenza, considerata dalla prima parte dell'art. 2554, non solo non presenta l'estremo della partecipazione anche alle perdite, tipico della figura dell'art. 2549, ma nemmeno presenta quell'altro estremo che è l'apporto patrimoniale, sostituito da un diverso vantaggio collegato ad un congegno compensativo di utili, o addirittura mancante nell'eventualità, piuttosto eccezionale, che la partecipazione agli utili venga attribuita a titolo di liberalità, anche remuneratoria, e cioè senza alcun vantaggio corrispettivo».

richiamo a detta disposizione da parte dell'art. 2554 c.c. – che fa sì che nelle situazioni in quest'ultimo ipotizzate l'imprenditore sia libero di attribuire cointeressenze e associare altri partecipanti senza necessità del consenso del primo cointeressato – costituisce un dato particolarmente rilevante, giacché – si afferma – «la libertà riconosciuta allo imprenditore non può essere che correlativa ad una situazione di maggior sicurezza per i suoi partners nell'interesse dei quali è principalmente stabilito il divieto dell'art. 2550: tanto è vero che esso può venir rimosso proprio e soltanto dal loro consenso.»³⁵

Il ragionamento può così sintetizzarsi: se il legislatore ha inteso prevedere nell'art. 2554, 1° co., prima parte, c.c. un contratto di cointeressenza agli utili senza partecipazione alle perdite, ciò vuol dire che non ha ritenuto questa fattispecie coincidente con quella dell'art. 2549 c.c.; quale può essere, dunque, la differenza tra le predette fattispecie? Non già la partecipazione o meno alle perdite, poiché il combinato disposto degli artt. 2549 e 2553 c.c. induce ad ammettere la possibilità di esclusione convenzionale di tale partecipazione – elemento causale “naturale” ma non “essenziale” – anche nell'associazione in partecipazione. La differenza deve dunque ravvisarsi proprio nell'apporto.

L'essenzialità di tale elemento nell'associazione in partecipazione è infatti pacifica, dato che l'art. 2549 lo indica testualmente tra gli elementi qualificanti del contratto, mentre il discorso cambia quando si passi a esaminare l'art. 2554, che dell'apporto non parla se non per escluderne la presenza, e sia pure in modo che rende certo il riferimento alla seconda ipotesi (partecipazione agli utili ed alle perdite dell'impresa) ed incerto il riferimento alla prima³⁶.

L'assenza dell'apporto si presterebbe altresì, secondo questa ricostruzione, a costituire l'unico carattere che nel contempo accomuna le due cointeressenze e le differenzia dall'associazione in partecipazione: la seconda ipotesi – della quale nessuno contesta la differenza dalla associazione in partecipazione pur rilevandone taluno l'affinità – contempla la partecipazione alle perdite ma l'esclusione dell'apporto. La prima e la seconda ipotesi

sono tuttavia soggette alla medesima disciplina per quanto attiene all'applicabilità e all'inapplicabilità delle altre norme del titolo VII. Ci si chiede, pertanto, quale sia l'elemento che le accomuna. E ci si dà questa risposta: sia nel primo che nel secondo caso il cointeressato partecipa agli utili, ma mentre nel secondo concorre alle perdite, nel primo ne è testualmente escluso. L'elemento comune non può essere allora che l'esonero dall'apporto, mentre il diverso regime in ordine alla sopportazione delle perdite non è stato ritenuto dal legislatore così rilevante da farne un perno della disciplina; se infatti il legislatore tutela con l'art. 2550 l'associato e non il cointeressato che tuttavia partecipa alle perdite, vuol dire che non della partecipazione alle perdite, ma dell'esistenza o meno dell'apporto, ha fatto il criterio discrezionale per limitare o meno – attraverso l'applicazione dell'art. 2550 – la libertà dell'imprenditore³⁷.

Ritenute condivisibili le predette considerazioni, una dottrina più recente ha proposto di individuare la giustificazione causale di entrambe le forme di cointeressenza – sempre partendo dal presupposto che l'apporto manchi nell'una come nell'altra – inserendole in un contesto più ampio costituito da coalizioni fra imprenditori per ridurre, con un meccanismo di reciproca solidarietà (*pool*, *Interessengemeinschaft*), gli effetti della concorrenza sui profitti³⁸.

In questo modo, peraltro, si ripropone pressoché pedissequamente la risalente teoria dei “congegni compensativi” già *supra* richiamata³⁹ e sembra trarre nuova linfa l'opinione, anch'essa risalente, secondo cui la cointeressenza, anche quella impropria, viene a delinearsi come il contratto col quale due imprese, di solito costituite in forma di società, si obbligano a mettere in comune i loro guadagni ed eventualmente le relative perdite, per ripartirle in proporzioni prestabilite⁴⁰.

In altri termini, la difficoltà di trovare idonea giustificazione causale (non donativa) al contratto di cointeressenza impropria isolatamente considerato e presupposto privo di apporto, conduce alla conseguenza che esso non possa che intendersi collegato, in via accessoria o integrativa, ad altra o ad altre fattispecie negoziali⁴¹.

Si afferma allora che il negozio che viene integrato può essere un mutuo o una locazione oppure ancora un contratto d'opera, per i quali la cointeressenza si

aggiunge ad un corrispettivo fisso (interesse, canone, compenso)⁴².

Di natura storica e, ancora una volta, logico-sistematica sono invece gli argomenti apportati al dibattito – sempre a favore della tesi che ipotizza la mancanza di apporto anche nella cointeressenza impropria – dalla dottrina contemporanea⁴³.

Sotto il primo aspetto, si è tratto spunto dalle origini della norma contenuta nell'art. 2554 c.c., osservando come la definizione di associazione in partecipazione contenuta nel codice di commercio del 1882 (che a sua volta riproduceva pressoché integralmente quella del suo immediato precedente del 1865) tacesse sulla presenza o meno dell'apporto e caratterizzasse invece l'istituto unicamente in base alla duplice partecipazione agli utili e alle perdite. Rilevato, pertanto, che solo con l'unificazione della materia civile e commerciale, posta in essere dal codice civile del '42, il dubbio se l'apporto fosse oppure no elemento essenziale della fattispecie venne risolto in senso affermativo nell'art. 2549, si è ritenuto che la previsione nell'art. 2554 dei due distinti istituti della cointeressenza sia stata originata proprio dalla volontà di disciplinare i casi in cui l'apporto stesso fosse assente⁴⁴.

Sotto il secondo aspetto, si è sostenuto che un contratto che preveda l'attribuzione di una partecipazione agli utili in cambio di un apporto, senza partecipazione alle perdite, sarebbe null'altro che un mutuo parziario (almeno nei casi in cui l'apporto sia in denaro o altro bene fungibile)⁴⁵. Se ammettessimo – si postula – che nella cointeressenza impropria sia dovuto un apporto, dovremmo ammettere che il legislatore ha inteso codificare il mutuo parziario sotto forma di questo tipo di cointeressenza, «il che è davvero poco plausibile»⁴⁶.



2.2. Le tesi dottrinali che postulano la presenza dell'apporto.

La dottrina prevalente⁴⁷ ritiene che l'apporto costituisca elemento naturale, se

³⁵ Così **de Ferra**, *op. cit.*, p. 118, a detta del quale la predetta constatazione rappresenta la chiave di volta per la soluzione del problema se la cointeressenza agli utili dell'impresa senza partecipazione alle perdite debba avere come corrispettivo il conferimento di un apporto.

³⁶ **de Ferra**, *op. loc. cit.*

³⁷ **de Ferra**, *ibidem*.

³⁸ **Weigmann**, *op. cit.*, p. 125, nt. 11.

³⁹ V. nt. 4.

⁴⁰ **de Marco**, *op. cit.*, p. 18.

⁴¹ **De Acutis**, *op. cit.*, p. 97.

⁴² **Weigmann**, *op. loc. cit.*

⁴³ In particolare dal **De Acutis**, *op. cit.*, *passim*, e dal **Mignone**, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁴ **De Acutis**, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁵ È la prospettazione del **Mignone**, *op. cit.*, pp. 692 e ss.

⁴⁶ **Mignone**, *ibidem*.

⁴⁷ **Salandra**, *Le società commerciali secondo il nuovo codice*, Ed. Univ., Bologna, 1942, p. 343; **Greco**, *Lezioni di*

non proprio essenziale, della cointeressenza impropria.

Un autore, in particolare, ha ritenuto inaccettabile la tesi contraria sulla base di considerazioni logico-funzionali: non si vede – questo è il senso del ragionamento – per quale ragione, all'infuori dell'ipotesi del tutto eccezionale di negozio a titolo gratuito (che peraltro sarebbe nullo ai sensi dell'art. 771 c.c., avendo per oggetto beni futuri del donante) il titolare di un'impresa dovrebbe attribuire ad altri la favorevolissima condizione della partecipazione (cointeressenza) agli utili, senza partecipazione alle perdite, se non ottenesse il corrispettivo di un contributo (apporto)⁴⁸.

Propende per la presenza dell'apporto anche chi, pur non negando l'equivalenza della lettera della legge, pone l'accento su ragioni sistematiche, ritenendo illogico – non considerando l'apporto essenziale – che il legislatore abbia inteso creare un apposito contratto (la cointeressenza impropria) per la sola e modesta differenza rispetto a un altro (cointeressenza propria) consistente nella mancata partecipazione alle perdite, quando bastava stabilire la possibilità di escluderle convenzionalmente⁴⁹.

2.3. La posizione della giurisprudenza.

Con l'eccezione di alcune risalenti pronunce di merito⁵⁰, anche la giurisprudenza si esprime compatta per la necessaria presenza dell'apporto nella cointeressenza impropria⁵¹.

diritto commerciale, Torino, 1943, p. 68; **Messineo**, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, III, t. II, Milano, 1954, p. 220; **Barassi**, *Istituzioni di diritto civile*⁶, Milano, 1955, p. 623; **Ghidini**, voce *Cointeressenza*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 442; **Greco**, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 103; **Uberti Bona**, voce *Cointeressenza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 308; **Fragali**, *Del mutuo*, in Scialoja A. e Branca G. (a cura di), *Comm. del Cod. Civ.*, Bologna-Roma, 1966, p. 319; **Ferri**, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1969, p. 521; **Santoni**, 1985, *L'associazione in partecipazione*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 1985, p. 228; **Cottino**, *Diritto commerciale*, Padova, 1987, p. 49; **Costi e Di Chio**, *Le società in generale - Società di persone Associazione in partecipazione*, in Bigiavi W. (diretta da), *Giur. sistem. di dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, p. 970; **Dal Poz**, *Sub art. 2554*, in Cendon P. (a cura di), *Comm. del Cod. Civ.*, Milano, 2010, p. 498.

⁴⁸ **Ghidini**, *op. loc. cit.*

⁴⁹ Così l'**Uberti Bona**, *op. cit.*, p. 307.

⁵⁰ **Trib. Roma**, 15 luglio 1957, *Riv. Dir. Fall.*, 1958, II, 818; **App. Milano**, 27 maggio 1955, *Foro Pad.*, 1955, II, 44.

⁵¹ **Cass.**, *Sez. I*, 17 aprile 2014, n. 8955, *www.dirittoeggiustizia.it*; **Cass.**, *Sez. Lav.*, 27 gennaio 2011, n. 1954, *CED*, Rv. 61597; **Cass. Sez. Lav.**, 8 ottobre 2008, n. 24871, *CED*, Rv. 605041; **Cass.**, *Sez. I*, 23 gennaio 1996, n. 503, *CED*, Rv. 495546; **Cass.**, *Sez. III*, 8 giugno 1985, n. 3442, *Soc.*, 1986, 148; **Cass.**, *Sez. I*, 15 gennaio 1979, n. 294, *CED*, Rv. 396373; **Cass.**, *Sez. Lav.*, 2 agosto 1975, n. 2960, *CED*, Rv. 377045; **Cass.**, *Sez. I*, 18 luglio 1969, n. 2671, *CED*, Rv. 342333; **Cass.**, *Sez. I*, 17 aprile 1968, n. 1134, *CED*, Rv. 332611; **Cass.**, *Sez. II*, 9 aprile 1953, n. 929, *CED*, Rv. 880267.

2.4. L'opinione preferibile.

Nonostante l'acutezza di alcune prospettazioni di segno contrario, la tesi tradizionale, secondo la quale l'assenza dell'apporto caratterizzerebbe solo la cointeressenza propria – per la quale il dato letterale è inequivoco – e non anche la cointeressenza impropria, appare preferibile.

Si ritiene, infatti, che, sebbene sulla «poco felice formulazione»⁵² dell'art. 2554 c.c. convergano tutte le opinioni degli interpreti, il mancato richiamo esplicito da parte del legislatore all'apporto quale requisito naturale del contratto di cointeressenza impropria, sia stato enfatizzato oltre misura, se solo si ponga mente a un triplice ordine di considerazioni, di natura letterale, sistematica e causale.

In primo luogo, occorre soffermarsi sul dato letterale, rilevando come la virgola che separa le due proposizioni contenute nell'art. 2554, 1° co., c.c. («*Le disposizioni ... si applicano anche al contratto... , e al contratto...*») sembri tutt'altro che casuale, segnalando, invece, proprio l'intenzione del legislatore di frapporre una netta cesura tra le due fattispecie di cointeressenza, solo alla seconda delle quali può dunque ragionevolmente collegarsi l'inciso «*senza il corrispettivo di un determinato apporto*».

È pur vero, infatti, che anche il predetto inciso è preceduto da una virgola, il che sicuramente non giova all'univocità testuale della norma, ma ciò non sembra sufficiente a inficiare l'interpretazione che qui si propone, tanto più che la stessa dottrina che in tempi recenti ha perorato l'opposta argomentazione non ha mancato di riconoscere che il testo dell'art. 2554 c.c. «non suona purtuttavia molto bene, laddove si cerchi di immaginare quel “senza” come riferito ad entrambe le proposizioni precedenti»⁵³.

Il dato letterale, peraltro, anche qualora si concordi nel voler superare le sue indubbie contraddizioni (si è infatti in presenza di una disposizione che, comunque la si pensi, è scritta male) approdando all'interpretazione che riconduce l'inciso anzidetto alla sola cointeressenza propria, non fuga ogni perplessità relativamente alla tipologia contrattuale in esame. Ciò in quanto, è un dato di fatto che nella prima proposizione di cui all'art. 2554, 1° co., c.c. l'apporto comunque non viene menzionato, costituendo la sua introduzione nello schema strutturale della cointeressenza impropria esclusivamente il frutto di una operazione ermeneutica.

Assume pertanto rilievo un secondo aspetto, questa volta di carattere sistematico,

costituito dal fatto che il contratto di cointeressenza impropria, al pari di quello di cointeressenza propria, costituisce una variante dell'associazione in partecipazione.

Infatti, sebbene parte della dottrina⁵⁴ tenda ad attribuire alle cointeressenze un carattere generale ed elastico che opererebbe nel senso di sottrarle dall'orbita del contratto di associazione in partecipazione, è la stessa collocazione topografica di entrambe le fattispecie cointeressenziali – poste in chiusura e a completamento del titolo del codice civile dedicato al predetto contratto – a deporre in senso contrario, e cioè nel senso della qualificazione delle predette tipologie contrattuali quali *species* del più ampio *genus* costituito dall'associazione in partecipazione, negozio che, come è noto, prevede come immancabile l'apporto dell'associato.

Coglie allora nel segno la tesi che risolve la cointeressenza impropria nel contratto di associazione in partecipazione nel quale sia convenzionalmente escluso l'esonero dell'associato dalle perdite⁵⁵ e che ritiene, di conseguenza, che l'inciso «*senza il corrispettivo di un determinato apporto*» si riferisca esclusivamente alla cointeressenza propria.

Tale conclusione è inoltre suggerita dalla semplice considerazione logica che, se in entrambe le forme di cointeressenza mancasse l'apporto, non si comprenderebbe a quale tipologia di cointeressenza avrebbe inteso riferirsi il legislatore con la previsione di cui al 2° co. dell'art. 2554 c.c. che, richiamando «*le partecipazioni agli utili attribuite ai prestatori di lavoro*», ha immaginato – sia pure per far salva la disposizione dell'art. 2102 (v. oltre) – una tipologia cointeressenziale che, con tutta evidenza, presuppone la presenza di un apporto (lavorativo). La mancanza *ex lege* dell'apporto nella cointeressenza propria porta allora a desumere che la sua presenza sia stata invece ipotizzata nell'altra forma di cointeressenza, quella impropria⁵⁶.

Depone in questo senso anche la ragione causale ben evidenziata dalla dottrina più risalente⁵⁷, secondo cui concepire la partecipazione ai soli utili del cointeressato, senza che questi dia un apporto come corrispettivo del vantaggio

⁵⁴ Da ultimo lo stesso **Mignone**, *L'associazione in partecipazione*, in *Il Diritto*, *Enc. Giur. del Sole 24 Ore*, 2007, p. 89.

⁵⁵ **Ghidini**, *op. loc. cit.*

⁵⁶ L'analisi della normativa fiscale sembra suffragare l'assunto, poiché il combinato disposto degli artt. 53, comma 2, lettera c) e 44, comma 1, lettera f) del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (Legge 22 dicembre 1986, n. 917 e s.m.i.) qualifica come reddito di lavoro autonomo le partecipazioni agli utili derivanti da associazioni in partecipazione e «*dai contratti indicati nel primo comma dell'articolo 2554 del codice civile ... quando l'apporto è costituito esclusivamente dalla prestazione di lavoro*».

⁵⁷ **Ghidini**, *op. loc. cit.*

⁵² Così **Dal Poz**, *op. loc. cit.*

⁵³ **Mignone**, *op. cit.*, nt. 17, p. 688.

ricevuto, relega questa tipologia contrattuale a evenienze alquanto marginali della vita pratica, risolvendosi in un atto di liberalità, per giunta nullo per violazione del disposto dell'art. 771 c.c., che vieta la donazione di beni futuri.

L'alternativa a questa funzione minimale che il contratto di cointeressenza impropria, concepito come privo di apporto, finirebbe con l'assolvere, è stata ravvisata, come si è esposto ampiamente *supra*, nell'ipotizzato collegamento ad altri contratti accessori o integrativi. Si tratta, però, di un'alternativa che non convince né soddisfa, poiché essa, pur di avvalorare la premessa assiomatica che la sorregge (le cointeressenze sono sempre prive di apporto) giunge a una conclusione che sacrifica l'autonomia del «contratto di cointeressenza agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite», immaginandolo non autosufficiente bensì dipendente e complementare rispetto a un disegno negoziale più vasto.

Parimenti non condivisibile è la ricostruzione secondo cui l'assenza dell'apporto nella cointeressenza impropria discenderebbe dal mancato richiamo dell'art. 2554 agli artt. 2550⁵⁸ e 2553⁵⁹.

Con riferimento all'art. 2550, alla tesi secondo cui il legislatore avrebbe evitato di richiamarlo, nel dettare la disciplina di entrambe le specie di cointeressenza, poiché esso conterrebbe una norma che mira a tutelare unicamente coloro che hanno effettuato un esborso sotto forma di apporto⁶⁰, si replica agevolmente che la *ratio* dell'art. 2550 può in maniera altrettanto convincente ravvisarsi anche nella tutela di chi è esposto al rischio di compartecipazione alle perdite, sicché l'omissione del legislatore sarebbe semplicemente dovuta al fatto che nella cointeressenza impropria il cointeressato non risponde delle perdite, mentre nella cointeressenza propria questi non rischia alcun apporto.

Del pari, la mancata estensione dell'art. 2553 si spiega in quanto tale disposizione attiene alla regolamentazione del duplice rapporto perdite-utili e perdite-apporto, di talché non tange né la cointeressenza impropria, in cui non vi è partecipazione alle perdite, né la cointeressenza propria, in cui non vi è l'apporto.

Neppure convince, infine, la teoria secondo cui sarebbe ineludibile concepire la cointeressenza impropria come priva dell'apporto perché altrimenti («almeno nei

casi in cui l'apporto sia in denaro o altro bene fungibile», si ha cura di puntualizzare), dovremmo arrenderci alla «poco plausibile» evidenza che il legislatore, prevedendo l'attribuzione di una partecipazione agli utili in cambio di un apporto e senza partecipazione alle perdite, abbia finito col codificare quella particolare figura contrattuale atipica nota come mutuo parziario⁶¹.

A ben vedere, infatti, anche a voler sostenere che con la previsione di cui all'art. 2554, 1° co., parte prima, c.c. il legislatore abbia in parte ricalcato, consapevolmente oppure no (e l'approssimazione con la quale è stato redatto il testo della norma farebbe propendere per questa seconda ipotesi), i tratti di un contratto atipico – quale il mutuo di natura aleatoria con il quale il mutuante accetta di remunerare il proprio finanziamento pecuniario con gli utili futuri ed eventuali maturati dall'imprenditore mutuatario – resta comunque il fatto che la soluzione interpretativa che vuole la cointeressenza impropria dotata di apporto, oltre ad essere avallata, come si è visto, da considerazioni letterali e sistematiche, appare decisamente meno marginalizzante in termini pratico-funzionali, rispetto a quella di segno contrario, che relegherebbe la previsione in esame a un ruolo trascurabile nella prassi applicativa.



3. Il contratto di cointeressenza propria.

A differenza della fattispecie appena esaminata, quella prevista dalla seconda parte dell'art. 2554, 1°co., c.c. non crea particolari problemi interpretativi.

Nella cointeressenza propria la presenza dell'apporto è espressamente esclusa dal legislatore, il quale ha previsto che il cointeressato partecipi sia agli utili che alle perdite dell'impresa del cointeressante.

Il vantaggio economico delle parti consiste, pertanto, nel comune coinvolgimento, nel bene e nel male, nelle sorti dell'impresa stessa, per cui il partecipante si avvantaggerà degli eventuali utili, mentre l'imprenditore godrà dell'indiretta protezione economica datagli dal poter dividere le eventuali perdite con l'altro contraente⁶².

La partecipazione alle perdite non associata al conferimento di un apporto si traduce, in sostanza, in un «conferimento di

responsabilità», figura alquanto controversa⁶³, ma da alcuni ammessa⁶⁴ con riguardo alle società di persone.

In ogni caso, l'obbligo assunto dal cointeressato nei confronti del cointeressante è stato definito di «generica» garanzia, proprio perché il primo non garantisce l'adempimento di determinate obbligazioni, sussistenti verso dati creditori, ma, a favore del titolare dell'impresa, assume un obbligo che si rende operante solo *ex post*, a esercizio chiuso e che riguarda non singole, determinate operazioni, ma il risultato finale, il saldo, di tutte le operazioni⁶⁵.

Alla suddetta forma elementare di cointeressenza propria, definita «semplice», questa stessa dottrina giustappone una forma ritenuta più importante e di più frequente applicazione pratica, denominata «complessa», che implica la partecipazione *reciproca* delle parti, che tutte svolgono un'impresa, ai risultati economici, utili e perdite, dipendenti dalla loro rispettiva attività (così che viene ripartito il risultato finale, complessivo, emergente dalla compensazione tra i singoli risultati delle varie imprese)⁶⁶.

Per quanto appena esposto, sotto il profilo funzionale la causa di finanziamento che abbiamo visto essere propria della cointeressenza impropria cede il passo alla causa assicurativa della cointeressenza propria «semplice», ovvero alla causa assicurativo-mutualistica della variante «complessa» di quest'ultima, nella quale entrambi i soggetti sono a un tempo assicurati e assicuratori perché conferiscono gli utili (e le perdite) singolarmente prodotti e ritirano una quota parte del risultato complessivo, cumulativo⁶⁷.

Questa forma più elaborata di cointeressenza, a parere di tale opinione dottrinale, si riscontrerebbe frequentemente nell'ambito dei contratti di consorzio, avvicinandosi per alcuni aspetti alle intese tra imprenditori che nell'ambito della *common law* si definiscono *pool* e assumendo una funzione anticoncorrenziale⁶⁸.

⁶³ Contrario, ad es., **Campobasso**, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle Società*, Torino, 2006, p. 76.

⁶⁴ Ad es., **Abbadessa**, *Le disposizioni generali sulle società*, Rescigno P. (diretto da), in *Trattato di diritto privato*, XVI, Torino, 1985, p. 32.

⁶⁵ **Ghidini**, *op. cit.*, p. 441.

⁶⁶ **Ghidini**, *op. loc. cit.*

⁶⁷ **Ghidini**, *op. cit.*, p. 438, che trae spunto da tali premesse per desumere che in tal modo si manifesti il carattere della mutualità ed appaia chiara la ritenuta affinità della cointeressenza «con la società di mutua assicurazione (cfr. art. 2546 ult. comma)».

⁶⁸ A parere del **Ghidini**, *op. cit.*, p. 440, la cointeressenza propria elimina, in sé e per sé, l'interesse alla concorrenza: «se i risultati economici verranno, a fine esercizio, messi in comune e perequati, è inutile che, durante l'esercizio, il cointeressato A faccia concorrenza al cointeressato B, perché se lo facesse e

⁵⁸ **de Ferra**, *op. cit.*, p. 118; **Weigmann**, *op. cit.*, p. 125; **De Acutis**, *op. cit.*, p. 93; **Mignone**, *L'associazione in partecipazione* (Artt. 2539-2554), in Busnelli F.D. (diretto da), *Comm. al Cod. Civ.*, Milano, 2008, p. 693.

⁵⁹ **de Marco**, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁰ **Mignone**, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ **Mignone**, *op. loc. ult. cit.*

⁶² **Mignone**, *op. loc. ult. cit.*

Coerentemente con l'inquadramento della cointeressenza propria all'interno dello schema assicurativo o assicurativo-mutualistico, si esclude che il relativo contratto abbia natura commutativa e lo si considera tipicamente aleatorio.

4. La disciplina comune.

La disciplina di entrambe le forme di cointeressenza è contenuta negli artt. 2551 e 2552 c.c., espressamente richiamati dall'art. 2554 c.c., oltre che, *a contrario*, dagli artt. 2550 e 2553 c.c., volutamente ignorati dalla disposizione di riferimento.

L'analisi di tali norme consente di distinguere agevolmente la cointeressenza dallo schema tipico societario e, del pari, nonostante le innegabili affinità, dal contratto di associazione in partecipazione.

Il contratto di cointeressenza – nell'una come nell'altra variante – si differenzia dal contratto di società per la mancanza di un autonomo patrimonio comune, risultante dai conferimenti dei singoli soci, e per l'assenza di una gestione in comune dell'impresa, che è esercitata, anche nei rapporti interni, dal solo associante, cui compete di svolgere ogni attività relativa all'impresa stessa secondo la propria libera determinazione, con l'assunzione della responsabilità esclusiva verso i terzi; mentre il cointeressato può esercitare eventualmente – ove sussista apposito patto e nei limiti in esso fissati – soltanto un controllo sulla gestione dell'impresa della quale resta *dominus* l'associante⁶⁹.

Il richiamo all'art. 2552 c.c. peraltro implica che, come previsto dall'ultimo comma di questa disposizione, il cointeressato abbia diritto «*al rendiconto dell'affare compiuto, o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno.*»

Rispetto al contratto di associazione in partecipazione, le differenze sono più sfumate.

In primo luogo, la cointeressenza (propria e impropria) riguarda necessariamente gli affari di un'impresa, mentre nell'associazione in partecipazione, come si desume dall'art. 2549, che fa riferimento all'associazione anche per affari singoli, l'associante può anche non essere un imprenditore.

D'altro canto, il dato normativo che circoscrive l'operatività del contratto di cointeressenza ai soli affari di un'impresa non vieta, nel silenzio della legge su questo punto specifico, che esso, oltre a potersi

con ciò aumentasse i propri utili a spese di B, il risultato sarebbe che egli dovrebbe conferire i propri maggiori utili, mentre B conferirebbe utili limitati; e in tal caso A agirebbe contro il proprio interesse, perché col riparto finale egli, con gli utili propri, integrerebbe i minori utili realizzati da B».

⁶⁹ Cass., Sez. III, 8 giugno 1985, n. 3442, CED, Rv. 441098.

stipulare per tutti gli affari di questa, possa anche limitarsi a riguardare una singola operazione imprenditoriale⁷⁰.

In ogni caso, ove manchi la previsione del termine di durata del rapporto, ciascuno dei contraenti potrà esercitare in qualsiasi momento il diritto di recesso, come in ogni contratto di durata. Sul punto, vi è un precedente giurisprudenziale in termini, concernente sia l'associazione in partecipazione che la cointeressenza impropria⁷¹.

Al mancato richiamo agli artt. 2550 e 2553 c.c. consegue che possano aversi più cointeressati e che ciascun cointeressato possa assumere una partecipazione illimitata alle perdite (ovviamente nella sola fattispecie di cointeressenza propria).

Sotto quest'ultimo aspetto, parte della dottrina ha recentemente prospettato l'opportunità di estendere alla cointeressenza propria la disposizione che vieta il c.d. patto leonino, rilevando come un ipotetico cointeressato ad un'impresa in forma di società di capitali, che non si sia curato di limitare pattiziamente la propria responsabilità, possa trovarsi in una posizione peggiore, dal punto di vista dell'esposizione al rischio, di quella dello stesso socio, che gode della responsabilità limitata⁷².

5. Cointeressenza e lavoro subordinato.

Il 2° co. dell'art. 2554 c.c. puntualizza che «*Per le partecipazioni agli utili attribuite ai prestatori di lavoro resta salva la disposizione dell'art. 2102*».

L'art. 2102 c.c., per parte sua, stabilisce come tali partecipazioni vadano calcolate, precisando che il computo debba compiersi «*in base agli utili netti dell'impresa e, per le imprese soggette alla pubblicazione del bilancio, in base agli*

utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato e pubblicato».

È opinione comune che la collocazione topografica della disposizione richiamata – posta all'interno della disciplina codicistica dedicata al rapporto di lavoro subordinato – costituisca la chiave di lettura della riserva delineata dal legislatore, evidenziando l'inconciliabilità della cointeressenza con la prestazione lavorativa dipendente.

Si è osservato che il rinvio all'art. 2102 c.c. rappresenta la conferma del fatto che il rapporto di lavoro subordinato retribuito in tutto o in parte con la partecipazione del dipendente agli utili è estraneo tanto all'associazione in partecipazione quanto alla cointeressenza, servendo a rimarcare con norma espressa la distinzione tra il rapporto di associazione in partecipazione con apporto di opera e rapporto di lavoro subordinato con partecipazione del lavoratore agli utili: infatti nel momento stesso in cui si parla di partecipazione agli utili attribuita ai prestatori di lavoro, si richiama il concetto di contratto di lavoro subordinato indicandosene una delle parti⁷³.

Non sembra dunque dubitabile che il legislatore, facendo salvo il disposto dell'art. 2102 c.c., abbia inteso escludere che il corrispettivo degli utili nella cointeressenza (impropria) possa essere costituito da un apporto di lavoro subordinato, e ciò per l'ontologica incompatibilità del rischio di impresa con la subordinazione.

6. Casistica.

Tra i rari precedenti giurisprudenziali editi spicca un caso, invero alquanto risalente, in cui la cointeressenza ha trovato applicazione in un rapporto artistico.

In tale occasione, il contratto stipulato da una cantante con una casa discografica, avente a oggetto l'incisione di dischi con la voce dell'artista in cambio di una percentuale sul ricavato netto delle vendite, è stato inquadrato nella categoria dei contratti di cointeressenza agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite⁷⁴.

L'apporto, dunque, in questa fattispecie cointeressenziale impropria si è sicuramente concretizzato, identificandosi con la prestazione dell'artista.

Non infrequente è la stipulazione di contratti di cointeressenza nell'esercizio di attività farmaceutica al dettaglio.

La Cassazione ha precisato che il contratto con il quale il farmacista, in corrispettivo di finanziamenti occorrenti per la sua attività, si impegna al versamento di una percentuale degli utili netti, non implica

⁷³ De Ferra, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁴ App. Milano, 18 luglio 1952, *Il Dir. d'Aut.*, 1952, 532, confermata in sede di legittimità da Cass., Sez. I, 9 ottobre 1953, n. 3230, *Riv. Dir. Fall.*, 1954, II, 25.

⁷⁰ Cass., Sez. I, 18 luglio 1969, n. 2671, *Giur. It.*, 1970, I, 1, p. 707; Cass., Sez. I, 31 luglio 1952, n. 2449, *Riv. Dir. Fall.*, 1952, II, p. 394. Dello stesso avviso, in dottrina, Uberti Bona, *op. cit.*, p. 310.

⁷¹ Ci si riferisce a Cass., Sez. III, 15 aprile 1993, n. 4473, CED, Rv. 481849, secondo cui «Nel contratto di associazione in partecipazione agli utili dell'impresa o di uno o più affari, il diritto di recesso deve riconoscersi a ciascuno dei contraenti ove manchi la previsione del termine di durata del rapporto, con la conseguenza che l'istituto del recesso unilaterale a norma del secondo comma dell'art. 1373 cod. civ. è applicabile sia al contratto sopra richiamato che ai rapporti di cointeressenza agli utili senza partecipazione alle perdite, che costituisce una figura particolare del contratto di cui all'art. 2549 cod. civ.».

⁷² Mignone, *op. ult. cit.*, pp. 696 e 697, il quale perspicuamente osserva che per le cointeressenze è esclusa anche la presunzione di parità fra partecipazione agli utili e alle perdite, prevista dallo stesso art. 2553 c.c., di talché l'estensione alla cointeressenza propria del divieto di patto leonino eviterebbe l'instaurarsi di un rapporto dotato, almeno per una delle parti, di un altissimo livello di aleatorietà, non controbalanciato da una correlativa attribuzione di poteri.

la costituzione di società o comunione di beni con il finanziatore, e, pertanto, non incorre in sanzione di nullità, sotto il profilo della violazione dell'inderogabile principio che vieta la scissione della titolarità dell'impresa e della sua gestione dalla responsabilità del servizio farmaceutico, previsto dagli artt. 11 e 12 della l. 2.4.1968, n. 475⁷⁵.

**Giudice del Tribunale di Milano*



RIFORMA DEI REATI TRIBUTARI ED ELUSIONE FISCALE DI CARLO BOGGIO MARZET*

Con l'attuazione mediante decreto legislativo 24 settembre 2015 n. 158 della legge delega 11 marzo 2014 n. 23 è stata varata una importante e attesa riforma della legislazione penale tributaria della quale da mesi si discuteva. Detta riforma trae origine dalle esigenze legate alla crisi economica che ha messo in ginocchio le imprese del nostro Paese, anche in considerazione dei non brillanti risultati ottenuti dalla precedente normativa che aveva generato una pleora di procedimenti che andavano a intasare il già congestionato sistema della Giustizia.

Senza addentrarsi nello specifico va detto che si era delineata una giurisprudenza di merito che avallava una linea difensiva adottata dagli imprenditori, chiamati a rispondere delle violazioni tributarie in sede penale, attribuendo efficacia sostanzialmente scriminante alle situazioni di grave crisi finanziaria delle aziende che imponevano all'imprenditore delle scelte difficili quanto necessarie.

Il legislatore quindi, avvertita l'assoluta necessità di confrontarsi con dati oggettivi ed incontrovertibili, da un lato, ha operato la scelta di innalzare la soglia di punibilità ai fini della rilevanza penale per molte fattispecie, dall'altro ha deciso, per altre ipotesi, di inasprire le sanzioni penali per disincentivare l'evasione.

⁷⁵ Cass., Sez. III, 1 aprile 2014, n. 7525, CED, Rv. 629912; Cass., Sez. II, 27 giugno 2006, n. 14808, CED, Rv. 590170; Cass., Sez. II, 21 giugno 1995, n. 7026, CED, Rv. 49299; Cass., Sez. I, 6 maggio 1991, n. 4996, CED, Rv. 472017; Cass., Sez. I, 14 marzo 1990, n. 2091, CED, Rv. 465919; Cass., Sez. Un., 17 gennaio 1986, n. 274, CED, Rv. 443911.

In sostanza maggiore clemenza per situazioni legate al difficile momento dell'economia ma fermezza e determinazione nel perseguire i comportamenti improntati a frode.

Analizzando brevemente gli aspetti maggiormente salienti della legge n. 74/2000 così come modificata dal decreto di riforma, in tema di dichiarazione fraudolenta realizzata mediante altri artifici, vengono specificate le condotte tipiche che devono caratterizzare gli artifici e raggiri, presupposto indefettibile della frode. Superando la genericità estrema della precedente normativa, la nuova disposizione precisa che il fatto si considera commesso avvalendosi di documenti falsi, non costituendo "mezzi fraudolenti" la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o le sole indicazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali.

Per quanto attiene invece alla dichiarazione infedele è stata alzata la soglia delle rilevanza penale dell'imposta evasa da euro cinquantamila a euro centocinquantamila, da due a tre milioni la soglia degli elementi attivi sottratti all'imposizione. E' stata innalzata anche la soglia di punibilità dell'omessa dichiarazione, portata da euro trentamila a euro cinquantamila, mentre è stata resa più severa la sanzione penale che ha subito un aumento dei margini edittali con la previsione della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni rispetto alla previgente normativa compresa tra uno e tre anni.

Analogo innalzamento della soglia di punibilità è stato apportato per quanto concerne l'omesso versamento di ritenute e dell'Iva, tetto che in questo caso è stato portato rispettivamente a euro centocinquantamila (da cinquantamila) per le omesse ritenute ed euro duecentocinquantamila (da cinquantamila) per l'omesso versamento IVA.

Queste modifiche sono caratterizzate dalla *ratio* comune di depenalizzare le ipotesi di più tenui entità attraverso l'incremento dell'ammontare evaso, lasciando le sanzioni relative al sistema amministrativo, comportando quindi una rilevante diminuzione dell'afflusso di fascicoli alle Procure.

L'innalzamento della soglia relativa ai reati omissivi relativi ai versamenti rappresenta invece, a parere dello scrivente, un'importante presa di coscienza nonchè di posizione, da parte del legislatore, in ordine alla grave carenza di risorse economiche che affligge le imprese, alle riprese delle quali la legislazione previgente rappresentava un forte ostacolo.

Altra innovazione introdotta con la riforma e connessa ai reati di omesso versamento di ritenute certificate e omesso versamento IVA riguarda il pagamento del debito tributario: da semplice circostanza attenuante è diventato causa di non punibilità. Infatti il pagamento dell'intero ammontare del debito, purchè avvenga prima dell'apertura del dibattimento, estingue l'ipotesi criminosa. Quindi il rilevante passo da attenuante a scriminante, da un lato incentiva il debitore al pagamento, dall'altro non lascia traccia dell'illecito con l'estinzione del reato.

Analogo causa di non punibilità riguarda i reati di dichiarazione infedele e omessa dichiarazione, purchè il pagamento del debito tributario avvenga spontaneamente da parte del contribuente, ovvero prima che costui abbia conoscenza di attività di accertamento da parte dell'Autorità amministrativa o penale.

Sono poi previste circostanze attenuanti specifiche sempre legate al pagamento del debito tributario.

Ma il punto veramente innovativo della riforma è stato introdotto dal **D. L.vo 5 agosto 2015 n. 128**, che ha posto fine ad una lunga diatriba giurisprudenziale e dottrina, andando a colmare la grave lacuna legislativa in tema di elusione fiscale o abuso del diritto che tanta confusione ha generato.

Per elusione fiscale, per dirla in parole povere, si intendono tutte quelle operazioni, formalmente lecite, che sfruttano l'assenza di una specifica previsione legislativa, finalizzate ad ottenere un risparmio fiscale.

Da anni si sono confrontati in dottrina i maggiori esperti nel tentativo di colmare una lacuna non più accettabile e anche la Magistratura, con interpretazioni non sempre univoche, ha affrontato il problema. La dottrina maggioritaria ha tendenzialmente sempre ritenuto non penalmente rilevanti tali operazioni anche se non sono mancate invece decisioni in senso contrario.

Si è infatti tentato di creare un principio che sostanzialmente equiparasse l'elusione all'evasione, contestando l'ipotesi criminosa prevista dall'art. 3 del D.L.vo 74/2000, vale a dire la dichiarazione fraudolenta mediante raggiri al fine di evadere le imposte.

Tale impostazione sembrava una forzatura eccessiva, che porta quasi a una collisione del principio interpretativo estrapolato con il principio costituzionale cardine della tassatività della legislazione penale strettamente legato allo stesso principio di legalità.

Di fatto, in concreto si tratta di processare e magari condannare un soggetto che ha agito

senza violare alcuna disposizione esplicita di legge.

Tipico esempio può essere fornito dall'utilizzo di strumenti finanziari come le "promissory notes" o da operazioni, anche collegate a questi che sfruttano il credito di imposta derivante dall'esercizio di attività in paesi stranieri che godono di convenzioni favorevoli ("matching credit") e finalizzate al risparmio fiscale.

Penalizzare operazioni reali e conformi a modelli legali, senza alcuna immutazione del vero o infedele rappresentazione della realtà, non può essere semplicisticamente equiparata ad evasione senza che nessuna previsione legislativa lo ipotizzi.

Ora il legislatore ha chiarito inequivocabilmente il concetto di elusione e la sua corretta configurazione giuridica attraverso la modifica della L. 27 luglio 2000 n. 212 introducendo l'art. 10 bis, rubricato "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale", il cui comma 13, esclude, al di là di ogni possibile interpretazione contraria, la punibilità delle operazioni abusive "ai sensi delle leggi penali tributarie", lasciando ferma la sola sanzione amministrativa.

Si è voluto in sostanza cancellare un reato che non c'era e che era frutto di mere elucubrazioni dottrinarie e giurisprudenziali. Perché in questo Paese accade anche che un cittadino venga inquisito e magari anche condannato per un fatto ipotizzato come reato senza che vi sia una normativa che lo preveda come tale.

Oggi c'è chi ancora non accetta di veder morire quel reato che in realtà non è mai stato tale e che non volendosi arrendere a quella "depenalizzazione" atipica introdotta dal comma 13 dell'art. 10 bis, ipotizza configurazioni giuridiche alternative idonee a tenerlo in vita, quali la truffa aggravata ai danni dello Stato. Ci pare difficile, pur con equilibrismi accusatori mirati, ravvisare nel comportamento "elusivo" gli artifizii e i raggiri, presupposto di quell'ipotesi criminosa, che non possono certo consistere in operazioni discutibili sotto il profilo tributario ma conformi a modelli legali, del tutto scevre da falsità e mezzi fraudolenti di sorta.

Soltanto l'applicazione concreta delle nuove disposizioni e l'evolversi di una situazione economica complessa ci diranno se è una riforma da valutarsi in termini positivi.

Certo è che, a prima vista, sembrerebbe portare maggiore chiarezza.

*Presidente emerito dell'Ordine degli Avvocati di Biella



SOCIETA', ESTINZIONE DI S.R.L. E DEBITI: I SOCI SONO RESPONSABILI IN SOLIDO? DI PAOLO BASSO*

L'art. 2495 c.c., secondo cui "Approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese. Ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi. La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società", è stato oggetto della nota sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 6070 del 12/3/2013 che, seppur chiamata a decidere una questione di natura principalmente processuale, ha colto l'occasione per porre alcuni insegnamenti fondamentali anche di diritto sostanziale.

Poiché, conformemente a quanto stabilito dalla citata norma, la sentenza ha stabilito che i soci succedono nelle obbligazioni passive già facenti capo alla società estinta e ne rispondono nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione (sempreché non debbano risponderne in modo illimitato per altra ragione), interessa qui domandarsi se i soci medesimi ne rispondano in regime di solidarietà oppure se ciascuno di essi risponde solo della sua parte ossia in misura proporzionale alla sua quota di partecipazione al capitale sociale, in ragione della quale ha partecipato anche al riparto del patrimonio residuo in sede di liquidazione.

La Cassazione ricostruisce la fattispecie del subentro nell'obbligo di pagamento dei debiti rimasti insoddisfatti in seguito alla liquidazione in termini di fenomeno successorio ma - è bene chiarirlo subito - pare che il ricorso ad una simile analogia antropomorfa sia stato dettato più dalla necessità di fornire un titolare a rapporti giuridici che, altrimenti, non avrebbero più fatto capo ad alcuno che non dall'effettiva convinzione che sia davvero possibile configurare un parallelismo fra gli effetti della morte della persona fisica e gli effetti dell'estinzione della persona giuridica. Infatti

- si legge in motivazione - la stessa sentenza espressamente rifiuta "improprie suggestioni antropomorfe derivanti dal possibile accostamento tra l'estinzione della società e la morte di una persona fisica", cosicché il riferimento alla successione pare più operato ad un concetto di successione *tout court* che non alla successione *mortis causa*.

Ed infatti il parallelismo pare effettivamente impossibile già a livello normativo solo se si tiene conto del fatto che, qualora - in seguito alla morte di una persona - non esista nessun chiamato all'eredità oppure nessun chiamato abbia potuto o voluto accettarla, si apre la procedura di eredità giacente ed i beni restano tutti ed unitariamente destinati alla soddisfazione dei creditori, senza alcuna limitazione od alcun frazionamento di responsabilità.

Ciò senza tener conto del fatto che, come acutamente osservato (U. La Porta, in *Rivista del Notariato*, 2013, pag. 726), "nel nostro ordinamento la responsabilità per debiti ereditari è posta a carico di chi è già divenuto erede, ed è tale non perché acquisti attivo e passivo in una visione universalistica del patrimonio ereditario ma soltanto per avere acquistato, ai sensi dell'art. 588 c.c., l'universalità o una quota dei beni del testatore".

Invero la norma citata non disciplina una devoluzione successoria del debito già facente capo alla società cancellata (e quindi estinta) ma "estende, in ossequio ad un generale principio di economia dei mezzi giuridici, alle somme ricevute dai soci in sede di liquidazione - evidentemente in sostanziale violazione dell'art. 2491 c.c. - l'assoggettamento al potere di aggressione del creditore" (U. La Porta, op. e loc. cit.), dato che "la norma non si preoccupa di garantire continuità nella titolarità delle situazioni soggettive passive ma soltanto di garantire continuità di tutela al creditore" (U. La Porta, op. cit., pag. 727) e ciò evidentemente per la necessità pratica di tutela del terzo creditore e non di astratta sistemazione teorica del fenomeno.

In effetti lo stesso tenore letterale dell'art. 2495 c.c. non rappresenta alcuna forma di successione dei soci nelle obbligazioni già della società ma mira, senza dubbio, a mantenere a favore dei creditori un potere di azione per ottenere la soddisfazione delle loro ragioni, dettandone le modalità e così "assicurando la permanenza di una destinazione funzionale del patrimonio sociale alla soddisfazione dei creditori della società che l'effetto istintivo della cancellazione potrebbe minare" (U. La Porta, op. e loc. cit.).

Tuttavia pare a chi scrive che la prospettiva nella quale deve valutarsi l'importante pronuncia della Cassazione ai fini che qui interessano, ossia la sussistenza o meno del vincolo solidale fra gli ex soci per i debiti rimasti impagati, debba essere diversa e la questione non pare essere se siamo di fronte o meno ad un fenomeno in generale di natura successoria ma, piuttosto,

specificamente, se, indipendentemente dalla configurazione o meno di un fenomeno successorio, debbano ritenersi operanti o meno gli artt. 752, 754 e 1295 c.c. secondo cui l'obbligazione si fraziona fra i coeredi, gravando su ciascuno di essi solo in proporzione della quota ereditaria.

Precisato sin da subito che, per pacifica interpretazione, si tratta di norme di natura eccezionale e come tali inapplicabili per analogia, per esaminare il problema che ci occupa pare necessario prendere le mosse dal principio della comune destinazione dei beni (già) sociali al soddisfacimento delle ragioni dei creditori e considerare che l'art. 754 c.c. presuppone un fenomeno successorio *diverso* da quello apparentemente conseguente all'estinzione di una società *i*) in quanto implica la cessazione della persona fisica (la morte) che non è frutto di un atto di volontà (a differenza dell'estinzione della persona giuridica che, invece, è frutto della decisione dei soci), *ii*) in quanto i successori nulla hanno lucrato in base alla destinazione dei beni del defunto (a differenza dei soci i quali, al contrario, hanno goduto *pendente societate* dei frutti dell'utilizzo dei beni sociali percependo gli utili), *iii*) ed in quanto la posizione dell'erede (o coerede) si confonde con quella del defunto (mentre la posizione degli ex soci non si confonde affatto con il complesso dei rapporti giuridici che facevano capo alla società estinta, rispondendo solo delle obbligazioni nei termini e nei modi stabiliti dalla legge).

Ed il "vantaggio" della parziarietà della responsabilità resta bilanciata dalla responsabilità illimitata dell'erede (puro e semplice), il quale, se intende godere di una responsabilità limitata, deve farsi carico di accettare l'eredità col beneficio d'inventario subendo tutti i vincoli e le limitazioni che tale forma di accettazione comporta.

La diversità fra un gruppo di ex soci ed una compagine di coeredi è resa evidente anche dal fatto che i coeredi di una persona defunta non hanno mai voluto ed inteso costituire una collettività e non sono mai stati legati fra di essi da un contratto sociale, tanto che il Codice ha dovuto dettare norme espresse per disporre una loro responsabilità frazionata e proporzionata alle quote ereditarie; e la differenza appare evidente anche all'origine della responsabilità laddove la fonte della responsabilità del socio nei confronti del terzo creditore è da individuare nell'impegno assunto, tramite la società, nei suoi confronti, il che non accade nella successione *mortis causa* perché l'erede non ha mai assunto alcun impegno nei confronti di alcun creditore, che sovente neppure conosce.

Ciò detto, riprendiamo la disposizione dell'art. 2495 c.c. per verificare se in essa

ricorrono o meno i presupposti della solidarietà e pare che la risposta possa e debba essere positiva per le seguenti ragioni: 1) le obbligazioni solidali passive sono le obbligazioni che fanno capo a più debitori, tutti tenuti ad una sola prestazione in modo che l'adempimento dell'uno libera gli altri e che l'obbligazione (già sociale) al cui adempimento sono chiamati gli ex soci è identica per tutti come espressamente precisato dalla stessa decisione della Suprema Corte sopra richiamata;

2) i debitori sono obbligati in solido quando le obbligazioni derivano dalla stessa fonte ed hanno ad oggetto un'unica prestazione ossia quando le obbligazioni hanno origine dalla medesima fattispecie legale o negoziale e l'obbligazione facente capo agli ex soci deriva dall'unica responsabilità dell'unico soggetto precedentemente debitore ossia la società estinta.

La funzione della solidarietà passiva è la *garanzia* del creditore (C.M. Bianca, *Diritto Civile*, Milano, 1990, vol. IV, pag. 695), che costituisce l'elemento veramente intrinseco ed organico della solidarietà secondo un'opinione che risale addirittura alla dottrina tedesca ottocentesca secondo cui la vera importanza dell'istituto della correalità risiede tutto nella sicurezza e comodità nella persecuzione del credito. Il vincolo solidale è diretto a rendere più sicura e più agevole la realizzazione del diritto del creditore, evitandogli il disagio di esercitare una pretesa per ciascun debitore e per la rispettiva quota (Bianca, op. e loc. cit.), disagio inesistente *pendente societate*. E non è pensabile che l'estinzione della società decisa dai soci (ossia da coloro che subentreranno nell'obbligazione di pagamento rimasta inadempita) possa pregiudicare le ragioni dei creditori e rendere più difficoltosi i meccanismi della loro soddisfazione, non potendo essi nemmeno contare su una pluralità di patrimoni personali (quanti sono gli ex soci) stante il limite della responsabilità a quanto percepito in sede di liquidazione;

3) le obbligazioni solidali costituiscono un insieme collegato di più rapporti obbligatori, il che è esattamente ciò che prevede il citato art. 2495 c.c.;

4) presupposto della solidarietà passiva è quello dell'identità della prestazione, che significa che tutti i debitori sono obbligati per la medesima prestazione; il che significa ancora che la prestazione ha lo stesso contenuto per tutti, restando irrilevante il fatto che siano eventualmente tenuti con modalità diverse. In altri termini: la stessa prestazione si ripropone ad oggetto dei singoli rapporti obbligatori.

Ed il limite di responsabilità stabilito dall'art. 2495 c.c. non cambia il contenuto della prestazione ma solo lo comprime;

5) la norma generale di cui all'art. 1294 c.c. prevede che i condebitori sono tenuti in solido se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente, così fondando una presunzione generale di solidarietà che può essere vinta solo da norme espresse e specifiche.

Ma la solidarietà degli ex soci appare fondarsi, oltre che su motivi rinvenibili nella struttura della fattispecie, anche sulla base di motivi teleologici e funzionali, primo fra tutti la necessità di evitare agli incolpevoli creditori il disagio di dover esperire azioni separate (con il conseguente aggravio processuale) per ciascuna parte di debito gravante su ciascun ex socio con il conseguente plurimo rischio di insolvenza.

Non minore rilievo assumono anche i motivi di natura sistematica e così non si vede per quale motivo i creditori possano far valere, a soddisfazione delle loro ragioni, la responsabilità *solidale* dei liquidatori (Cass. 05/07/1979 n. 3859) che sono venuti meno ai loro doveri e non possano invece contare su pari responsabilità solidale degli ex soci.

E così nemmeno si comprende il motivo per cui debba venir meno quell'unitarietà funzionale ai beni sociali (che l'art. 2495 c.c. mira invece a tutelare) e dunque la loro comune destinazione alla soddisfazione dei creditori che permane -e persino rafforzata- nella fase di liquidazione e che dovrebbe anche resistere alla cancellazione della società, se l'intenzione del legislatore è -come è- quella di assicurare che l'estinzione della società non faccia venir meno le sue obbligazioni passive residue.

La sussistenza o meno del vincolo solidale nell'obbligazione passiva crea implicazioni anche di natura processuale, atteso che, come è evidente, qualora il debito abbia natura solidale tutti gli ex soci possono essere convenuti avanti al giudice competente per valore in ragione dell'importo complessivo mentre, invece, qualora la solidarietà non vi sia, ciascun socio dovrà essere convenuto avanti al giudice competente per valore in ragione solo della parte di debito gravante su tale socio.

*Avvocato del Foro di Biella



ILLEGITTIMA LA PRESCRIZIONE DEL GIUDICE AI GENITORI DI SOTTOPORSI AD UN PERCORSO TERAPEUTICO DI KETTY ZAMPAGLIONE*

La Corte di Cassazione Sez. I, con la sentenza n. 13506 del 01.07.2015, afferma che la prescrizione è in contrasto con il principio costituzionale della libertà di sottoporsi ai trattamenti sanitari di cui all'art. 32 della Costituzione.

La pronuncia in esame si inserisce nell'alveo delle statuizioni in materia di affidamento dei figli minori in caso di contrasto fra i genitori, siano essi coniugati o no.

Spesso, infatti, i Tribunali, investiti della decisione sull'affidamento di un figlio minore, sia in sede di separazione o divorzio tra genitori coniugati, sia in sede di procedimento ex art. 316 c.c. e ss fra genitori non coniugati, ma anche i Tribunali per i Minorenni nella residua competenza loro rimasta dopo l'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, prescrivevano ai genitori, del cui figlio minore si discuteva l'affidamento, un percorso terapeutico di coppia o, talvolta, anche individuale.

Tale consuetudine consisteva nell'imporre da parte del Giudice una terapia psicologica valutata dal Giudice stesso come utile o necessaria.

A tale decisione il Giudice, quasi sempre, giungeva dopo aver richiesto, anche su istanza di parte, a consulenti del Tribunale esperti in materia (essenzialmente psicologi), specifiche relazioni sulla capacità genitoriale dei genitori.

Sostanzialmente si trattava di casi in cui era presente un'alta conflittualità tra i genitori o di immaturità di uno od entrambi o, più semplicemente, di casi in cui il Giudice ravvisava la necessità di un sostegno alla capacità genitoriale.

Sino alla sentenza in esame era, dunque, frequente imbattersi in pronunce di merito che prescrivevano un percorso individuale psicoterapeutico o obbligavano i genitori a sottoporsi ad interventi educativi esterni. Cfr. ex multis, Trib. Milano, Sez. IX, sentenza 28 febbraio 2013: «*dispone che l'ente affidatario monitorizzi la situazione dei minori attraverso colloqui con entrambi i genitori, attivi un intervento di educativa domiciliare presso l'abitazione della madre e, se possibile, anche del padre, fornisca ad entrambi i genitori, ed immediatamente alla madre, un supporto alla genitorialità, appresti un intervento di sostegno psicologico e/o psicoterapeutico a favore della madre.*».

Addirittura, in alcuni casi, il diritto di visita restava condizionato alla dimostrazione, da parte del genitore, di aver intrapreso un

percorso per ricevere sostegno alla propria capacità genitoriale. In tal modo il genitore veniva costretto a rivolgersi ad uno psicologo, a farsi rilasciare idonea certificazione, e ad esibire la stessa alla struttura incaricata della gestione degli incontri genitori/figli. Pena la negazione del diritto di visita, con evidente frustrazione, quindi, della libertà di scelta.

Facilmente immaginabile è come simili prescrizioni venissero “subite” dai genitori i quali si sentivano “violentati” dal Giudice in quella che ritenevano la loro “sfera” strettamente privata. Tanto più che, spesso, tale prescrizione veniva attuata attraverso i Servizi sociali cui veniva demandato un sostanziale “potere decisorio” sia circa la natura dell'affidamento sia circa le modalità dello stesso.

Particolarmente significativo e atteso appare, quindi, l'intervento degli ermellini che nega legittimità all'imposizione del “percorso terapeutico” e pone l'accento, stigmatizzandolo, sul potere che, attraverso tale strumento, veniva delegato dai Giudici ai Servizi sociali.

Così la Corte: «*(...) la prescrizione ai genitori di sottoporsi ad un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso di sostegno alla genitorialità da seguire insieme è lesiva del diritto alla libertà personale costituzionalmente garantito e alla disposizione che vieta l'imposizione, se non nei casi previsti dalla legge, di trattamenti sanitari. Tale prescrizione, pur volendo ritenere che non imponga un vero obbligo a carico delle parti, comunque le condiziona ad effettuare un percorso psicoterapeutico individuale e di coppia confliggendo così con l'art. 32 Cost. Inoltre non tiene conto del penetrante intervento, affidato dallo stesso giudice di merito al Servizio sociale che giustifica in quanto strettamente collegato all'osservazione del minore e al sostegno dei genitori nel concreto esercizio della responsabilità genitoriale.*».

Vi è più. La Corte di Cassazione, legittimando definitivamente la giusta ritrosia dei genitori che si vedevano costretti a sottoporsi a percorsi terapeutici che mai avrebbero affrontato volontariamente, si spinge oltre e, testualmente, afferma: «*(...) Mentre infatti la previsione del mandato conferito al Servizio sociale resta collegata alla possibilità di adottare e modificare i provvedimenti che concernono il minore, la prescrizione di un percorso terapeutico ai genitori è connotata da una finalità estranea al giudizio quale quella di realizzare una maturazione personale dei genitori che non può che rimanere affidata al loro diritto di auto-determinazione.*».

Alla luce di quanto sopra, quindi, d'ora innanzi, e, mi permetto di dire finalmente, il “percorso terapeutico” non potrà essere imposto e sarà, quindi, intrapreso solo se liberamente scelto.

E non poteva che essere così, considerato che l'art. 32 della Costituzione prevede che

nessuno possa essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di Legge e che, al momento, il Legislatore in subiecta materia non si è ancora espresso.

Ai Giudici, ovviamente, comunque, rimane, nei casi difficili e caratterizzati da rancori insuperabili, la facoltà di disporre apposita consulenza tecnica sulla capacità genitoriale dei genitori nonché di disporre il monitoraggio dell'intero nucleo familiare da parte dei Servizi sociali, disposizioni, entrambe, volte alla possibilità di adottare o modificare i provvedimenti che riguardano il minore.

**Avvocato del Foro di Biella*



L'AZIONE PER APPOSIZIONE DI TERMINI (art. 951 C.C.) DI CLAUDIO VIGLIENO*

1. Concetto di termine.

Termini sono i segni materiali cui è affidato il compito di delimitare il confine fra 2 fondi. In particolare, nel nostro diritto privato, termine è il cippo lapideo (o, per alcuni, il segno di altra materia) posto sulla linea di confine fra 2 fondi contigui, che viene interrato parzialmente onde evitare che possa essere facilmente spostato, sotterrando usualmente con essi altre pietre rotte ad arte “in modo che i singoli pezzi combacino fra loro allo scopo di poter provare, mediante la ricostruzione dell'intero che tali pietre furono disposte in tal modo per segnare il termine”⁷⁶. Se, parafrasando lo Jehring, volessimo passare dal serio al faceto, non potremmo che notare come i termini, che per loro natura dovrebbero restare immobili, spesso, di notte, soprattutto nei terreni boschivi dove è più difficile il controllarli, si muovono, non si capisce se per fatto altrui o per loro intrinseca forza...

Storicamente, data l'importanza, massimamente in una società che nasceva rurale, dell'esatta delimitazione dei fondi, nell'antica Roma i cippi lapidei erano posti

⁷⁶ DE MARTINO, *Comm. S.B., Art. 810-956*, Bologna, 1976, p. 554

sotto la protezione del dio Termine ed apposti con speciali cerimonie. Chi era reo di rimozione di termini nel diritto romano più antico era colpito dalla *sacertas*; in epoca più recente, il colpevole era passibile di multe, relegazione, pene afflittive o condanna ad *opus publicum*. In epoca cristiana i termini iniziarono ad essere segnati con una croce. Nell'editto di Rotari la rimozione dei confini o la loro distruzione è punita, per i liberi, con sanzioni pecuniarie, per i servi con pene corporali. Simili sanzioni permangono negli statuti comunali italiani. Nel diritto italiano moderno il delitto di rimozione o di alterazione di termini viene considerato tra le usurpazioni (art. 422 codice Zanardelli, art. 631 codice Rocco).

2. L'azione. Sua natura.

Ai sensi dell'art. 951 c.c. "Se i termini tra fondi contigui mancano o sono diventati irriconoscibili, ciascuno dei proprietari ha diritto di chiedere che essi siano apposti o ristabiliti a spese comuni"

L'azione è, quindi, finalizzata a costringere il proprietario del fondo vicino a concorrere nella spesa occorrente per l'apposizione od il ristabilimento dei termini che manchino o siano divenuti irriconoscibili.

Secondo la giurisprudenza di Cassazione "L'azione per apposizione di termini ha carattere personale, presupponendo che il confine certo e determinato ("ab initio" o per intervenuta sentenza di regolamento di confini) e tendendo solo a renderlo visibile e riconoscibile, attraverso l'esecuzione di una prestazione consistente nell'obbligo, posto dall'art. 951 c.c., a carico del proprietario del fondo contiguo, di apporre o ristabilire a spese comuni con il richiedente i segni indicativi dei termini tra i due immobili. Ne consegue che la pronuncia su tale azione è priva di efficacia nei confronti del successore a titolo particolare della parte, che sia ad essa subentrato dopo la definizione del giudizio" (Cass. civ., sez. II, 26/10/1981, n. 5597)

L'azione è, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, di carattere personale, avendo ad oggetto, in sostanza una richiesta di condanna ad un facere (la prestazione in natura o denaro necessaria per l'installazione od il ristabilimento dei termini) e non – essendo l'esistenza del diritto reale soltanto il presupposto dell'azione – un accertamento sui diritti reali. In dottrina si è sostenuto il carattere reale dell'azione, che deriverebbe dal fatto che il proprietario non fa valere in via autonoma una pretesa creditoria ma esercita una facoltà insita nel diritto di proprietà, poiché chiede non che il vicino partecipi alla spesa, ma che i termini siano posti a spese comune, mentre altri affermano una duplice natura, reale e personale nell'azione de quo⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. quanto scrive TERZAGO in CASSANO, *Proprietà e diritti reali*, Cedam 2011, 947 ss.

In ogni caso la natura personale dell'azione, con tutte le necessarie conseguenze, è ribadita dalla giurisprudenza e dalla dottrina più affermata, per cui "L'azione disciplinata in questo articolo è un'azione personale, la quale tende a costringere il proprietario del fondo vicino a concorrere nella spesa occorrente per l'apposizione od il ristabilimento dei termini. Essa ha per oggetto l'apposizione od il ristabilimento dei termini e presuppone perciò che questi siano divenuti irriconoscibili o manchino del tutto"⁷⁸.

Parimenti più volte la giurisprudenza (sia quella recente che quella meno recente) ha ripetuto che l'azione *de qua* ha solo lo scopo di rendere visibile e riconoscibile un confine certo e determinato, mediante la collocazione di segni esteriori, facendone sopportare la spesa, ciascuno per la metà, ad entrambi i proprietari dei fondi contigui⁷⁹.

Se pure studiamo la fattispecie normativa da un punto di vista storico e comparatistico con il diritto francese, si vede che l'art. 646 del Codice Napoleonico prescriveva - e prescrive tuttora - che "Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs". E già il Pothier (*Traité du contrat de société*), affermava la natura personale dell'azione Sulla base di detto articolo, l'art. 441 del Codice Civile del 1865 prevedeva che "Ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue".

Già sotto il dominio di tale codice era pacifico che l'azione di apposizione di termini "non ha altro scopo che quello di costringere il proprietario contiguo a prestare un fatto, qual è quello di concorrere nella apposizione dei termini"⁸⁰.

Di assoluta chiarezza è, circa il contenuto della sentenza che definisce una causa per apposizione di termini, una non recentissima pronuncia della Suprema Corte: "Il procedimento instaurato con l'azione di apposizione di termini si esaurisce in sede giudiziaria con la

⁷⁸ DE MARTINO, *op. cit.*, p. 554, ove si citano, nello stesso senso, fra le altre Cass. 8/8/55; id. 14/3/53; id. 3/8/42; cfr. anche BIGLIAZZI GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *Diritto civile*, II, Torino, 1988, 160, in nota

⁷⁹ Cfr. Cass. 5/12/85 n. 6107; Cass. 30/11/88 n. 6500; Cass. 15/12/84 n. 6573; Cass. 5/10/83 n. 5797; Cass. 12/5/73 n. 288; Cass. 27/10/70 n. 2174; Cass. 18/2/44 n. 100.

⁸⁰ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1912, II, 114. Si veda altresì, in tal senso, la voce *Regolamento di confini* in *Nuovo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1939, laddove si legge (p. 323) che: "L'azione per l'apposizione di termini è personale, perchè l'oggetto suo consiste nell'adempimento di un'obbligazione personale quale è il concorso del proprietario contiguo a prestare un fatto, e cioè lo stabilimento dei termini" e che "Così lo stabilimento dei termini come il regolamento dei confini, devono, a norma dell'art. 441 essere fatti a spese comuni. Nelle parole spese comuni si devono intendere quelle che si riferiscono allo stabilimento materiale dei termini di confine, e non già al giudizio occorrente per conseguire tale effetto: queste ultime spese, evidentemente, restano a carico della parte soccombente" (ivi, p. 325)

condanna ad apporre a spese comuni i termini secondo le direttive impartite dal magistrato" (Cass. 5/5/1947 n. 683).

3. Presupposti dell'azione.

Perché l'azione possa essere proposta tre sono i presupposti:

- contiguità dei fondi;
- esistenza di un confine certo e determinato, non contestato;
- mancanza o non riconoscibilità dei segni posti a delimitazione dei confini stessi.

Così la giurisprudenza: "L'azione di apposizione di termini presuppone che i confini, pur essendo certi e determinati, non siano anche chiaramente visibili o riconoscibili sul terreno" (Cass. 27/11/1954 n. 4327). "Nel caso di semplice apposizione di termini, il confine è certo ed incontestato ... ma mancano o sono diventati irriconoscibili i segni posti a delimitazione dei confini stessi" (Cass. 8/8/1955 n. 2525).

I confini sono certi solo quando vi sia accordo delle parti sulla loro ubicazione o sia sceso il giudicato sulla sentenza che abbia accertato il confine. Non sono sufficienti segni giacenti in loco quando questi non sono stati posti in contraddittorio fra gli aventi diritto (Cass. 2131 del 1954).

Qualora si contesti che i termini posti in loco non si trovino sul confine corretto fra i due fondi, allora non si può agire ex art. 951 c.c., ma procedere, secondo i casi, ad azione di rivendica o di regolamento di confini.

"Quando una parte abbia agito per la declaratoria del suo acquisto per usucapione di parte di un fondo altrui, chiedendo la delimitazione del confine e l'apposizione dei termini lapidei solo come effetto consequenziale, ed il convenuto abbia chiesto in via riconvenzionale la declaratoria della sua esclusiva proprietà della parte del fondo "ex adverso" pretesamente usucapita, si è in presenza di un conflitto tra i titoli di proprietà dei fondi e non solo di questi, con la conseguenza che le azioni proposte hanno la natura di rivendica e non di regolamento di confini" (Cass. 11/7/1979 n. 3983)

4. Legittimazione.

Legittimato attivo è pacificamente il proprietario del fondo che vuole pervenire alla delimitazione del confine.

Per dottrina e giurisprudenza potrebbero essere legittimati attivi anche tutti coloro che hanno interesse allo stabilimento dei termini, quindi, anche i titolari di altri diritti reali sul fondo, quali l'enfiteuta ed l'usufruttuario⁸¹.

Legittimato passivo è il proprietario o, secondo dottrina, anche, assieme a lui, il possessore attuale del fondo vicino, trattandosi di obbligazione ambulatoria che sorge per il fatto di essere in relazione col fondo.

⁸¹ Cfr. Cass. 24/7/76 n. 2968, in relazione all'art. 1012 c.c. e, per l'usufruttuario, Cass. 11/1/67 n. 106.

5. Tipologia dei termini.

Secondo alcuni i termini lapidei possono essere sostituiti da paletti metallici, ma anche in questo caso l'azione per l'apposizione di termini presuppone la mancanza o l'irricognoscibilità dei termini. A considerare equivalenti termini lapidei e reti su pali era stata solo una remota sentenza di Cassazione del 1949, criticata dalla migliore dottrina⁸² e rimasta senza seguito nella giurisprudenza della Suprema Corte. Ad esempio, si noti che per Cassazione civile, sez. II, 11 luglio 1979 n. 3983, l'azione *de qua* presuppone l'apposizione di termini lapidei.



6. Competenza. Distinzione da altre azioni.

L'azione è di competenza, ai sensi dell'art. 7, c. 3°, n. 1) c.p.c., del Giudice di Pace.

Tal giudice, ex art. 7 c.p.c., è competente esclusivamente per le cause aventi ad oggetto beni mobili, salvo le eccezioni espressamente specificate in tale articolo. Se si ritiene con la giurisprudenza che l'azione ex art. 951 c.c. abbia carattere personale⁸³, allora non si può ritenere eccezionale la previsione della competenza per materia del Giudice di pace in ordine ad essa, poiché, se così è, essa non ha come *petitum* la richiesta di una pronuncia su beni immobili, ma la richiesta di una condanna inerente, in modo generico, le spese per il miglior godimento in concreto di tali beni.

“Ai sensi dell'art. 7, comma 3 n. 1), c.p.c., il giudice di pace è competente, senza limite di valore, per le cause relative ad apposizione di termini ed osservanza delle distanze stabilite dalla legge, dai regolamenti e dagli usi riguardo al piantamento degli alberi e delle siepi, sempre che non sorga controversia sulla proprietà o sui confini, atteso che, in questo caso, rientrando la causa tra quelle relative a beni immobili, la competenza va determinata sulla base del valore della parte controversa dell'immobile, ai sensi dell'art. 15 c.p.c.” (Cass. 12/1/2006, n. 451)

Infatti *“La domanda diretta all'eliminazione dell'incertezza del confine tra due fondi e, in via meramente consequenziale, all'apposizione dei relativi termini costituisce azione di regolamento di confini, e non azione per apposizione di termini (postulante che i termini siano certi e pacifici e tendente, quindi, solo a renderli visibili e riconoscibili), e, pertanto, ai fini della competenza,*

non è soggetta al criterio di cui all'art. 8 n. 2 c.p.c. (Competenza per materia del pretore), bensì al criterio generale della competenza per valore”(Cass. 23/11/1982 n. 6341).

Nel caso i termini già posti in loco siano stati illecitamente rimossi o distrutti non si è di fronte all'azione di apposizione, ma di un'azione di risarcimento danni in forma specifica.

Se l'attore si chiede che la spesa per l'apposizione dei termini gravi solo sull'altra parte o che questa sola compia l'opera, non è un'azione ex art. 951 c.c., perché la spesa per l'apposizione di termini va sopportata in parti eguali dai proprietari interessati.

L'azione di apposizione di termini si ha solo quando l'oggetto della domanda si contiene nei limiti della semplice e materiale applicazione di segni esteriori visibili di un confine prestabilito e non contestato, non quando viene richiesto il compimento di un *opus* specifico (cfr. Cass. 7/10/46 n. 1307).

Qualora chi agisce non chieda al proprietario del fondo confinante con il proprio di concorrere alle spese per la posa dei termini lapidei, ma qualcos'altro, ad esempio il mettere in loco pali o rialzare una recinzione, siamo di fronte ad un'azione personale di condanna ad un *facere*, di valore indeterminato, pertanto di competenza del Tribunale e non del GdP. In tal senso la Suprema Corte si è così espressa: *“L'azione proposta per ottenere il ricollocamento dei segni di confine contro l'autore della illecita demolizione e rimozione di essi non è la tipica azione per apposizione di termini, data nei confronti del proprietario vicino per ottenere il concorso nella spesa per l'apposizione o il ristabilimento dei termini di confine tra fondi contigui, bensì una mera azione personale di risarcimento del danno da fatto illecito mediante la reintegrazione in forma specifica; l'azione predetta, quindi, non appartiene alla competenza per materia del Pretore, ma va proposta al giudice competente per valore nel foro generale del convenuto”* (Cass. 18/12/1978 n. 6064).

Sempre secondo la Corte *“La domanda con la quale si chiede di far luogo alla costruzione di una specifica opera, ancorché come mezzo di apposizione di termini, trascende l'ordinario contenuto dell'azione di cui all'art. 951 c.c. e, risultando intesa ad ottenere la condanna della controparte ad un ben precisato *facere*, non può essere considerata alla stregua di una istanza meramente accessoria e consequenziale rispetto all'azione di regolamento di confini simultaneamente proposta, ma finisce per costituire una pretesa avente una sua autonomia, suscettibile, perciò, di concorrere alla determinazione del valore della causa ai fini della competenza. (Nella specie, concernente la simultanea proposizione di azione di regolamento di confini e di apposizione di termini da attuarsi mediante la costruzione di un muro di cinta, la S.C., in applicazione dell'enunciato principio, rilevata la indeterminazione del valore attribuibile a tale*

*ultima domanda, ha ritenuto che, per effetto del cumulo, ai sensi del comma 2 dell'art. 10 c.p.c., la causa eccedesse il limite della competenza per valore del pretore e dovesse essere dichiarata riservata alla cognizione in primo grado del tribunale”*⁸⁴.

Il Tribunale di Biella (sent. n. 138 del 22/3/04), in sede di appello contro una sentenza del GdP che si era ritenuto competente in una causa in cui l'oggetto della domanda attorea era la condanna della sola parte convenuta ad asportare delle piante cresciute presso il confine e raddrizzare la rete di recinzione posta sul confine, ribaltando quanto deciso in primo grado, ha ribadito i principi espressi dalla Suprema Corte, sul presupposto che *“non sussistendo... nel caso di specie il petitum tipico dell'azione di apposizione di termini, deve concludersi che il giudizio ha per oggetto una azione di risarcimento dei danni mediante la reintegrazione in forma specifica (cfr. Cass. n. 6064/1978 cit.) di valore indeterminato la quale attiene alla competenza del Tribunale e non del Giudice di pace”*.

Non si ritiene (ma questo è solo il parere dello scrivente) si debba procedere alla preventiva media-conciliazione, trattandosi di azione personale, né invitare alla negoziazione assistita, avendo l'azione un *petitum* che non può che essere genericamente indeterminato.

7. In particolare, differenza con l'azione di regolamento di confini.

L'azione di regolamento di confini prevista dall'art. 950 c.c. presuppone, a differenza dell'azione di rivendica, la certezza sulla proprietà dei fondi, ma un'incertezza sui confini dei fondi contigui; può trattarsi di un'incertezza oggettiva (mancanza di limiti) o soggettiva (contestazione sul confine esistenze). Scopo dell'azione è, essendo pacifici i titoli di proprietà, *“la determinazione quantitativa delle rispettive proprietà dei contendenti, in base ai rispettivi titoli d'acquisto e presuppone una situazione di conflitto tra i fondi e quindi l'incertezza oggettiva o soggettiva dei confini”* (Cass. 27/6/1988 n. 4335).

Da ciò si vede chiaramente qual sia la differenza fra detta azione e quella di apposizione di termini. Come insegna la Cassazione *“La differenza tra azione per apposizione di termini e quella di regolamento di confini risiede nel fatto che mentre nella prima il confine tra i due fondi è certo ed incontestato e si vuole soltanto apporvi, perché mancanti o divenuti irriconoscibili, i segni di delimitazione, al fine di evitare possibili sconfinamenti o usurpazione, nella seconda, invece, pur prescindendosi da ogni contestazione circa il diritto di proprietà risultante dai titoli, vi è incertezza in ordine alla linea di demarcazione tra fondi limitrofi, il cui accertamento*

⁸² DE MARTINO, *op. cit.*, p. 555, afferma di non comprendere come l'art. 951 possa essere applicabile in tale ipotesi.

⁸³ Cfr. Cass. 5/10/83 n. 5797; Cass. 26/10/81 n. 5597.

⁸⁴ Cass. 8/3/1996, n. 1850.

viene rimesso al giudice” (Cass. 27/3/1990 n. 2461)

In ogni caso si deve tener conto del fatto che “la domanda di apposizione dei termini presuppone l'esistenza di un confine certo e determinato, cosicché, nell'ipotesi in cui il convenuto contesti l'indicazione dei confini data dall'attore in tale domanda, come nella fattispecie, tale tema si sviluppa in tutta la sua implicita estensione, e si configura quindi come un'azione di regolamento di confini (Cass. 20-7-1979 n. 4330), e non come un'azione di apposizione di termini” (Cass. 8/4/2011 n. 8100)⁸⁵.

In ogni caso l'azione ex art. 951 c.c. può essere, implicitamente o meno, proposta assieme a quella di regolamento di confini, quando manchi un confine certo e determinato, come consequenziale alla decisione su quest'ultima, chiedendo prima di procedere all'accertamento del confine e poi all'apposizione dei termini.

In tal senso è la giurisprudenza di Cassazione: “Il carattere personale dell'azione per apposizione di termini, distinta da quella reale di regolamento di confini, non osta a che la prima possa essere esplicitamente o implicitamente inserita nella controversia promossa con la seconda, quale pretesa accessoria e consequenziale in una situazione in cui non solo manchi un confine certo e determinato ma difettino anche segni esteriori del confine stesso” (Cass. 17/8/2005 n. 16970; conf. Cass. 15/12/1984 n. 6573).

“L'azione reale di regolamento di confini contiene implicitamente quella personale di apposizione dei termini, quale pretesa accessoria e consequenziale, solo quando manchi un confine certo e determinato e difettino anche i segni esteriori dello stesso per cui, al di fuori di questa ipotesi, e in assenza di esplicita domanda incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice che abbia condannato la parte soccombente ad installare sul confine una recinzione” (Cass. 8/11/2013 n. 25244).

“L'azione per l'apposizione di termini ha natura accessoria e consequenziale a quella di regolamentazione di confini, in quanto presuppone

⁸⁵ Cfr. anche Cass. 30/11/1988 n. 6500, per cui “A differenza dell'azione di apposizione di termini (art. 951 c.c.) la quale presuppone l'esistenza di un confine certo e determinato, e mira ad ottenere soltanto che la linea di demarcazione tra proprietà contigue sia resa possibile e riconoscibile mediante la collocazione di segni esteriori che indichino materialmente il tracciato, l'azione di regolamento di confini (art. 950 c.c.) presuppone invece l'incertezza tra i confini dei fondi contigui, la quale può derivare tanto dalla mancanza di qualsiasi limite (incertezza oggettiva) tanto dalla contestazione sul confine esistente (incertezza soggettiva) perché lo scopo dell'azione è la rimozione dell'incertezza e la determinazione quantitativa dell'oggetto della proprietà dei due confinanti, nella presupposta e non controversa validità ed efficacia dei titoli di acquisto delle parti. Da tanto consegue che, mentre le cause di apposizione di termini ai sensi dell'art. 8 c.p.c. rientrano nella competenza per materia del pretore qualunque ne sia il valore, le cause di regolamento di confini rientrano tra quelle relative a beni immobili, assoggettate alla regola della distribuzione della competenza per valore tra pretore e tribunale in base ai criteri posti dall'art. 15 c.p.c. con riguardo al valore della parte controversa dell'immobile”.

l'esistenza di un confine certo e determinato. Ne consegue che, all'infondatezza della domanda principale volta a regolare i confini, segue logicamente il rigetto di quella avente ad oggetto l'apposizione di termini” (Cass. 8/4/2011 n. 8100).

Secondo la Cassazione, l'azione di apposizione di termini può essere modificata in quella di regolamento di confini in forza delle eccezioni o domande riconvenzionali del convenuto:

“L'azione per l'apposizione di termini, di natura personale e presupponente che il confine tra i due fondi sia certo e pacifico, resta modificata in quella reale di regolamento dei confini, per implicito contenuta nella richiesta di apposizione di termini, ove, in relazione alle eccezioni sollevate dal convenuto, insorga tra le parti contrasto sulla linea di confine lungo la quale i termini debbano essere apportati” (Cass. 5/12/1985 n. 6107; conf. Cass. 5/10/1983 n. 5797).

“Nel giudizio instaurato con azione di apposizione di termini, sul presupposto del possesso attuale ed esclusivo da parte dell'attore della zona adiacente alla linea contrassegnata con i termini, qualora il convenuto, nel costituirsi contesti che il fondo di proprietà dell'attore abbia l'estensione indicata nell'atto introduttivo, ne deriva la trasformazione di quell'azione originaria in quella di regolamento di confini per il venir meno del presupposto della certezza del confine” (Cass. 25/5/1983 n. 3600).

Nel caso in cui le due azioni siano proposte nello stesso giudizio, l'azione di apposizione è assorbita in quella di regolamento di confini e si applicano i criteri generali di competenza per valore: “L'azione per apposizione di termini, di natura personale, viene modificata in quella, reale, di regolamento di confini, per implicito contenuta nell'originaria istanza, quando, in conseguenza dell'eccezione sollevata dal convenuto, insorga tra le parti contrasto circa la giacitura del limite tra i fondi adiacenti, sicché, in tal caso, non rientra nella competenza per materia del pretore (art. 8 n. 2 c.p.c.), bensì è devoluta secondo i criteri della competenza per valore di cui all'art. 15 c.p.c.” (Cass. 5/10/1983 n. 5797).

Diverso è il caso in cui il soggetto convenuto in un'azione di apposizione di termini proponga una domanda riconvenzionale, tale da eccedere i limiti della competenza del GdP, ma con oggetto che non ricomprende in sé la domanda di apposizione; in tal caso si è ritenuto doversi procedere alla separazione dei giudizi. Così GdP Pozzuoli, sentenza 22/6/2001, per cui “La domanda per apposizione dei termini di cui al c.3 n.1 dell'art. 7 del c.p.c., è di competenza funzionale del Giudice di Pace il quale, quando adito in tema e gli viene posta una domanda riconvenzionale eccedente il limite della sua competenza per valore o materia, deve trattenerne la causa di apposizione dei termini e separare quella

per la quale egli non è competente, non operando la traslatio iudici a norma dell'art. 36 c.p.c.”.

8. Spese.

La spesa per l'apposizione deve gravare sui proprietari interessati in parti eguali. Non importa quale sia l'estensione delle rispettive proprietà perché l'interesse giuridicamente rilevante è identico in entrambi, identica essendo l'estensione del confine comune da delimitare⁸⁶.

Ciò non vale per le spese di giudizio perché, nel caso uno dei proprietari non voglia concorrere alle spese per apposizione e gli si faccia causa, si applica l'usuale criterio della soccombenza, dato che le spese da sopportare in comune sono solo quelle relative al fatto della materiale apposizione dei termini.

Per giurisprudenza costante “L'art. 951 c.c., nel disporre che ciascuno dei proprietari confinanti ha diritto di chiedere che i termini siano apposti a spese comuni, si riferisce all'apposizione materiale dei segni di confine e non riguarda, pertanto, la disciplina delle spese giudiziali inerenti alla causa instaurata ai sensi della stessa norma” (Cass. 5/12/1985 n. 6107; cfr. Cass. 18/2/1944 n. 100).

Dalla natura dell'azione deriva che “Nel procedimento per apposizione di termini la sentenza di condanna, che lo conclude, non può indicare, nel dispositivo, le parti obbligate in quanto queste possono trovarsi nella medesima posizione processuale, e così entrambe destinatarie della condanna ad apporre i termini e facultate a chiederne l'esecuzione. Conseguentemente, lo stesso obbligo, ancorché non espressamente sancito da tale sentenza a carico dell'una o dell'altra parte, deve ritenersi imposto a ciascuna di esse, così che, per converso, ciascuna parte è legittimata a domandarne l'esecuzione fissata”. (Cass. 18/9/1979 n. 4794). Quindi anche la parte che nel giudizio di apposizione di termini sia rimasta soccombente potrà agire in base alla sentenza che ha definito il giudizio.

*Avvocato del Foro di Biella



⁸⁶ DE MARTINO, *op. cit.*, p. 555.



IL DEBITO IVA NELLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO DI MASSIMILIANO CARNIA*

La presente trattazione mira ad analizzare le problematiche connesse al debito Iva nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

Occorre osservare preliminarmente come, prima dell'entrata in vigore dell'art.32 comma 5 del d.l. 185/2008 (convertito con modificazioni dalla legge 2/2009), l'Iva non poteva formare in nessun modo oggetto di transazione fiscale: ciò in ossequio a quanto previsto al punto 4.2.1 della circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 40/E del 2008, la quale richiamava l'ottavo considerando della Direttiva CE del 28 novembre 2006, n.112. Detta direttiva, nel disciplinare il sistema comunitario dell'imposta sul valore aggiunto, affermava espressamente come, fra le risorse proprie volte a finanziare detto sistema, fossero da annoverare "quelle provenienti dall'Iva" ottenute applicando un'aliquota comune ad una base imponibile determinata in modo uniforme e secondo regole comunitarie". Venivano di conseguenza invitati gli Uffici ad escludere l'Iva dalle transazioni fiscali, con la precisazione che, in base al disposto del primo comma dell'articolo 182 ter della legge fallimentare, tale esclusione riguardava il solo tributo potendo, invece, formare oggetto di transazione fiscale gli accessori relativi all'Iva, vale a dire interessi e sanzioni. A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 32 comma 5 lett.a del decreto n. 185/2008 (con conseguente modifica dell'art. 182 ter l.f.), il legislatore ha stabilito la possibilità anche per l'iva di formare oggetto della transazione fiscale ma limitatamente all'ipotesi di pagamento dilazionato del tributo.

Questa in linea generale la "storia" normativa del debito iva all'interno dell'istituto del concordato preventivo.

Ciò ci consente in particolar modo di svolgere una prima osservazione di natura sistematica: in relazione all'istituto del concordato preventivo di cui agli artt. 160-186bis L.F., il legislatore ci parla di Iva solamente nella disposizione dedicata alla transazione fiscale di cui all'art.182 ter. In tale

norma si afferma, in modo netto e privo di fraintendimenti, che la proposta di transazione può prevedere "con riguardo all'imposta sul valore aggiunto.....esclusivamente la dilazione del pagamento". Ciò sta a significare che continua a non essere ammessa la falcidia del debito tributario relativo all'Iva. La ragione di ciò è da rinvenirsi nella necessità di rispettare la normativa comunitaria, la quale vieta agli Stati membri di disporre una rinuncia generale, indiscriminata e preventiva al diritto di procedere ad accertamento e verifica dei tributi aventi natura europea (quale è appunto l'iva: si veda in particolare la motivazione di cui al decreto legge n.185 del 2008).

La problematica della falcidia del debito Iva è stata peraltro recentemente portata all'attenzione dei Giudici della Consulta. La questione era sorta da una proposta di concordato preventivo che prevedeva il pagamento parziale dell'Iva: secondo il Tribunale di Verona, tale proposta avrebbe garantito la soddisfazione dell'Erario per il debito Iva, per un importo di gran lunga superiore di quello che la liquidazione fallimentare avrebbe permesso di acquisire. La principale motivazione su cui si fondava l'argomentazione del giudice a quo era incentrata sul principio fissato dall'art. 97 del dettato costituzionale, vale a dire il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione: infatti la declaratoria di inammissibilità della proposta fiscale transattiva fondata esclusivamente sul dato formale e testuale dell'art.182 ter L.F., avrebbe impedito all'Amministrazione Finanziaria di valutare in concreto la convenienza del piano. Nonostante ciò, i giudici delle leggi, nella sentenza n.225 del 25 luglio 2014, hanno ribadito ancora una volta il divieto di falcidia del debito Iva con un tranciente inciso finale a tenore del quale "...la previsione di una deroga al principio di indisponibilità della pretesa tributaria circoscritta alla sola dilazione di pagamento dell'Iva non è irragionevole e si giustifica... proprio per il persistere, in capo all'Amministrazione Finanziaria, della possibilità di riscuotere il tributo in futuro..." qualora venga approvato un piano concordatario idoneo "...a consentire il graduale superamento dello stato di crisi dell'impresa"

Se quindi è principio indiscusso che il divieto di falcidia dell'Iva si applichi alla fattispecie della transazione fiscale di cui all'art. 182 ter L.F., altro interessante e rilevante quesito da porsi è se tale divieto operi con portata generale, vale a dire anche nel caso di concordato preventivo senza transazione fiscale.

A tal riguardo la Suprema Corte con le sentenze nn. 22931 e 22932 del 4 novembre 2011 ha escluso che il legislatore abbia lasciato al debitore la scelta di pagare per intero (in caso di transazione fiscale) o parzialmente l'iva (in caso di concordato senza transazione). Secondo la Cassazione infatti, il contrasto con la normativa comunitaria sussisterebbe in egual misura anche qualora non venga presentata proposta di transazione fiscale.

E' tuttavia da segnalare come in contrasto con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sia ormai copiosa giurisprudenza di merito (Tribunale La Spezia 24 ottobre 2013; Tribunale Como 29 gennaio 2013 n. 2; Tribunale Busto Arsizio 7 ottobre 2013 n. 15, Corte di Appello di Venezia 23 dicembre 2013 sez. I n. 3055). Alla base dei ragionamenti dei giudici di merito è sempre la necessità di adeguarsi alla concreta realtà operativa del piano concordatario: se infatti si dovesse richiedere sempre il pagamento per intero dell'Iva, non potrebbero accedere a tale procedura concorsuale quelle imprese il cui attivo sia inferiore all'ammontare del debito Iva. Ad esse non resterebbe che il fallimento e ciò in palese contrasto con la Relazione Ministeriale illustrativa al d.lgs. 169/2007 in cui si ribadisce ulteriormente la necessità di incentivare il ricorso allo strumento del concordato preventivo, introducendo la possibilità anche in seno alla proposta di concordato del pagamento in percentuale del debito.

Seppure sul piano pratico possano considerarsi condivisibili le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza di merito, rimane tuttavia lo scoglio insormontabile dell'orientamento assunto dalla Cassazione ed avallato dalla stessa Corte Costituzionale. Entrambe non fanno altro che ribadire come la legislazione vigente imponga che nel concordato preventivo il debito IVA debba essere sempre pagato per intero, a prescindere dalla presenza o meno di una transazione fiscale: ciò in ossequio a principi di matrice comunitaria che trovano la loro fonte in sentenze della Corte di Giustizia Europea. Si ricordi fra tutte quanto affermato da quest'ultima nella causa C-500 del 2010 (Belvedere Costruzioni s.r.l.) laddove si afferma testualmente che "ogni Stato membro ha l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa nel suo territorio"

Né infine varrebbe obiettare al divieto di falcidia dell'IVA la presunta alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione e, quindi, anche della graduazione dei privilegi, posto che l'articolo 2778 del codice civile colloca il credito IVA al diciannovesimo grado.

Infatti, con la citata sentenza n. 225 del 2014, la Corte Costituzionale precisa che il credito IVA non è riconducibile a “nessuna delle tradizionali categorie di crediti privilegiati e chirografari”: per esso “esiste una disciplina eccezionale attribuita di un trattamento peculiare e inderogabile”, che consentendo esclusivamente la transazione dilatoria, è teso ad assicurare il pagamento integrale di un'imposta assistita da un privilegio postergato (qual è appunto l'IVA), in deroga al principio dell'ordine legale delle cause di prelazione.”.

La stessa Corte di Cassazione non ha inoltre mancato di specificare ulteriormente come “l'art. 182-ter, attribuendo ... al credito i.v.a. ... un trattamento peculiare ed inderogabile dall'accordo delle parti ..., non produce per ciò solo l'effetto di incidere sul trattamento di tutti gli altri crediti (per i quali continua a valere l'ordine di graduazione), ma sul solo trattamento di quel credito, in quel particolare contesto procedurale.” (Cass. 25 giugno 2014, n. 14447).

In considerazione della normativa e della giurisprudenza attualmente vigenti, deve quindi conclusivamente ribadirsi come la previsione legislativa della sola modalità dilatoria (in riferimento al trattamento del debito IVA) costituisca condizione di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, e ciò a prescindere dalla presentazione o meno della domanda di transazione fiscale ai sensi dell'articolo 182-ter della L.F.

**Avvocato del Foro di Biella*



L'AVVOC@TO®

supplemento de

IL COMMERC@LISTA®

Piazza Vittorio Veneto
13900 Biella

Testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576

Direttore responsabile
Domenico Calvelli

Comitato scientifico
Ilaria Capelli, Massimo Condinanzi, Alessandro D'Adda, Paolo Ferrua, Giuseppe Finocchiaro, Mario Gorlani, Paolo Moneta, Giuseppe Porro, Claudio Sacchetto

Coordinatori di redazione
Claudio Viglieno, Ketty Zampaglione

Coordinatori di redazione per il diritto tributario telematico e l'informatica forense
Fabio Montalcini, Camillo Sacchetto

Coordinatore di redazione per il diritto societario
Piero Marchelli

Coordinatrice di redazione per il diritto processuale tributario
Ernestina Pollarolo

Redattori
Valentina Alberta, Christian Aimaro, Mattia Alfieri, Francesco Alosi, Roberto Angelini, Daniela Ardizzone, Elena Maria Balestrini, Andrea Basso, Paolo Basso, Luca Bertagnolio, Silvia Bertorelli, Alessandra Bocchio, Carlo Boggio Marzet, Carlo Bozzalla Pret, Egidio Cabras, Guya Calvelli, Rodolfo Caridi, Andrea Carli, Gianfranco Catella Caraffa, Angelo Chieppa, Valentina Ciparelli, Maurizio Coda Luchina, Andrea Conz, Andrea Delmastro Delle Vedove, Andrea Destefanis, Alessandro Di Manna, Domenico Duso, Franco Fedeli, Stefania Fontana, Francesca Frojo, Roberta Frojo, Stefano Fulcheri, Raimondo Fulcheri, Stefano Garbaccio Zanat, Gaia Garbellotto, Silvia Gelpi, Michela Giannini, Franco Giardino Roch, Francesca Giordano, Daniela Giraud, Mirco Girolidi, Marco Graziola, Clelio Grosso, Francesca Grosso, Alessandra Guarini, Sabrina Goffi, Giuseppe La Masa, Eleonora Leone, Michele Lerro, Elena Lionetti, Lina Longhi, Valeria Maffeo, Pietro Magliola, Andrea Maiorana, Marco Manfredi, Piero Marchelli, Roberto Mattana, Elisabetta Mercandino, Stefania Militello, Fabio Montalcini, Gabriele Moscone, Domenico Monteleone, Stefano Monteleone, Lucia Musso, Andrea Mutti, Stefano Pagani, Graziella Panetta, Giancarlo Petrini, Carlo Pleitavino, Donatella Poggi, Ernestina Pollarolo, Fabrizio Ponzana, Lorenzo Porro, Massimo Pozzo, Enrica Ramella Valet, Luca Recami, Fabio Ria, Alberto Ritegno, Domitilla Rossi, Rodolfo Rosso, Camillo Sacchetto, Ilaria Sala, Ernesto Schinello, Andrea Sella, Caterina Sella, Gianluca Sella Bart, Marco Sormano, Stefania Tosone, Roberta Trevisiol, Giorgio Triban, Marzia Tucci, Nicoletta Verardo, Chiara Viale, Fanny Vibert, Maurizio Vigato, Claudio Viglieno, Ketty Zampaglione, Luca Zani, Federico Zettel

INDICE

L'AVVOC@TO, UN NUOVO LUOGO DI CONDIVISIONE di Domenico Calvelli	PAG. 1
DALLA PROCEDURA AL PROCESSO di Paolo Ferrua	PAG. 1
LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA: LA RILEVANZA PER L'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO di Giuseppe Porro	PAG. 8
I CONTRATTI DI COINTERESSENZA di Roberto Angelini	PAG. 9
RIFORMA DEI REATI TRIBUTARI ED ELUSIONE FISCALE di Carlo Boggio Marzet	PAG. 14
SOCIETA', ESTINZIONE DI S.R.L. E DEBITI: I SOCI SONO RESPONSABILI IN SOLIDO? di Paolo Basso	PAG. 15
ILLEGITTIMA LA PRESCRIZIONE DEL GIUDICE AI GENITORI DI SOTTOPORSI AD UN PERCORSO TERAPEUTICO di Ketty Zampaglione	PAG. 17
L'AZIONE PER APPOSIZIONE DI TERMINI (art. 951 C.C.) di Claudio Viglieno	PAG. 17
IL DEBITO IVA NELLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO di Massimiliano Carnia	PAG. 21