

## CORTE DI CASSAZIONE

29862 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 12 ottobre 2022; Pres. Curzio, Est. Rossetti, P.M. Nardecchia (concl. conf.); R.O. c. Ministero dell'economia e delle finanze e altri.  
Cassa con rinvio App. Venezia, 13 giugno 2019, n. 2420.

**Processo civile – Impugnazioni – Unicità del processo di impugnazione avverso una medesima sentenza – Termini – Decorrenza dalla notifica dell'impugnazione principale – Sussistenza – Derga nel caso di impugnazione incidentale di tipo adesivo – Esclusione.**

C.p.c., artt. 370, 371.

**Processo civile – Domanda di condanna generica – Ammissibilità *ab origine* – Sussistenza – Necessità del consenso del convenuto – Esclusione – Specialità nel giudizio tributario di “impugnazione-merito” – Sussiste.**

Cost., art. 24; c.p.c., artt. 278, 360 c. 4; c.p.p., artt. 538, 539.

**Processo civile – Stabilità e certezza del diritto – Immanenza nel sistema giuridico interno – Fondamento costituzionale ed eurounitario – Sussiste.**

Cost., art. 10; T.fue, art. 6, c. 3; Cedu, art. 6.

**Giurisdizione e competenza – Responsabilità civile ed erariale – Danno all'immagine – Soggetti estranei alla pubblica amministrazione – Configurabilità – Sussistenza – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza – Specialità del danno all'immagine configurato dal “lodo Bernardo” – Sussiste.**

C.c., art. 2043; d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini, art. 17, c. 30-ter.

**Responsabilità civile – Danno da evasione fiscale – Conservazione, da parte dell'erario creditore, delle azioni per il recupero del credito – Esclusione – Maggior danno – Configurabilità – Dimostrazione a carico del creditore – Sussiste.**

C.c., art. 1173, 1218, 1224.

**Responsabilità civile – Danno da evasione di tributi doganali – Risorse proprie dell'Ue – Danno all'Ue – Sussistenza – Danno allo Stato membro – Esclusione.**

C.c., art. 2043; c.c., art. 185.

*Nel processo civile, le impugnazioni avverso la medesima sentenza devono essere proposte nello stesso processo; consegue dal principio di unicità del processo di impugnazione che la notifica dell'impugnazione principale al litisconsorte fa decorrere nei confronti di quest'ultimo il termine per impugnare, indipendentemente dalla natura di impugnazione adesiva dell'impugnazione incidentale a quella principale.*

*Nel processo civile è sempre ammessa la domanda generica di risarcimento del danno, ferma la possibilità del convenuto di formulare domanda riconvenzionale di accertamento dell'insussistenza del danno: domanda che, se proposta, ribalta sull'attore l'onere di provare l'esistenza e l'ammontare del danno, tale principio trova fondamento costituzionale nell'art. 24, Cost, che sancisce i principi di libertà del diritto di azione, con conseguente facoltà dell'attore di stabilire, in totale libertà, cosa chiedere, quanto chiedere e quando chiedere, con l'unico limite del divieto di abuso del diritto; a tale riguardo costituisce eccezione il processo tributario, che ha natura di “impugnazione-merito” volta ad ottenere una decisione sostitutiva da parte del giudice, il quale non può limitarsi ad annullare l'atto dell'amministrazione, ma deve esaminare nel merito la pretesa fiscale o il diniego del rimborso e determinarne la corretta misura.*

*La stabilità dell'interpretazione delle norme processuali è un valore immanente nell'ordinamento, a salvaguardia della certezza del diritto ed a tutela del diritto di difesa, pertanto, quando l'interpretazione di una norma processuale sia consolidata, essa può essere abbandonata solo in due casi: o in presenza di forti ed apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare dei fenomeni sociali o del contesto normativo oppure quando l'interpretazione consolidata “risultati manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti, atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo; tali principi sono fondati sull'art. 10 Cost. e sull'art. 6, c. 3, Tufue.*

*Poiché il danno civile ha natura risarcitoria, il danno all'immagine, che ne è una particolare espressione, può essere arrecato da chiunque, indipendentemente dalla qualifica soggettiva rivestita di intraneo o estraneo alla pubblica amministrazione, ne consegue l'ammissibilità di un danno all'immagine della pubblica amministrazione arrecato a seguito di una condotta di reato anche da un soggetto ad essa non appartenente, qualora venga dimostrato il nocumento alla pubblica amministrazione derivante dal fatto di suscitare nei cittadini una sensazione di inefficienza della stessa o di collusione con l'autore dei reati; la norma prevista dall'art. 17, c. 30-ter, d.l. n. 78/2009, che limita la responsabilità per il danno all'immagine alla pubblica amministrazione ai reati contro la pubblica amministrazione riguarda unicamente il danno erariale e non quello civile, e dunque si riferisce alla giurisdizione contabile e non a quella ordinaria.*

*L'evasione fiscale costituente reato e, in genere, l'inadempimento di obbligazioni tributarie non causano di per sé stesse un danno all'erario ma un inadempimento di obbligazioni che il creditore può far valere con le opportune azioni coattive di recupero; il creditore potrà, tuttavia, dimostrare la sussistenza di un maggior danno, costituito dalla perdita derivante dal tardivo recupero degli importi evasi e non coperto dagli interessi moratori riscossi unitamente alla sorte*

capitale, come ad esempio il deprezzamento del valore del credito a causa dei fenomeni inflattivi o la perdita del capitale per decadenza, ferma l'esclusione del c.d. "danno funzionale" derivante dall'accertamento dell'attività di evasione perché non può costituire un danno lo svolgimento di funzioni per le quali la struttura amministrativa è costituita.

Qualunque fatto illecito che abbia per effetto la perdita del credito tributario avente ad oggetto un tributo "proprio" dell'Unione europea costituisce un danno per quest'ultima, lo Stato italiano, tramite i suoi organi, è legittimato a domandare tale risarcimento nella qualità di soggetto incaricato della riscossione ma non è soggetto danneggiato dal reato; ne consegue che, qualora nel giudizio la domanda sia stata formulata direttamente dalla Commissione europea, a quest'ultima va riconosciuta la qualità di creditore del diritto al risarcimento del danno (nella specie, la sentenza ha cassato la decisione della Corte d'appello che aveva riconosciuto il risarcimento del danno anche al Ministero dell'economia e delle finanze).

*Ragioni della decisione* – 1. Inammissibilità del ricorso proposto da M.M.

Preliminarmente va dichiarata l'irrilevanza della rinuncia al mandato depositata dal difensore di M.M., giusta la previsione di cui all'art. 85 c.p.c., e l'inammissibilità del ricorso proposto da M.M., per tardività.

La ricorrente principale (R.O.), infatti, ha notificato il proprio ricorso per cassazione anche a M.M., nel domicilio da questi eletto presso l'indirizzo pec del proprio difensore.

Da tale momento, pertanto, è iniziato a decorrere per M.M. il doppio termine di cui agli artt. 370 e 371 c.p.c. per la proposizione del ricorso incidentale.

Tale termine tuttavia è vanamente scaduto, in quanto:

- M.M. ha ricevuto la notifica del ricorso principale il 17 luglio 2019;
- il termine per la proposizione del ricorso incidentale sarebbe dunque scaduto il 26 agosto 2019;
- per effetto della sospensione feriale di 31 giorni la suddetta data fu prorogata *ope legis* al 26 settembre 2019;
- il ricorso incidentale di M.M., tuttavia, è stato proposto soltanto l'11 gennaio 2020.

1.1. La tardività del ricorso incidentale di M.M. non è evitata, né sanata, dalla circostanza che questi abbia proposto la propria impugnazione non già contro l'impugnante principale, ma aderendo alle censure di quest'ultima, e dunque proponendo un ricorso incidentale adesivo.

Questa Corte, infatti, da oltre quarant'anni viene ripetendo che "il principio dell'unicità del processo di impugnazione contro una stessa sentenza comporta che, una volta avvenuta la notificazione della prima impugnazione, tutte le altre debbono essere proposte

in via incidentale nello stesso processo", e dunque nel rispetto dei termini di cui agli artt. 370 e 371 c.p.c. Altrettanto pacifica è l'affermazione che tale principio "non trova deroghe" nel caso di impugnazione di tipo adesivo che venga proposta dal litisconsorte dell'impugnante principale e persegue il medesimo intento di rimuovere il capo della sentenza sfavorevole ad entrambi (Sez. III, ord. 23 novembre 2021, n. 36057, Rv. 663183-01; Sez. I, 22 settembre 2015, n. 18696, Rv. 636708-01; Sez. lav., 20 marzo 2015, n. 5695, Rv. 634799-01; Sez. II, ord. 6 dicembre 2005, n. 26622, Rv. 586075-01; Sez. II, 17 ottobre 2007, n. 21829, Rv. 599244-01; S.U., 13 novembre 1997, n. 11219, Rv. 509833-01; Sez. II, 23 luglio 1994, n. 6873, Rv. 487481-01; Sez. lav., 9 giugno 1990, n. 5601, Rv. 467589-01; Sez. lav., 29 luglio 1986, n. 4860, Rv. 447562-01; Sez. I, 22 gennaio 1983, n. 616, Rv. 425361-01).

## 2. Il primo motivo del ricorso principale

Col primo motivo R.O. lamenta, ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., la violazione degli artt. 538 e 539 c.p.p. o, in subordine, dell'art. 278 c.p.c.

Nella illustrazione del motivo si sostiene che il giudice di rinvio non poteva condannare R.O. al risarcimento del danno da liquidarsi in separato giudizio, per due indipendenti ragioni:

- sia perché il giudice civile in sede di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p. non può pronunciare una condanna provvisoria;
- sia perché in ogni caso l'art. 278 c.p.c. non consente la condanna del convenuto al pagamento di una provvisoria, se l'attore non abbia formulato espressa domanda di quantificazione del danno.

Con la memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c., e poi ancora nella discussione orale, la difesa della ricorrente principale ha corroborato il motivo in esame con un ulteriore argomento di diritto: quello secondo cui il giudice di merito non avrebbe potuto pronunciare una condanna generica (né, di conseguenza, condannare R.O. al pagamento d'una provvisoria) perché la legge consente, a chi abbia formulato una domanda di condanna, di limitare in corso di causa la propria richiesta all'*an debeat*; non consentirebbe, invece, di formulare *ab origine* una domanda di condanna generica, come invece avevano fatto nel giudizio di merito le Amministrazioni oggi controricorrenti.

A sostegno di tale allegazione ha invocato il *decisum* della Sez. III, ord. 3 giugno 2022, n. 17984, secondo cui "l'attore che chiede la tutela giurisdizionale di una situazione giuridica soggettiva [...] non può proporre la domanda limitando la richiesta di tutela ad una condanna generica, cioè al solo *an debeat* e fare riserva di introdurre un successivo giudizio per l'accertamento del quantum, a somiglianza di quanto l'art. 278 c.p.c. consente all'attore di chiedere nel corso del processo in cui abbia proposto la domanda di condanna in modo pieno".

2.1. Il motivo è infondato in tutte le censure in cui si articola.

2.2. Sulla ammissibilità di domande di condanna limitate all'*an debeat*.

Infondata, in primo luogo, è l'allegazione secondo cui il codice di rito non consentirebbe la proposizione di domande di condanna limitate all'*an debeat*.

Tale questione è stata già affrontata e risolta da queste Sezioni unite, con orientamento dal quale non v'è motivo di discostarsi – ed al quale, anzi, si intende qui dare continuità –, secondo cui la domanda di danno può essere legittimamente rivolta *ab origine* ad ottenere una condanna generica, senza che sia necessario il consenso del convenuto.

Tale facoltà costituisce infatti espressione del principio di libera scelta delle forme di tutela offerte dall'ordinamento. Spetterà poi al convenuto, ove lo ritenga, formulare domanda riconvenzionale di accertamento dell'insussistenza del danno: domanda che, se proposta, ribalterà sull'attore l'onere di provare l'esistenza e l'ammontare del danno.

Questo principio è stato più volte affermato sia da queste Sezioni unite (in particolare da S.U., 23 novembre 1995, n. 12103, che rappresentò la sentenza capostipite, e poi da S.U., 2 giugno 2000, n. 390; S.U., 10 aprile 2000, n. 108); sia da tutte le sezioni semplici di questa Corte: dalla Sez. I (*ex multis*, Sez. I, ord. 24 maggio 2022, n. 16776); dalla Sez. II (*ex multis*, Sez. II, ord. 20 giugno 2022, n. 19873; ord. 29 maggio 2020, n. 10323; 4 aprile 2001, n. 4962); dalla Sez. III (*ex multis*, Sez. III, ord. 22 febbraio 2021, n. 4653; 24 ottobre 2017, n. 25113); dalla Sez. lav. (*ex multis*, Sez. lav., 16 febbraio 2012, n. 2262; 5 luglio 2007, n. 15154).

E se principio analogo non risulta mai affermato dalla giurisprudenza della Sezione tributaria, ciò è dovuto solo all'ovvia considerazione che il processo tributario è un giudizio c.d. "di impugnazione-merito", in quanto diretto ad una decisione sostitutiva, sicché il giudice non può limitarsi ad annullare l'atto dell'amministrazione, ma deve esaminare nel merito la pretesa fiscale o il diniego del rimborso e determinarne la corretta misura: con il che resta di norma esclusa la possibilità di una sentenza limitata all'*an debeat* o di una condanna generica (*ex multis*, Sez. V, ord. 31 ottobre 2018, n. 27875).

2.3. A fronte di questo orientamento così risalente e consolidato, tale da costituire un vero e proprio "diritto vivente", non può essere condiviso il precedente di questa Corte invocato dalla difesa della ricorrente (e cioè l'ord. 17984/2022, cit.), per quattro ragioni.

2.3.1. In primo luogo, perché, in quella decisione, l'affermazione del principio secondo cui l'attore non potrebbe chiedere *ab origine* una condanna generica costituisce un mero *obiter dictum*. È la stessa ordinanza, infatti, ad affermare che la domanda introduttiva del primo grado di quel giudizio non era affatto limitata al solo *an debeat*. Il principio di cui si discorre, pertanto, è stato affermato in relazione ad un caso in cui l'applicazione di esso non era necessaria.

2.3.2. In secondo luogo, alla decisione invocata dalla difesa della ricorrente non è possibile dare conti-

nuità, in virtù del principio della necessaria stabilità nell'interpretazione delle norme processuali.

Questo principio, ripetutamente affermato dalle Sezioni unite di questa Corte, può così riassumersi: sebbene nel nostro sistema processuale non viga la regola dello *stare decisis*, nondimeno la stabilità dell'interpretazione delle norme processuali è un valore immanente nell'ordinamento, a salvaguardia della certezza del diritto ed a tutela del diritto di difesa.

Pertanto, quando l'interpretazione di una norma processuale sia consolidata, essa può essere abbandonata solo in due casi: o in presenza di "forti ed apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare dei fenomeni sociali o del contesto normativo" (così, testualmente, S.U., 31 luglio 2012, n. 13620; nonché, nello stesso senso ed *ex multis*, S.U., 13 gennaio 2022, n. 927; S.U., ord. 2 febbraio 2017, n. 2736); oppure quando l'interpretazione consolidata "*risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti, atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo*" (così S.U., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, Rv. 632844-01).

Corollario di quanto esposto è che quando una norma processuale può teoricamente essere interpretata in due modi diversi, ambedue compatibili con la lettera della legge, è doveroso preferire quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

2.3.3. In terzo luogo, il principio invocato dalla ricorrente non può essere condiviso perché il nostro ordinamento costituzionale e processuale è imperniato sui principi di libertà del diritto di azione (art. 24 Cost.), e la libertà del diritto di azione si manifesta ovviamente con la facoltà dell'attore di stabilire, in totale libertà, cosa chiedere, quanto chiedere e quando chiedere, con l'unico limite del divieto di abuso del diritto.

2.3.4. Infine, al precedente invocato dalla difesa della ricorrente non può essere data continuità, in quanto l'interpretazione da esso preferita non è compatibile con vari principi stabiliti dal diritto comunitario, ovvero da norme interposte ai sensi dell'art. 10 Cost.

È noto che l'art. 6, c. 3, del Trattato sull'Unione europea (c.d. "Trattato di Lisbona", ratificato e reso esecutivo con l. 2 agosto 2008, n. 130), stabilisce che "*i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*".

Per effetto di tale norma i principi della Cedu sono stati "comunitarizzati", e sono divenuti "principi fondanti dell'Unione europea".

Tra questi principi la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea da tempo include quello di certezza del diritto.

Il principio della certezza del diritto secondo la Corte di giustizia discende dall'art. 6 Cedu; è recepito dall'ordinamento comunitario dall'art. 6 Tue, ed ha – fra gli altri – due corollari: il principio di tutela del legittimo affidamento ed il principio di salvaguardia dei diritti quesiti (per l'affermazione di questi principi, *ex multis*, si vedano in particolare le tre decisioni pronunciate da Corte giust. Ce, 14 aprile 1970, Bundesknappschaft, in causa C-68/69, in particolare par. 7; Corte giust. 7 luglio 1976, Irca, in causa C-7/76, e Corte giust. Ce 16 giugno 1998, Racke, in causa C-162/96).

In campo processuale i principi affermati dalla Corte di Lussemburgo sono stati ripresi e sviluppati dalla Corte Edu, la quale ne ha tratto il corollario che è impedito ai giudici degli Stati membri interpretare le norme processuali in modo che conducano all'inammissibilità d'una domanda giudiziale, quando tali interpretazioni siano “troppo formalistiche”, adottate “a sorpresa” e niente affatto chiare ed univoche (Corte Edu, Sez. I, 15 settembre 2016, Trevisanato c. Italia, in causa n. 32610/07, par. 42-44; Corte Edu, Sez. II, 18 ottobre 2016, Miessen c. Belgio, in causa n. 31517/12, par. 71-73).

In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che costituisce violazione dell'art. 6 Cedu l'adozione d'una interpretazione della norma processuale che comporti per l'individuo la perdita della possibilità di adire un Tribunale, senza che tale effetto potesse essere previsto *ex ante* (*ex multis*, Corte Edu, 20 dicembre 2016, Ljaskaj c. Croazia, in causa n. 58630/11); che la legge processuale “deve essere accessibile ai giustiziabili e da loro prevedibile quanto agli effetti” (Corte Edu 27 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, in causa n. 25358/12, par. 169); che ogni soggetto deve essere in grado di prevedere le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (così Corte Edu 7 giugno 2012, Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia, in causa n. 38433/09, par. 140; nello stesso senso Corte Edu 17 maggio 2016, Karácsony ed al. c. Ungheria, in cause nn. 42641/13 e 44357/13); che non possono imporsi cause di inammissibilità non previste dalla legge, se non indispensabili (Corte Edu, Sez. I, 24 aprile 2008, Kemp c. Lussemburgo, in causa n. 17140/05); che, infine, i giudizi degli Stati membri devono osservare per quanto possibile orientamenti stabili, sicché non è loro consentito esercitare nel corso del tempo le loro competenze in modo da ledere imprevedibilmente situazioni e rapporti giuridici soggetti (Corte giust. Ue, 15 febbraio 1986, Duff, in causa C-63/93).

Alla luce di tali principi deve concludersi che la regola di diritto invocata dalla ricorrente (“non è ammissibile una domanda *ab origine* limitata all'*an debeat*”) non può essere seguita perché non espressamente prevista dalla legge, imprevedibile dai litiganti e non indispensabile.

2.4. Sui restanti profili di censura del primo motivo di ricorso.

La deduzione secondo cui il giudice civile, pronunciando in sede di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p., non potrebbe pronunciare una condanna provvisoria è infondata in diritto.

Il giudizio di rinvio *ex art. 622 c.p.p.* si svolge dinanzi al giudice civile con le regole del processo civile (Sez. III, 15 gennaio 2020, n. 517, Rv. 656811-01): e fra queste regole rientra l'art. 278 c.p.c., che consente per l'appunto la condanna del convenuto al pagamento d'una provvisoria.

2.5. Anche in questo caso non è decisivo, in senso contrario, il precedente invocato dalla difesa della ricorrente (e cioè Sez. III, 28 maggio 2015, n. 11117, non massimata sul punto, secondo cui la condanna provvisoria *ex art. 278 c.p.c.* non può essere pronunciata quando l'azione “*ha ad oggetto l'accertamento di responsabilità del convenuto e la sua condanna generica al risarcimento dei danni*”, perché in tal caso “*esula dal giudizio la concreta quantificazione del danno risarcibile*”).

Tale orientamento non può essere condiviso per due concorrenti ragioni.

2.5.1. Innanzitutto, negare la possibilità d'una condanna provvisoria nel giudizio limitato all'*an debeat* è conclusione non sostenibile sul piano della logica formale, perché eleva il presupposto della norma (la richiesta di condanna generica) a fattore impeditivo dell'applicazione di essa.

Ed infatti il presupposto per la pronuncia d'una condanna provvisoria è la formulazione d'una domanda di condanna generica. Se, infatti, fosse formulata una richiesta di condanna estesa al *quantum*, la concessione d'una provvisoria non avrebbe senso né utilità, dal momento che il processo si chiuderebbe comunque con una sentenza – di accoglimento o di rigetto – definitiva.

Negare, dunque, la possibilità di pronunciare la condanna provvisoria quando l'attore abbia limitato la propria richiesta all'*an debeat*, significherebbe interpretare abrogativamente l'art. 278 c.p.c.

A seguire quel ragionamento, infatti, mai tale norma potrebbe essere applicata, perché delle due l'una: o l'attore ha chiesto una condanna piena, ed allora la provvisoria non può essere pronunciata perché il giudice dovrà decidere su tutta la domanda; oppure è stata chiesta una condanna generica, ed allora la provvisoria non potrebbe essere pronunciata perché la causa non ha ad oggetto il *quantum*.

Quanto, poi, all'osservazione secondo cui in caso di domanda limitata all'*an debeat* la provvisoria non potrebbe essere pronunciata perché la quantificazione del danno non forma oggetto del giudizio, è agevole replicare che proprio perché la quantificazione del danno non forma oggetto del giudizio, è accordata al giudice la potestà di pronunciare una condanna sommaria, nei limiti in cui, anche a prescindere dall'attività assertiva delle parti, la prova del danno sia comunque rifluita nel giudizio. Basti pensare al caso – a mo' d'esempio – del danno non patrimoniale da uccisione d'un prossimo congiunto, ipotesi nella quale,

anche in assenza di prove specifiche, non potrà di norma dubitarsi dell'esistenza d'un danno non inferiore ad un certo ammontare.

2.5.2. La seconda ragione per la quale non può essere condiviso il principio invocato dalla ricorrente è che l'art. 278 c.p.c. subordina la condanna generica alla circostanza che sia *“accertata l'esistenza d'un diritto, ma [sia] ancora controversa la quantità della prestazione dovuta”* (art. 278, c. 1, c.p.c.). La norma, dunque, non impone affatto che la *“controvertibilità”* del *quantum* debba sussistere nel medesimo giudizio in cui si è chiesta la condanna generica.

La quantità della prestazione dovuta infatti può essere qualificata come *“ancora controversa”* sia quando la liquidazione del danno sia richiesta nel medesimo giudizio in cui è stata pronunciata la condanna generica; sia quando la quantificazione del danno è stata riservata dall'attore ad un futuro e separato giudizio.

La formula che subordina la concessione della provvisoria alla circostanza che sia *“ancora controversa la quantità della prestazione dovuta”* sta a significare che sul *quantum debeatur* è mancata una decisione, ma non che quella decisione dovrà emettersi nello stesso giudizio in cui si è chiesta o pronunciata la condanna generica.

L'art. 278 c.p.c., pertanto, anche sul piano letterale non solo non esclude, ma anzi impone di ritenere ammissibile la richiesta - e la pronuncia - d'una condanna provvisoria nel giudizio incardinato al solo fine di ottenere una pronuncia generica sull'*an debeatur*.

2.6. La deduzione, infine, secondo cui l'art. 278 c.p.c. non consentirebbe la condanna del convenuto al pagamento di una provvisoria, se l'attore non abbia formulato espressa domanda di quantificazione del danno, è infondata in punto di fatto.

Le amministrazioni oggi controrcorrenti, infatti, nel riassumere il giudizio dinanzi al giudice civile in sede di rinvio avevano espressamente chiesto la condanna dei convenuti al pagamento d'una provvisoria: in tal modo hanno non solo formulato la *“istanza”* di cui all'art. 278, c. 2, c.p.c., ma manifestato implicitamente la volontà di chiedere una *aestimatio* anche parziale del danno.

2.7. Il primo motivo di ricorso va dunque rigettato, in applicazione dei seguenti principi di diritto:

- *“È consentito alla vittima di un fatto illecito proporre una domanda limitata ab origine all'accertamento del solo an debeatur, con riserva di accertamento del quantum in un separato giudizio”*.

- *“La condanna provvisoria di cui all'art. 278 c.p.c. può essere pronunciata – su istanza di parte – anche nel giudizio introdotto da una domanda limitata all'accertamento del solo an debeatur”*.

- *“Il giudice civile, adito in sede di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p. con una domanda di condanna generica, può condannare il responsabile al pagamento di una provvisoria, ai sensi dell'art. 278 c.p.c.”*.

### 3. Il secondo motivo del ricorso principale

Col secondo motivo R.O. prospetta sia il vizio di nullità della sentenza, sia quello di omesso esame d'un fatto decisivo.

La censura investe la sentenza d'appello nella parte in cui ha ritenuto sussistente la prova del fatto che l'odierna ricorrente evase od eluse, con dolo, il pagamento dei dazi doganali.

Il motivo, se pur formalmente unitario, contiene come accennato due censure.

3.1. Con una prima censura la ricorrente sostiene che la Corte d'appello ha trascurato di esaminare un *“fatto decisivo”*, rappresentato da un parere diramato da una Direzione generale della Commissione europea.

In questo parere si sosteneva che il Regolamento comunitario disciplinante la materia (regolamento 2362/98) andasse interpretato nel senso che esso non vietava agli importatori *“nuovi arrivati”* né di avvalersi di società terze per il trasporto della merce importata; né – una volta immessa la merce nel mercato interno – di venderla ad un *“operatore tradizionale”*; né, infine, di stipulare tali contratti di vendita prima ancora dell'importazione.

Sostiene la ricorrente che tale documento, se fosse stato esaminato, avrebbe dovuto indurre la Corte d'appello a ritenere che la condotta di R.O. fu coincidente con l'interpretazione che della normativa sui dazi diede la stessa Commissione europea: e dunque non poteva ritenersi *“dolosa”* la condotta d'un operatore commerciale, conforme all'opinione d'un organismo comunitario.

3.2. Con una seconda censura la ricorrente sostiene che, anche a voler ammettere l'ipotesi che la Corte d'appello abbia effettivamente esaminato e valutato il documento suddetto, in ogni caso la motivazione con cui è stato ritenuto sussistente l'elemento soggettivo dell'illecito deve ritenersi inesistente o comunque soltanto apparente. La sentenza impugnata, infatti, si limita a rinviare su questo punto alla decisione di primo grado, decisione nella quale tuttavia non era contenuto alcun accertamento dell'elemento soggettivo del reato, tanto è vero che R.O. in primo grado fu assolta con una formula *in ius concepta* (e cioè *“perché il fatto non costituisce reato”*).

3.3. Sulla prima censura.

La prima censura del secondo motivo del ricorso principale è infondata.

In primo luogo, essa è infondata perché il documento del cui omesso esame la ricorrente si duole risulta essere stato preso in esame dalla Corte d'appello a pagina 27, terzo capoverso, della sentenza impugnata.

In secondo luogo, essa è infondata perché il *“fatto controverso”* fra le parti era l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato, e questo fatto è stato effettivamente esaminato dalla Corte d'appello.

L'omesso esame di un documento, per contro, non integra gli estremi del vizio di cui all'art. 360, n. 5,

c.p.c., dal momento che il giudice non è obbligato a dare conto di ogni e ciascun elemento di prova acquisito nel corso dell'istruttoria, ma può limitarsi ad indicare solo quelli sui quali ha fondato il proprio convincimento.

In terzo luogo, la censura è infondata perché il documento del cui omesso esame la ricorrente si duole comunque non era decisivo.

In quel documento, infatti, si esprimeva l'opinione che l'importatore "nuovo arrivato" potesse legittimamente importare merci avvalendosi di mezzi altrui, e rivenderle – una volta importate – ad un "operatore tradizionale".

Ma la Corte d'appello ha condannato R.O. non già per il solo fatto di avere venduto le banane importate ad un "operatore tradizionale", ma in base al diverso presupposto che quella vendita dissimulava una vendita di certificati Agrim, e dunque una pratica abusiva.

#### 3.4. Sulla seconda censura.

La seconda censura è del pari infondata.

Secondo queste Sezioni unite (S.U., 7 aprile 2014, n. 8053) la nullità della sentenza per vizio di motivazione può affermarsi soltanto in due casi eccezionali: quando la motivazione manchi del tutto "sinanche come segno grafico"; oppure quando sia oggettivamente e insuperabilmente incomprensibile.

Nel caso di specie non ricorre alcuno dei suddetti presupposti. Da un lato, infatti, sarebbe arduo affermare che una sentenza di 38 pagine sia "nulla per mancanza di motivazione sinanche come segno grafico"; dall'altro lato la sentenza impugnata ha dato ampiamente conto degli elementi di fatto sui quali ha fondato il giudizio di colpevolezza.

La Corte d'appello ha ritenuto che la società di cui R.O. era direttore generale importava banane in eccesso rispetto ai contingenti ad essa assegnati, avvalendosi di società prestanome, e così facendo pagava dazi agevolati cui non aveva diritto.

Questa motivazione è ben chiara, e lo stabilire poi se essa sia stata corretta nel merito è questione di puro fatto, esulante dal perimetro del giudizio di legittimità.

#### 4. Il terzo motivo del ricorso principale

Col terzo motivo la ricorrente prospetta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione degli artt. 1227, 2056, 2059 e 2697 c.c.

Il motivo investe la sentenza d'appello nella parte in cui ha ritenuto di poter pronunciare una condanna generica a carico dei convenuti ed a favore del Ministero delle finanze.

4.1. Il motivo, se pur formalmente unitario, contiene cinque censure tanto processuali quanto sostanziali, che questa Corte – nell'esercizio del proprio poterdovere di qualificazione ed interpretazione degli atti processuali – ritiene siano così riassumibili:

a) la Corte d'appello non poteva pronunciare una condanna generica al risarcimento del danno, perché le parti civili avevano a tal riguardo formulato domande generiche;

b) la Corte d'appello non poteva pronunciare una condanna generica al risarcimento del danno, perché le parti civili non avevano indicato le prove di cui intendevano avvalersi nel futuro giudizio sul *quantum debeatur*;

c) la Corte d'appello aveva accolto (anche) la domanda di risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione, danno concepibile solo con riferimento alle condotte di soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione, ma non con riferimento alle condotte di soggetti estranei ad essa;

d) la pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno presuppone l'accertamento in concreto dell'esistenza d'un danno, accertamento che nel caso di specie era mancato;

e) il danno sofferto della pubblica amministrazione in caso di evasione fiscale non coincide con il tributo evaso, se non nei casi in cui l'erario, in conseguenza del fatto illecito, abbia perduto la possibilità di recuperare l'imposta con gli ordinari strumenti a tal fine previsti dall'ordinamento.

4.2. Prima di esaminare tali doglianze nel merito, va premesso che le censure appena riassunte, *sub a)*, *b)* e *c)*, non possono ritenersi già esaminate e decise dall'ordinanza di remissione, nonostante in essa si dica delle prime due che sono "smentite" dagli atti; e della terza che "appare inammissibile".

Infatti, il dispositivo dell'ordinanza di remissione non contiene altra statuizione che la remissione alle Sezioni unite, né vi è una statuizione espressa di rigetto delle due censure suddette.

Pertanto, le affermazioni di "inammissibilità" di cui alle pp. 26-28 dell'ordinanza di remissione debbono ritenersi delle mere valutazioni preliminari ai fini della motivazione sulla rilevanza della questione di massima, questione che riguardava un profilo del motivo logicamente subordinato a quelle valutazioni.

4.3. Sulla prima censura (genericità delle domande).

L'allegazione secondo cui la Corte d'appello non avrebbe potuto pronunciare una condanna generica al risarcimento del danno, poiché i danneggiati avevano formulato domande generiche, è infondata.

La prima ragione è che le parti civili provvidero ad indicare il tipo di danni che assumevano di aver subito: turbamento della normale attività dell'amministrazione; perdita del tributo; costi dell'attività di accertamento del fatto-reato; danno all'immagine; danno da sviamento di funzione.

4.4. Sulla seconda censura (inammissibilità della domanda per mancata indicazione dei mezzi di prova).

La ricorrente allega poi che la domanda di condanna generica al risarcimento del danno si sarebbe dovuta dichiarare inammissibile, perché non corredata dall'indicazione dei mezzi di prova di cui le parti danneggiate avevano intenzione di avvalersi nel successivo giudizio di liquidazione, a dimostrazione dell'entità del danno sofferto.

Tale censura è infondata.

Infatti, ai fini dell'accoglimento della domanda di condanna generica al risarcimento del danno è sufficiente che siano dimostrati la colpa e il nesso causale, mentre è sufficiente che sia anche solo probabile l'esistenza del danno.

Se dunque, ai fini dell'accoglimento della domanda generica, è necessario che il danno sia soltanto "probabile", l'unica prova che il danneggiato deve offrire è quella della "probabilità" del danno, non della sua certezza.

Ma se ai fini della condanna generica è sufficiente la dimostrazione della "probabilità" del danno, non si comprende a qual fine e per qual frutto l'attore avrebbe l'onere, nel giudizio sull'*an*, di indicare analiticamente i mezzi di prova di cui intende avvalersi nel futuro e separato giudizio sul *quantum*.

La prova analitica del *quantum debeat* andrà fornita nel relativo e successivo giudizio, sicché a pretendere che essa debba essere offerta già nel giudizio sull'*an* si porrebbe al paradosso di obbligare la parte, a pena di inammissibilità della domanda, ad indicare mezzi di prova irrilevanti, perché non aventi ad oggetto una questione devoluta al giudicante.

Quel che è sufficiente, nel giudizio limitato all'*an debeat*, è che l'attore fornisca la prova della probabile esistenza d'un danno, prova che ovviamente può essere fornita con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni semplici.

Infine, non pertinente è la giurisprudenza invocata dalla ricorrente a p. 17, nota 13, del ricorso.

In tutti e quattro i precedenti ivi richiamati, infatti, non si afferma affatto che una domanda di condanna generica sia inammissibile se non corredata dall'indicazione della prova del *quantum debeat*, ma si afferma il diverso principio secondo cui ai fini d'una condanna generica è sufficiente che l'attore allegi e provi la mera "potenzialità dannosa" del fatto illecito. In particolare:

- Sez. lav., 22 gennaio 2009, n. 1631, ha affermato il suddetto principio in tema di danno da perdita di *chance*;

- Sez. III, 17 dicembre 2010, n. 25638, ha affermato il suddetto principio in tema di danno da distruzione dell'azienda commerciale;

- Sez. II, ord. 14 marzo 2018, n. 6235, ha affermato il suddetto principio in tema di danno da violazione delle norme sulle distanze legali: qui, per di più, la domanda di condanna generica venne rigettata per difetto di "allegazione" del danno, sicché il riferimento alla prova costituiva una motivazione *ad abundantiam*;

- Sez. II, 29 agosto 2018, n. 21326, ha affermato il suddetto principio in tema di danno da inadempimento d'un contratto preliminare.

4.4.1. In talune decisioni della Corte, ivi compresa l'ultima di quelle appena elencate, si legge la tralattiva affermazione secondo cui "*l'art. 278 c.p.c. [...] non esonera l'attore, all'atto della rimessione della causa al collegio, dall'onere di [...] indicare i mezzi di prova*

*dei quali intenda avvalersi per la determinazione del quantum, secondo la disciplina generale, con la conseguenza che, in difetto di tali adempimenti, il giudice deve pronunciarsi sulla domanda di risarcimento, rigettandola se non adeguatamente provata*" (così Sez. I, 23 marzo 2004, n. 5736, e, prima ancora, Sez. II, 28 maggio 1999, n. 5193).

Questo principio, tuttavia, non è pertinente rispetto al caso che qui ci occupa.

Esso venne infatti affermato dalla sentenza capostipite (Cass. n. 5193/1999, cit.), in un caso in cui l'attore, al momento della rimessione della causa al collegio, aveva chiesto sì una condanna generica del convenuto, ma nella forma d'una sentenza non definitiva, con rimessione della causa sul ruolo per il prosieguo del giudizio ai fini dell'accertamento del *quantum*.

È dunque ovvio che, in quel caso, si pretese dall'attore la formulazione anche delle richieste istruttorie, giusta la previsione dell'art. 189 c.p.c.

Lo stesso principio, però, non potrebbe valere quando l'attore chieda che il *quantum debeat* sia accertato in un separato giudizio, e non nel prosieguo del medesimo giudizio.

4.5. Sulla terza censura (insussistenza d'un danno all'immagine dell'amministrazione).

Con una terza censura la ricorrente ha dedotto che la Corte d'appello avrebbe illegittimamente accolto (anche) la domanda di risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione, danno non concepibile con riferimento alle condotte di soggetti estranei alla pubblica amministrazione.

Il motivo è, in primo luogo, inammissibile per estraneità alla *ratio decidendi*.

La sentenza impugnata, infatti, non ha preso affatto posizione sull'esistenza d'un "danno all'immagine", sicché il motivo censura una statuizione che nella sentenza impugnata manca.

4.5.1. Benché tale rilievo sia assorbente, osserva il collegio *ad abundantiam* che la censura sarebbe comunque infondata.

Il principio di diritto invocato dalla ricorrente, secondo cui soltanto soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione potrebbero essere condannati a risarcire il danno all'immagine sofferto da quest'ultima, non è infatti corretto. Il danno civile è atipico: chiunque può arrecarlo a chiunque, e con qualunque condotta. Così, ad esempio, il funzionario di fatto, il calunniatore, il millantatore, l'appaltatore infedele, il concessionario di pubblici servizi disonesto, pur non appartenendo alla pubblica amministrazione, con le loro condotte ben potrebbero arrecare un danno all'immagine di quest'ultima.

L'esistenza di un danno all'immagine della pubblica amministrazione è un giudizio analitico *a posteriori* che dipende dalla natura della condotta illecita e dalle sue conseguenze, e non un giudizio sintetico *a priori* che dipenda dalla qualità soggettiva del responsabile.

Che un reato doganale possa nuocere all'immagine della pubblica amministrazione è stato del resto già ammesso dalla giurisprudenza penale di questa Corte (Sez. V pen., 22 marzo 2019, n. 12777, in motivazione, par. 8.3; Sez. III pen., 1 ottobre 2010, n. 35457, Rv. 248632-01), così come in ripetute occasioni si è ammesso che il reato commesso dall'*extraneus* alla pubblica amministrazione possa recare nocimento all'immagine di questa, suscitando nei cittadini la sensazione dell'inefficienza o della collusione di essa col reo (così Sez. III, 17 marzo 2008, n. 11752, Rv. 239464; Sez. III, 1 ottobre 2002, n. 35868, Rv. 222512; nonché Sez. II pen., 4 gennaio 2013, n. 150, Rv. 254675, e Sez. I pen., 18 ottobre 1995, n. 10371, Rv. 202736, ambedue con riferimento al danno all'immagine causato da una associazione criminale all'amministrazione comunale nel cui territorio si era insediata ed aveva operato).

4.5.2. Né rileva, ai fini qui in esame, il disposto dell'art. 17, c. 30-ter, d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (c.d. "Iodo Bernardo"), ovvero la contestata norma la quale, nel novellare le regole sulla responsabilità erariale dei pubblici dipendenti, stabilì che "[l]e procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7 della l. 27 marzo 2001, n. 97", e quindi soltanto nel caso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Quale che sia, infatti, l'interpretazione che si volesse adottare di tale norma (se, cioè, essa escluda o meno la responsabilità dei pubblici dipendenti nei confronti della pubblica amministrazione per i danni all'immagine causati in conseguenza di reati comuni), quel che è certo è che: a) quella norma disciplina unicamente i limiti della responsabilità per danno erariale, la quale ha ambito e presupposti diversi dalla responsabilità civile; b) essa disciplina unicamente la responsabilità dei pubblici funzionari, non dei privati; c) il secolare canone ermeneutico *inclusio unius, exclusio alterius*, impone di ritenere che l'espressa limitazione della responsabilità dei pubblici funzionari verso la pubblica amministrazione non possa estendersi anche ai soggetti ad essa estranei.

In tal senso si è già espressa la Corte costituzionale con la sent. 15 dicembre 2010, n. 355, stabilendo che l'art. 17, c. 30-bis, d.l. cit. è norma la quale ha inteso limitare unicamente la responsabilità dei pubblici funzionari, e limitarla solo nell'ambito della giurisdizione contabile.

4.6. Sulla quarta censura (inammissibilità della condanna generica in assenza di prova del danno).

Con una quarta censura, come accennato, la ricorrente deduce che la pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno presuppone l'accertamento in concreto dell'esistenza d'un danno, accertamento che nel caso di specie era mancato.

La censura è infondata in quanto, come già detto, presupposto della condanna generica *ex art. 278 c.p.c.* è la mera probabilità del danno, non la prova certa della sua esistenza.

Questa Corte, da molti anni e con orientamento costante, viene ripetendo che dinanzi ad una domanda di condanna generica al risarcimento del danno "l'attività e la indagine del giudice [...] è principalmente diretta ad acquisire la certezza giuridica sui punti pregiudiziali dell'illiceità e della colpa e, quindi, della responsabilità.

*La pronuncia positiva sull'an debeatur si deve fondare sulla certezza giuridica dell'illiceità della condotta della persona contro la quale la condanna stessa viene pronunciata, e, quindi, sulla responsabilità di questa, sulla prova di un fatto idoneo, sia pure potenzialmente, a produrre conseguenze dannose, secondo un apprezzamento anche di semplice probabilità o di verosimiglianza dell'evento [...], nel senso che per la particolare natura dell'illecito sia legittimo presumere il verificarsi di dette conseguenze, la cui valutazione, in concreto sarà poi compiuta in sede di liquidazione, e sull'esistenza del nesso di causalità fra il comportamento illecito dell'agente ed il danno"* (così, testualmente, ovvero Sez. I, 9 agosto 1962, n. 2507).

E questa mera "potenzialità dannosa" del fatto illecito, per altrettanto pacifica giurisprudenza, prescinde dalla misura e anche dalla stessa concreta esistenza del danno, come già stabilito da queste Sezioni unite (S.U., 3 agosto 1993, n. 8545; nello stesso senso, *ex multis*, Sez. II, 29 agosto 2018, n. 21326, Rv. 650031-01; Sez. II, ord. 14 marzo 2018, n. 6235, Rv. 647851-01; Sez. lav., 22 gennaio 2009, n. 1631, Rv. 606294-01; Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, Rv. 591479-01; Sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709, Rv. 564383-01; Sez. III, 2 maggio 2002, n. 6257, Rv. 554050-01; Sez. II, 25 febbraio 2002, n. 2724, Rv. 552505-01; Sez. II, 1 agosto 2001, n. 10453, Rv. 548638-01; Sez. II, 6 novembre 2000, n. 14454, Rv. 541416-01; Sez. III, 14 maggio 1962, n. 985, Rv. 251626-01).

4.7. Sulla quinta censura (possibilità di qualificare come "danno aquiliano", per l'erario, l'evasione d'un tributo).

Con la quinta censura del secondo motivo la ricorrente, come accennato, lamenta che erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto che nei reati tributari il danno patito dall'erario coincida col tributo evaso.

Deduce la ricorrente che la commissione d'un reato tributario non fa venir meno la perdita del credito erariale; che l'amministrazione finanziaria può sempre agire per la riscossione coattiva del tributo evaso; che pertanto l'esistenza d'un danno risarcibile potrebbe ammettersi soltanto se l'amministrazione deduca e dimostri che, in conseguenza del reato, abbia perduto irrimediabilmente il proprio credito tributario.

4.7.1. La quinta censura del terzo motivo del ricorso principale è una delle due che l'ord. n. 38711/21 ha ritenuto meritevole di essere sottoposta a queste Sezioni unite.

A tale riguardo l'ordinanza di rimessione riferisce innanzitutto dell'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza delle sezioni penali di questa Corte.

Segnala che secondo Cass. pen. 5554/1991 il "danno da reato", di cui all'art. 185 c.p., derivante da

un reato tributario, non coincide col tributo evaso, se non a due condizioni: che a causa del reato l'erario abbia perduto il credito tributario, e che il reo sia persona diversa dal debitore d'imposta.

Secondo Cass. pen. 52752/2014, invece, la astratta possibilità di ravvisare il danno da reato nel tributo evaso deve ammettersi sempre, e non soltanto nel caso di non coincidenza tra reo e contribuente.

L'ordinanza di rimessione prosegue chiedendosi se, *ad exemplum* di quanto comunemente ammesso in tema di concorso dell'azione contrattuale di danno con quella aquiliana, non possa parimenti accordarsi all'erario la facoltà di scelta tra la riscossione coattiva del tributo e l'ordinaria azione di danno mediante costituzione di parte civile, e come debba ripartirsi nel relativo giudizio di danno l'onere della prova che il credito tributario sia andato perduto in conseguenza della commissione del reato.

L'ordinanza di rimessione conclude la propria illustrazione formulando - con riferimento a questo terzo motivo di ricorso - tre quesiti così riassumibili:

1) se e a quali condizioni il danno causato da una evasione fiscale coincida con l'imposta evasa;

2) se, in caso di evasione fiscale, l'amministrazione finanziaria abbia l'onere di procedere all'accertamento ed alla riscossione coattiva del tributo, o possa scegliere di agire ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti del responsabile civile;

3) se nel giudizio di risarcimento del danno proposto dall'erario nei confronti dell'evasore o del suo coreo debba essere l'amministrazione a dover dimostrare di aver perduto senza colpa il proprio credito in conseguenza del fatto illecito, oppure se debba essere il convenuto a dimostrare che l'erario non ha perduto il proprio credito tributario, ovvero l'ha perduto per propria colpa.

Tali questioni saranno esaminate separatamente.

4.7.2. (A) Evasione fiscale e azione aquiliana: il rapporto tra erario e contribuente.

Il debito d'imposta è una obbligazione scaturente dalla legge, ai sensi dell'art. 1173 c.c. Non mette conto in questa sede seguire le sottilissime distinzioni dottrinarie sulla natura dell'atto d'accertamento o della autodichiarazione nella tassonomia delle fonti dell'obbligazione. Per l'art. 1173 c.c. le fonti dell'obbligazione possono essere solo tre: il contratto, il fatto illecito e la legge: e poiché l'obbligazione tributaria ovviamente non sorge né da contratti, né da fatti illeciti, è giocoforza inquadrarla nella terza.

Questa obbligazione ha ad oggetto una somma di denaro, ed è dunque una obbligazione pecuniaria.

Il creditore di una obbligazione pecuniaria, in caso di inadempimento, conserva il diritto di esigere coattivamente il proprio credito, ed acquista quello di pretendere il risarcimento del danno (art. 1218 c.c.).

Diritto alla prestazione e diritto al risarcimento del danno formano oggetto di due obbligazioni diverse: la prima nascente dalla legge, la seconda dall'inadempimento della prima.

Il creditore d'una obbligazione pecuniaria non perde il credito sol perché il debitore sia inadempiente: il debito di denaro è infatti debito di cosa generica, e *genus numquam perit*.

Il creditore d'una obbligazione pecuniaria, se questa resti inadempita, resta creditore e il suo credito conserva intatti fonte, struttura, contenuto e mezzi di tutela.

“Danno” in senso tecnico, invece, è il pregiudizio causato dall'inadempimento, non la prestazione dovuta. Ed infatti nelle obbligazioni pecuniarie il creditore che domandi la condanna del debitore non esercita un'azione di danno, ma un'azione di adempimento. La stessa esecuzione forzata non è un “risarcimento” per il creditore, ma la coattiva realizzazione di quel risultato non garantito spontaneamente dal debitore.

Dalla distinzione tra prestazione dovuta e risarcimento del danno discende che l'imposta non versata dall'evasore non costituisce - di norma - per l'erario un “danno” in senso tecnico.

In primo luogo, perché il credito accertato e non adempiuto spontaneamente non è perduto, ma se ne potrà esigere l'esecuzione forzata.

In secondo luogo, perché l'amministrazione finanziaria dispone d'una vasta gamma di strumenti sostanziali, processuali e cautelari per tutelare le proprie ragioni e riscuotere i propri crediti tributari. L'esistenza di tali strumenti, e la concreta possibilità di ricorrervi, impedirà di norma all'erario di pretendere a titolo di risarcimento del danno l'importo dell'imposta evasa. Gli atti di imposizione o di accertamento compiuti dall'amministrazione finanziaria le consentiranno infatti di procedere alla riscossione coattiva del tributo, e soddisfarsi sul patrimonio del debitore ai sensi dell'art. 2740 c.c.

In terzo luogo, perché l'amministrazione finanziaria è titolata ad emettere provvedimenti idonei ad acquistare *ex se* l'efficacia del titolo esecutivo, ed il creditore munito di titolo esecutivo senza utilità ne pretenderebbe un secondo, sicché un'azione di danno sarebbe inammissibile per difetto di interesse.

In definitiva, nei rapporti tra l'erario ed il contribuente che abbia commesso un reato tributario, il capitale dovuto da quest'ultimo a titolo d'imposta costituisce l'oggetto dell'obbligazione tributaria, non un “danno” che a quella vada ad aggiungersi ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Dunque, in tutti i casi in cui l'amministrazione non abbia perduto il diritto di agire esecutivamente nei confronti del debitore, e questi abbia un patrimonio capiente, il danno causato dal reato non può ravvisarsi nell'importo del tributo evaso.

4.7.3. Si è già detto che il debito del contribuente verso l'erario è una obbligazione pecuniaria.

L'evasione del tributo costituisce dunque inadempimento d'una obbligazione pecuniaria, e l'inadempimento d'una obbligazione pecuniaria può generare un solo tipo di danni patrimoniali: quelli disciplinati dall'art. 1224 c.c.

Nell'ordinamento tributario gli interessi di mora formano oggetto di una disciplina *ad hoc*, che deroga all'art. 1224, c. 1, c.c. quanto a saggio applicabile e decorrenza (art. 13, c. 3, d.lgs. 24 settembre 2015, n. 159).

Anche il credito per interessi moratori, tuttavia, deve essere obbligatoriamente liquidato e riscosso secondo le forme della riscossione delle imposte. E l'esistenza di tale obbligo esclude che di tale credito si possa chiedere la liquidazione al giudice penale, a titolo di risarcimento del danno da reato, per le stesse ragioni già esposte al paragrafo precedente.

4.7.4. Non può tuttavia escludersi che l'evasione fiscale possa causare all'erario un pregiudizio ulteriore o diverso rispetto a quello ristorato dagli interessi di mora, e per il quale non sia possibile ricorrere agli strumenti di riscossione coattiva previsti dal diritto tributario.

Tali ipotesi, avendo ad oggetto un danno diverso od ulteriore rispetto a quello ristorato *ope legis* dagli interessi di mora, rientrano nell'ipotesi del "maggior danno" di cui all'art. 1224, c. 2, c.c.

Infatti, il c. 2 dell'art. 1224 c.c. è espressione d'un precetto generale. Pertanto, in assenza di norme che ad esso derogino espressamente è applicabile anche alle obbligazioni tributarie, come ripetutamente affermato da questa Corte (Sez. V, 20 febbraio 2009, n. 4131; Sez. V, 28 giugno 2007, n. 14909; Sez. V, 11 maggio 2007, n. 10783; Sez. V, 6 settembre 2004, n. 17919; Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 2087).

Quale possa essere nel caso concreto questo "maggior danno" non è ovviamente possibile stabilire *a priori*. Esso potrà sussistere – ad esempio – allorché in presenza di forti fenomeni inflazionistici l'amministrazione allega e dimostri che la tardiva riscossione del tributo le abbia impedito di adottare adeguate misure per salvaguardare il valore reale del proprio credito; oppure allorché l'evasore abbia con la propria condotta provocato l'impossibilità giuridica o di fatto di riscuotere il credito erariale, per decadenza od altra causa (beninteso, sempre che non ricorrano le condizioni per ritenere prorogato il *dies a quo* del termine di decadenza, come stabilito in tema di dazi doganali da Corte giust. Ue, 16 luglio 2009, in cause C-124/08 e C-125/08, Gilbert Snauwaert e altri, e come già ritenuto da questa Corte: Sez. V, 15 ottobre 2019, n. 25979, Rv. 655445-01).

Va però escluso che il "maggior danno" di cui si discorre possa ritenersi *in re ipsa* ed identificarsi nel c.d. "danno funzionale" (e cioè nel "turbamento dell'attività amministrativa" conseguito all'attività di accertamento dell'evasione).

L'attività di accertamento è infatti una delle funzioni per le quali gli uffici dell'amministrazione finanziaria sono costituiti e finanziati, e non può ritenersi "danno" *ex art.* 1218 c.c. lo svolgimento proprio di quell'attività per la quale una struttura amministrativa è costituita.

Un "maggior danno" *ex art.* 1224, c. 2, c.c., derivante dalla commissione d'un reato tributario, potrà

dunque ammettersi solo a condizione che l'amministrazione deduca e dimostri l'esistenza d'uno specifico pregiudizio, che sia conseguenza immediata e diretta dell'illecito (art. 1223 c.c.), ulteriore o diverso rispetto a quello costituito dal costo della propria normale attività istituzionale (come già ritenuto dalle Sezioni penali di questa Corte: in tal senso, Sez. V pen., 1 febbraio 2022, n. 3555; Sez. III, 19 dicembre 2014, n. 52752).

4.7.4.1. Le conclusioni che precedono ricevono indiretta conferma dall'evoluzione del quadro normativo.

L'art. 6 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 (convertito dalla l. 28 febbraio 1997, n. 30) stabilì come dovesse effettuarsi il risarcimento spontaneo del danno, nell'ambito del processo penale per reati tributari, chiarendo che degli importi a tal fine versati dovesse "tenersi conto" nella liquidazione dell'imposta dovuta in base all'accertamento tributario.

Tale norma suscitò in parte della dottrina la convinzione che, in presenza d'un reato tributario, il "danno da reato" di cui all'art. 185 c.p. consistesse per l'appunto nell'imposta evasa.

La norma, tuttavia, ebbe vita breve, dal momento che fu successivamente abrogata dall'art. 25, c. 1, lett. m), d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, e sostituita dalla introduzione (art. 14 d.lgs. cit.) d'una circostanza attenuante, rappresentata dallo spontaneo versamento di un importo indicato dallo stesso imputato, a titolo di "equa riparazione" nell'ipotesi in cui il credito erariale fosse andato perduto per prescrizione o decadenza.

Ora, se l'imputato d'un reato tributario è ammesso a versare del denaro all'erario a titolo di "equa riparazione" solo quando il credito tributario sia andato perduto, mentre tale facoltà non è prevista nel caso in cui l'erario abbia conservato le proprie ragioni di credito, ciò dimostra indirettamente che solo nel primo, ma non nel secondo caso, il legislatore ha ritenuto ipotizzabile un "danno da inadempimento", diverso dall'imposta non versata.

4.7.4.2. Resta solo da aggiungere che, ovviamente, ai fini del problema qui in esame non vengono in rilievo le opinioni contenute nella circolare del Ministero delle finanze 4 agosto 2000, n. 154.

Con tale circolare l'amministrazione finanziaria ha ritenuto di fornire "istruzioni operative" agli uffici finanziari interpretando il d.lgs. n. 74/2000, e affermando (al par. 7.1) che nel caso di costituzione di parte civile degli uffici finanziari le domande da essi avanzate dinanzi al giudice penale, "*per quanto non possano essere rappresentate, di per sé, dall'esercizio della pretesa tributaria, potranno avere come contenuto [...] una richiesta di risarcimento del danno coincidente con il debito tributario*".

Ma va da sé, per un verso, che il concetto di "danno risarcibile" ed i suoi limiti sono stabiliti dalla legge (artt. 1223 ss. c.c.), e non possono essere modulati per mezzo d'un atto, quale la circolare, che non è fonte del diritto; per altro verso la suddetta circolare prevede la mera possibilità, ma non certo la necessità, che il

danno patito dall'erario coincida col tributo evaso. Possibilità che, per quanto detto, deve ammettersi nelle residuali ipotesi indicate *supra*, al par. 4.7.4.

4.7.5. In conclusione, nel rapporto tra il contribuente e l'erario il danno patrimoniale da evasione penalmente rilevante di cui l'amministrazione finanziaria può chiedere il risarcimento è necessariamente diverso dall'imposta evasa, dalle sanzioni e dagli interessi moratori previsti dalla legislazione speciale, e potrà consistere solo negli eventuali ulteriori o diversi pregiudizi sopportati dalla pubblica amministrazione.

Tali pregiudizi rientrano nella previsione di cui all'art. 1224, c. 2, c.c., non sono *in re ipsa* e vanno allegati e dimostrati in modo preciso.

Il danno non patrimoniale da evasione penalmente rilevante, ovviamente, resta soggetto alle regole di cui agli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.

4.7.6. (B) Evasione fiscale e azione aquiliana: il rapporto tra erario e reo diverso dal contribuente.

Resta da dire dell'ipotesi in cui il reato tributario sia stato commesso da, o col concorso di, persona diversa dal contribuente.

4.7.7. All'esame della questione va premesso che sul punto non sussiste il contrasto tra i due precedenti segnalati dall'ordinanza di rimessione (Cass. pen. n. 5554/1991 e Cass. pen. n. 52752/2014).

La sent. n. 5554/1991, avente ad oggetto una imputazione per false fatturazioni, si limitò infatti ad affermare il principio secondo cui il danno patito dall'amministrazione finanziaria in conseguenza d'un reato tributario non coincide col tributo evaso, ma consiste nello "*sviamento e turbamento dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'accertamento tributario*" (Sez. III pen., 22 aprile 1991, n. 5554, Rv. 187973-01).

Quella decisione non si occupò del problema della coincidenza soggettiva tra autore del reato e debitore d'imposta, e non affermò affatto che il danno da reato tributario coincide con l'imposta evasa "*quando il soggetto attivo del reato e il soggetto passivo del tributo non coincidono*".

Questa testuale affermazione, mai compiuta dalla sent. n. 5554/1991, le venne attribuita da una sentenza di merito: quella cassata da Cass. pen. n. 52752/2014.

Nel caso deciso da quest'ultima decisione l'Agenzia delle entrate si era costituita parte civile nel procedimento penale a carico d'un contribuente che, falsificando le scritture contabili, aveva evaso l'Iva.

Il giudice di merito, tuttavia, rigettò la domanda di danno proposta dall'erario, affermando che un danno si sarebbe potuto risarcire solo "*quando il soggetto attivo del reato e il soggetto passivo del tributo non coincidono*", ed attribuendo (erroneamente) tale affermazione a Cass. pen. n. 5554/1991.

La sent. n. 52752/2014, cassando tale decisione di merito, affermò il principio che il danno causato da un reato tributario può in determinati casi consistere anche nell'importo del tributo evaso, quando la commissione del reato abbia avuto per effetto l'impossibilità

per l'erario di recuperarne l'importo con gli ordinari mezzi di riscossione: e ciò a prescindere dal fatto che reo e contribuente coincidano o no.

4.7.8. Venendo dunque al merito della questione, occorre muovere dal rilievo che l'erario nei confronti del contribuente vanta un credito pecuniario.

Se dunque l'evasione è agevolata o concausata da un terzo, non possono che darsi due possibilità: o il credito tributario resta esigibile, oppure la sua esazione in conseguenza del reato è divenuta impossibile o di difficile realizzo. Nel primo caso non è ipotizzabile alcun danno. Nel secondo caso, se in conseguenza dell'evasione l'erario perde la possibilità di riscuotere il proprio credito, ecco che il terzo avrà arrecato all'erario un pregiudizio che non può definirsi altrimenti che "*danno da lesione del credito*".

Il danno da lesione del credito ha tre presupposti: l'esistenza d'un credito; la sopravvenuta impossibilità (fattuale o giuridica) della sua esazione; un nesso di causa tra l'illecito e la perdita del credito (principio pacifico: così già Sez. I, 13 giugno 1978, n. 2938, e poi sempre conforme).

Il terzo correo del reato tributario potrà quindi essere chiamato a rispondere nei confronti dell'erario:

a) del danno da perdita del credito tributario, se sia dimostrato che in assenza della condotta illecita l'amministrazione finanziaria avrebbe potuto esigere il proprio credito dal contribuente, secondo la regola causale della preponderanza dell'evidenza;

b) di eventuali ed ulteriori danni diversi dal tributo evaso, ai sensi dell'art. 1224, c. 2, c.c., secondo quanto esposto al par. 4.7.4 che precede;

c) nel caso di corresponsabilità penale, del danno non patrimoniale di cui agli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.

4.7.9. (C) Sull'alternatività tra riscossione coattiva del tributo ed azione aquiliana.

Deve escludersi che, nel caso di reati tributari, l'erario possa scegliere tra la riscossione coattiva del tributo e l'azione aquiliana, per la ragione che questa alternativa non è mai data.

Nei confronti del contribuente, infatti, l'alternativa tra riscossione coattiva e azione di danno è esclusa dalla già rilevata circostanza che il "danno" in senso tecnico causato dall'evasore all'erario non coincide con l'imposta evasa (*supra*, par. 4.7.2).

Se si ammette che quella tributaria è una obbligazione rientrante nel novero di cui all'art. 1173 c.c., si dovrà conseguentemente ammettere che il tributo non riscosso è la prestazione dovuta dal contribuente, non il danno che dall'inadempimento è derivato.

Nel caso di evasione fiscale, dunque, non vi può essere alcuna scelta da parte dell'erario tra la riscossione coattiva e l'azione di danno, perché l'azione aquiliana è inutilizzabile per ottenere l'esatta esecuzione della prestazione dovuta.

Nel caso, poi, in cui l'erario abbia diritto di agire ai sensi dell'art. 1224, c. 2, c.c., per pretendere il ristoro del maggior danno secondo quanto esposto in precedenza, nemmeno è data alcuna facoltà di scelta, per-

ché le forme speciali della riscossione coattiva dei tributi non consentono di esigere il ristoro del “maggior danno” di cui alla norma citata: e dunque la scelta dell’azione ordinaria di danno non avrebbe alternative.

4.7.10. Anche nei confronti di eventuali correi (*ex art. 110 c.p.*) o corresponsabili (*ex art. 2055 c.c.*) dell’evasione non è possibile alcuna alternativa tra riscossione coattiva del credito tributario e azione di danno.

Delle due, infatti, l’una:

- se l’erario ha titolo, in base alla legislazione di settore, per agire *in executivis* nei confronti di persona diversa dal contribuente, l’esistenza di tale titolo rende inconcepibile l’azione di danno, secondo quanto già detto al par. 4.7.2;

- se l’erario non ha titolo per agire *in executivis* nei confronti del responsabile diverso dal contribuente, la via dell’azione aquiliana è obbligata e non vi saranno alternative possibili.

4.7.11. (D) Sull’onere della prova.

Dai principi sin qui esposti discende la soluzione dell’ultima questione di particolare importanza segnalata dall’ordinanza di rimessione, ovvero come debba ripartirsi l’onere della prova nei giudizi tra l’erario, l’evasore e il terzo correo (o corresponsabile dell’evasione).

4.7.12. Tra erario e contribuente, poiché l’unico danno (patrimoniale) risarcibile è quello di cui all’art. 1224, c. 2, c.c., spetterà all’erario dimostrarne l’esistenza, l’entità e la derivazione causale dal fatto illecito.

4.7.13. Tra erario e terzo corresponsabile dell’evasione, come s’è visto il fatto costitutivo della pretesa è la perdita possibile di esigere, in tutto od in parte, il credito tributario nei confronti del contribuente. Spetterà dunque all’erario dimostrare la titolarità del credito; la perdita di questo per fatto del terzo; il nesso di causa[lità] tra condotta del terzo e perdita del credito.

Se poi l’erario, per negligenza, trascuri di riscuotere il proprio credito; incorra colpevolmente in prescrizione o decadenze; trascuri di avvalersi degli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale, tali condotte saranno concausative del danno (che è la perdita del credito), e non aggravative di esso. Rientreranno pertanto nell’ipotesi di cui al c. 1 dell’art. 1227 c.c., e spetterà al convenuto eccepire e dimostrare che l’erario ha perso il credito per propria negligenza, ai sensi della norma appena citata.

4.8. Alla luce di quanto esposto nei par. 4.7 ss., la quinta censura del terzo motivo di ricorso deve essere accolta.

R.O., infatti, in quanto reputata “colpevole del contrabbando”, era debitrice del dazio doganale, giusta la previsione dell’art. 338 d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43.

Nei suoi confronti, pertanto, l’erario vantava un credito tributario. L’evasione non estingue di per sé il credito erariale, per quanto già detto: e dunque l’accoglimento della domanda di danno avrebbe im-

posto al giudice di merito di accertare la probabile esistenza di un “maggior danno” *ex art. 1224, c. 2, c.c.*

Naturalmente, trattandosi di un giudizio limitato all’*an debeat*, tali accertamenti sarebbero potuti avvenire anche solo in via probabilistica, secondo quanto già detto; tuttavia, non era consentito al giudice di merito parametrare *tout court* il risarcimento del danno all’imposta evasa.

4.9. Il terzo motivo di ricorso va dunque accolto in parte, in applicazione dei seguenti principi di diritto:

a) *ai fini dell’accoglimento della domanda di condanna generica al risarcimento del danno è sufficiente che l’attore dimostri la colpa e il nesso causale; mentre è sufficiente che l’esistenza del danno appaia anche solo probabile;*

b) *ai fini dell’ammissibilità della domanda di condanna generica al risarcimento del danno non è necessario che l’attore indichi le prove di cui intende avvalersi per dimostrare il quantum debeat;*

c) *il danno civile all’immagine della pubblica amministrazione può essere arrecato tanto da un pubblico funzionario, quanto da persona estranea all’amministrazione stessa, ed è risarcibile in ambo i casi;*

d) *il danno causato dall’evasione fiscale, allorché questa integri gli estremi di un reato commesso dal contribuente o da persona che del fatto di quest’ultimo debba rispondere direttamente nei confronti dell’erario, non può farsi coincidere automaticamente con il tributo evaso, ma deve necessariamente consistere in un pregiudizio ulteriore e diverso, ricorrente qualora l’evasore abbia con la propria condotta provocato l’impossibilità di riscuotere il credito erariale;*

e) *il danno causato dall’evasione fiscale, allorché questa integri gli estremi di un reato commesso da persona diversa dal contribuente e non altrimenti obbligata nei confronti dell’erario, può coincidere sia con il tributo evaso, sia con ulteriori pregiudizi, ma nella prima di tali ipotesi il risarcimento sarà dovuto a condizione che l’erario allegghi e dimostri la perdita del credito o la ragionevole probabilità della sua infruttuosa esazione;*

f) *nel giudizio di danno promosso dall’erario nei confronti di persona diversa dal contribuente, cui venga ascritto di avere concausato la perdita del credito erariale, spetta all’amministrazione provare l’esistenza del credito, la perdita di esso ed il nesso causale tra la lesione del credito e la condotta del convenuto; spetta, invece, al convenuto dimostrare che la perdita del credito sia avvenuta per negligenza dell’amministrazione, negligenza che rientra nella previsione di cui all’art. 1227, c. 1, c.c.*

#### 5. Il quarto motivo del ricorso principale

Anche col quarto motivo la ricorrente principale prospetta due diverse censure.

5.1. Con una prima censura la ricorrente lamenta la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Deduce che le amministrazioni costituite parti civili avevano posto a fondamento delle rispettive pretese risarcitorie la seguente condotta illecita: avere contrabbandato banane, mediante l'utilizzazione di certificati "Agrim" rilasciati a "nuovi operatori".

La Corte d'appello, per contro, ha posto a fondamento della condanna una condotta diversa, e cioè l'aver dissimulato una illecita compravendita di certificati "Agrim".

#### 5.1.1. Il motivo è infondato.

Esso, infatti, pretende di esaltare una differenza puramente formale tra *petitum* e *decisum*.

Non vi è infatti differenza sostanziale tra il fatto di "contrabbandare banane utilizzando benefici non dovuti" (tale fu la condotta dedotta in giudizio dalle parti civili), e l'"utilizzare benefici non dovuti per contrabbandare banane" (ovvero la condotta ritenuta dalla Corte d'appello).

5.2. La seconda censura, secondo l'unica interpretazione che questa Corte ritiene plausibile, si può così riassumere:

- la Corte d'appello ha, nello stesso tempo, da un lato ritenuto che la società diretta da R.O. avesse illecitamente acquistato certificati "Agrim"; e dall'altro ritenuto sussistere, a carico di R.O., l'aggravante di aver commesso il contrabbando in connessione con altro delitto contro la fede pubblica, nella specie consistente nella falsificazione dei suddetti certificati;

- tale valutazione fu contraddittoria, dal momento che l'illecita compravendita di certificati veri escludeva la possibilità di contestare l'aggravante di aver falsificato i medesimi certificati;

- tale errore della Corte d'appello "si riflette in maniera assai rilevante sul risarcimento del danno richiesto dalle parti civili".

5.2.1. Il motivo è inammissibile per più di una ragione.

In primo luogo, è inammissibile per irrilevanza: ed infatti la censura non espone per quali ragioni la pretesa contraddittorietà segnalata dalla ricorrente abbia inciso sulla misura della provvisoria.

In secondo luogo, è inammissibile in quanto non si comprende perché mai questo errore costituisca una violazione dell'art. 112 c.p.c. Le parti civili formularono una domanda (generica) di danno, e su una domanda (generica) di danno la Corte d'appello ha provveduto. Divergenza tra chiesto e pronunciato, dunque, non vi fu; lo stabilire poi se la Corte d'appello abbia giudicato bene o male nel liquidare la provvisoria è questione che resta assorbita dall'accoglimento del terzo motivo di ricorso.

In terzo luogo, il motivo è inammissibile per difetto di decisività: nel presente giudizio, infatti, si discorre unicamente della sussistenza d'una condotta illecita e dei danni da essa in tesi derivati, sicché è irrilevante stabilire se ricorrano o no gli estremi di questa o quella aggravante del fatto-reato. Il risarcimento del danno, infatti, non è una sanzione, e prescinde dall'esistenza di circostanze aggravanti od attenuanti,

così come prescinde dall'intensità del dolo o dalla gravità della colpa.

#### 6. Il quinto motivo di ricorso principale

Col quinto motivo la ricorrente prospetta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione dell'art. 1 d.lgs. 8/2016, in relazione all'art. 25 Cost. ed all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

6.1. L'illustrazione del motivo prospetta una tesi che possiamo riassumere come segue:

- i fatti contestati a R.O. risalgono al 2000;

- nel 2016 il legislatore depenalizzò numerosi reati con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8;

- tale provvedimento stabilì che: i reati puniti con la sanzione pecuniaria fossero depenalizzati; i reati puniti con la sanzione pecuniaria per l'ipotesi di base, e con la pena detentiva per le ipotesi aggravate, fossero depenalizzati solo per l'ipotesi di base; i reati puniti con la sanzione pecuniaria per l'ipotesi di base, e la pena detentiva per le ipotesi aggravate, fossero considerati fattispecie autonoma di reato limitatamente alle ipotesi aggravate;

- poiché a R.O. venne contestata un'ipotesi aggravata del delitto di contrabbando, per la quale la legge prevedeva anche la pena detentiva, ella non poté beneficiare del provvedimento di depenalizzazione;

- la legge di depenalizzazione, pertanto, per effetto della previsione di cui all'art. 1, c. 2, fini per assoggettare l'odierna ricorrente ad "un trattamento in concreto più sfavorevole" rispetto agli altri imputati del medesimo reato, cui non era stata contestata l'aggravante di cui all'art. 295, c. 2, lett. c), d.p.r. n. 42/1973.

6.3. Il motivo è inammissibile per più ragioni.

In primo luogo, è inammissibile perché impugna una statuizione che nella sentenza impugnata non c'è.

La sentenza impugnata, infatti, non si è affatto occupata del problema della inapplicabilità a R.O. della legge di depenalizzazione di cui al d.lgs. n. 8/2016.

In secondo luogo, è inammissibile perché sulla questione si è formato il giudicato interno.

Che R.O. non potesse beneficiare della legge di depenalizzazione è statuizione contenuta nella decisione di questa Corte con cui venne cassata la prima sentenza d'appello (penale), ovvero Cass. pen. n. 35575/2016.

Il motivo pertanto invoca una pronuncia che avrebbe l'effetto di modificare le statuizioni d'una pronuncia di questa Corte in sede penale.

#### 7. Il sesto motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale condizionato

Col sesto motivo la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la "violazione delle decisioni Ce 728/94 e 597/00".

Il motivo censura la sentenza d'appello nella parte in cui ha condannato la ricorrente al risarcimento del danno in favore del Ministero delle finanze.

Deduce la ricorrente che l'imposta evasa costituiva un'entrata propria dell'Unione europea, non del Mini-

stero delle finanze; sicché la sentenza impugnata non avrebbe potuto da un lato affermare che la Commissione non avesse “offerto alcuna prova del danno subito”, e dall’altro condannare la convenuta al risarcimento del danno in favore del Ministero delle finanze.

7.1. Con riferimento a tale motivo di ricorso la Sezione III civile di questa Corte ha chiesto di stabilire, qualora si ammetta che il danno causato all’erario dal reato di contrabbando possa consistere nel tributo evaso, “*se la pretesa risarcitoria debba riconoscersi in capo all’Unione europea ovvero in capo allo Stato membro cui [è] attribuito il compito della relativa riscossione*”.

7.2. Il motivo è fondato.

A partire dal 1970 (decisione del Consiglio del 21 aprile 1970, n. 70/243), l’Unione europea si è dotata di un sistema di finanziamento autonomo e diretto, attraverso le c.d. “risorse proprie”, e cioè entrate autonome rispetto alle finanze degli Stati membri.

Nell’ambito del sistema delle “risorse proprie”, l’art. 2, lett. (b), della decisione del Consiglio 94/728/CE, Euratom (abrogata dall’art. 10 della decisione 29 settembre 2000, n. 597, ma applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa), stabilì che costituiscono entrate proprie dell’Unione, tra le altre, “*i dazi della tariffa doganale comune e da altri dazi fissati o da fissare da parte delle istituzioni delle Comunità sugli scambi con i paesi terzi e dazi doganali sui prodotti rientranti nel trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio*”.

Il successivo art. 8 della medesima decisione attribuì agli Stati membri il mero compito di provvedere alla riscossione “*conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, eventualmente adattate alle esigenze della normativa comunitaria*”.

Da ciò consegue che qualunque fatto illecito che abbia per effetto la perdita del credito tributario avente ad oggetto un tributo “proprio” dell’Unione europea costituisce un danno per quest’ultima.

Lo Stato italiano, tramite i suoi organi, è certo legittimato a domandare tale risarcimento, ma ovviamente nella qualità di soggetto incaricato della riscossione. Nel presente giudizio, però, la domanda è stata formulata direttamente dalla Commissione europea, sicché a quest’ultima andava riconosciuta la qualità di creditore del diritto al risarcimento del danno.

In tal senso deve pertanto darsi risposta all’interrogativo posto dall’ordinanza di rimessione circa il problema della *legitimitas ad causam*.

7.3. La fondatezza del sesto motivo di ricorso principale comporta l’assorbimento del ricorso incidentale condizionato proposto dalla Commissione europea.

## 8. Il settimo motivo del ricorso principale

Il settimo motivo investe la sentenza d’appello nella parte in cui ha determinato la misura della provvisoria.

Con tale motivo la ricorrente sostiene che la sentenza d’appello, su questo punto, è priva di motivazione e di conseguenza nulla *ex art. 132 c.p.c.*

Deduce che non è possibile ricostruire l’*iter* logico-giuridico seguito dalla Corte d’appello per pervenire alla quantificazione del danno nella misura di 3,8 milioni di euro; e comunque tale importo non trova alcun riscontro negli atti di causa.

8.1. Con riferimento a tale motivo di ricorso la Sezione III civile della Corte di cassazione ha chiesto alle Sezioni unite di stabilire “*in presenza di quali presupposti, nel caso di translatio del processo dinanzi al giudice civile ex art. 622 c.p.p., possa accordarsi la provvisoria richiesta dalle amministrazioni danneggiate al momento della costituzione di parte civile nel processo penale*”.

A tal riguardo l’ordinanza di rimessione osserva che, una volta trasferito il giudizio penale dinanzi al giudice civile ai sensi della norma appena ricordata, dovevano trovare applicazione le regole del processo civile e, con esse, quella di cui al c. 2 dell’art. 278 c.p.c., in virtù della quale la condanna provvisoria ivi prevista esige il raggiungimento della prova concreta ed effettiva del danno.

8.2. Il motivo resta assorbito dall’accoglimento del terzo motivo di ricorso.

Reputa tuttavia utile il collegio dare risposta alle due questioni poste dall’ordinanza di rimessione.

La prima di esse (se il giudice civile, in sede di rinvio *ex art. 622 c.p.p.*, possa pronunciare una condanna provvisoria) trova risposta affermativa in base alle osservazioni già svolte *supra*, ai par. 2.4 ss., con riferimento al secondo motivo di ricorso.

Quanto alla seconda questione (quale prova debba essere fornita dal creditore, per invocare la provvisoria di cui all’art. 278 c.p.c., nel caso di danno da reato tributario), la risposta ad essa deve muovere dal rilievo già svolto, secondo cui il giudizio di rinvio *ex art. 622 c.p.p.* si celebra con le regole del processo civile, e tra queste regole rientra l’art. 278, c. 2, c.p.c.: dunque il giudice civile una provvisoria può concederla “*nei limiti in cui ritiene raggiunta la prova*”.

Questo principio non è in contrasto con il precedente invocato dall’ordinanza di rimessione (e cioè Cass. pen. n. 52752/2014).

Quella sentenza, infatti, non ha affermato che la condanna al pagamento d’una provvisoria possa pronunciarsi anche in assenza di prova.

Ha affermato (richiamando una massima tralatizia della giurisprudenza civile) che la condanna generica (e non la condanna provvisoria) al risarcimento del danno possa pronunciarsi anche quando “*il fatto-reato appaia solo potenzialmente produttivo di conseguenze dannose*”.

Affermazione, quest’ultima, che non contrasta con la regola processuale di cui al c. 2 dell’art. 278 c.p.c.

Pertanto:

a) per l'accoglimento della domanda generica di danno è sufficiente che l'esistenza d'un danno sia probabile;

b) per l'accoglimento dell'istanza di provvisionale ex art. 278 c.p.c. è necessario che l'esistenza d'un danno sia certa, almeno in parte.

#### 9. L'ottavo motivo del ricorso principale

Con l'ottavo motivo la ricorrente prospetta la violazione dell'art. 115 c.p.c.

Anche con questo motivo è censurata la sentenza d'appello nella parte in cui ha quantificato il danno e, di conseguenza, la misura della provvisionale.

Nella illustrazione del motivo si sostiene che tale quantificazione sarebbe erronea per molteplici ragioni:

- la quantificazione del tributo evaso compiuta dalla Corte d'appello era superiore a quella che si sarebbe dovuta desumere dal "prospetto sinottico" depositato dalle stesse parti civili;

- la Corte d'appello aveva ritenuto di desumere la prova della natura simulata delle transazioni commerciali tra la società amministrata da R.O. e gli importatori "nuovi arrivati" da una serie di circostanze di fatto erroneamente ritenute "non contestate".

9.1. La censura resta assorbita dall'accoglimento del terzo motivo di ricorso.

10. Nei rapporti tra R.O. e le controparti, le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

Nei rapporti tra M.M. e le controparti le spese del presente giudizio vanno compensate interamente tra le parti, in considerazione della novità delle questioni disputate e della circostanza che il ricorso dichiarato inammissibile aveva un contenuto pressoché sovrapponibile a quello di R.O., sicché le amministrazioni controricorrenti non hanno dovuto svolgere difese ulteriori per resistere al ricorso di M.M.

*P.q.m.*, la Corte di cassazione,

- accoglie il terzo ed il sesto motivo del ricorso principale, nei limiti indicati in motivazione;

- rigetta il primo, il secondo, il quarto ed il quinto motivo del ricorso principale; dichiara assorbiti il settimo e l'ottavo;

- dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato;

- dichiara inammissibile il ricorso proposto da M.M.;

- cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità relativamente al rapporto tra le amministrazioni e R.O.;

- compensa integralmente le spese del presente giudizio di legittimità tra M.M. e le amministrazioni qui controricorrenti;

- ai sensi dell'art. 13, c. 1-*quater*, d.p.r. n. 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte di M.M., di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso a norma del c. 1-*bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

30964 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 20 ottobre 2022; Pres. Raimondi, Rel. Rubino, P.M. Basile; *Omissis* c. Comune di Livorno e altro.

*Regolamento di giurisdizione.*

#### **Giurisdizione e competenza – Edilizia residenziale pubblica – Assegnazione di alloggio – Revoca – Giurisdizione ordinaria.**

L. reg. Toscana 20 dicembre 1996, n. 96, disciplina per l'assegnazione, gestione e determinazione del canone di locazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, art. 35, c. 1, lett. d).

*In materia di edilizia residenziale pubblica, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la revoca dell'assegnazione di un alloggio, atteso che la posizione dell'assegnatario è di diritto soggettivo (in motivazione, si precisa che è necessario tenere distinta da un lato, la fase antecedente all'assegnazione dell'alloggio, di natura pubblicistica, da quella successiva all'assegnazione, di natura privatistica, nella quale la posizione dell'assegnatario assume natura di diritto soggettivo).*  
(1)

(1) Le Sezioni unite, nella sentenza in esame, sono investite del compito di stabilire se, in tema di edilizia residenziale pubblica, appartenga al giudice ordinario o al giudice amministrativo la controversia in materia di decadenza dall'assegnazione di alloggio.

La controversia trae origine dal ricorso presentato dalla ricorrente nei confronti del Comune di Livorno e Casalp (casa Livorno e Provincia s.p.a.) in quanto asseriva di essere assegnataria di un alloggio di edilizia residenziale pubblica. Tuttavia, a seguito di un controllo effettuato, il comune, per tramite di un suo dirigente, ha dichiarato la decadenza da tale diritto in ragione del fatto che la ricorrente risultava proprietaria di altro immobile. Il Tribunale di Livorno, investito del ricorso, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo in quanto l'atto con il quale veniva dichiarata la decadenza risultava essere la manifestazione di un potere amministrativo di autotutela. Pertanto, la ricorrente, chiedendo l'annullamento del provvedimento di decadenza, ha riassunto la causa dinanzi al Tar Toscana.

Il giudice amministrativo, con ordinanza n. 220/2022, ha sollevato nuovamente conflitto di attribuzione e, ponendosi in linea di continuità sia con la giurisprudenza civilistica sia con quella amministrativa, asseriva che la controversia in materia di decadenza dell'assegnazione di alloggio di edilizia residenziale pubblica appartiene al giudice ordinario.

Il giudice di legittimità, ponendosi nel solco di un'ormai consolidata giurisprudenza, ha statuito che la controversia avente ad oggetto la verifica del venir meno dei presupposti per l'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica a canone agevolato e l'impugnativa del provvedimento di decadenza emesso a seguito dell'esito sfavorevole della verifica per l'assegnatario appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

Infatti, il provvedimento di decadenza si colloca non nella prima fase, c.d. pubblicistica, di assegnazione dell'alloggio, ma nella seconda fase, di eventuale estinzione del diritto, a seguito di verifica con esito negativo sulla permanenza dei requisiti, in cui la posizione del privato è ormai di diritto soggettivo rispetto alla stipulazione del contratto di locazione a condizioni agevolate e alla conservazione dell'alloggio.

*Ragioni della decisione* – 1. Preliminarmente, la proposizione del conflitto negativo di giurisdizione deve ritenersi tempestiva ai sensi dell'art. 11, c. 3, c.p.c., in quanto il giudice amministrativo *ad quem* ha adottato la relativa decisione all'esito della prima udienza di trattazione (Cass., S.U., n. 17329/2021).

2. Quanto alla individuazione del giudice avente giurisdizione, dando seguito alla già consolidata posizione della giurisprudenza di legittimità sul punto, deve affermarsi che la controversia avente ad oggetto la verifica del venir meno dei presupposti per l'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica a canone agevolato e l'impugnativa del provvedimento di decadenza emesso a seguito dell'esito sfavorevole della verifica per l'assegnatario appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, perché il provvedimento di decadenza si colloca non nella prima fase, pubblicistica, di assegnazione dell'alloggio, ma nella seconda fase, di eventuale estinzione del diritto, a seguito di verifica con esito negativo sulla permanenza dei requisiti, in cui la posizione del privato è ormai di diritto soggettivo rispetto alla stipulazione del contratto di locazione a condizioni agevolate e alla conservazione dell'alloggio.

3. Già Cass., S.U., n. 29095/2011 ha avuto modo di affermare che in materia di edilizia residenziale pubblica, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 33 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. 21 luglio 2000, n. 205, è necessario tenere distinta la prima fase, antecedente all'assegnazione dell'alloggio, di natura pubblicistica, da quella successiva all'assegnazione, di natura privatistica, nella quale la posizione dell'assegnatario assume natura di diritto soggettivo, dovendosi attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie attinenti a pretesi vizi di legittimità dei provvedimenti emessi nella prima fase, fino all'assegnazione, mentre sono riconducibili alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie in cui siano in discussione cause sopravvenute di estinzione o di risoluzione del rapporto.

4. Principio del tutto analogo è stato di recente espresso da Cass., S.U., n. 4366/2021, in riferimento al venir meno del requisito reddituale, la cui verifica a posteriori del permanere dei requisiti di legge per l'assegnazione, afferma, come la verifica dell'impossibilità di altro immobile ad uso abitativo in proprietà, all'accertamento della sussistenza o meno di una causa sopravvenuta di estinzione di una posi-

zione soggettiva controversa che ha la consistenza di diritto soggettivo: "In materia di edilizia residenziale pubblica, a seguito della sentenza n. 204/2004 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. n. 205/2000, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la revoca dell'assegnazione di alloggio per avere il nucleo familiare dell'assegnatario superato i limiti reddituali, ai sensi della l. reg. Campania n. 18/1997, atteso che la posizione dell'assegnatario stesso, rispetto al provvedimento di revoca per tal motivo, è di diritto soggettivo, riguardando il provvedimento un aspetto dello svolgimento del rapporto nel quale la pubblica amministrazione non è chiamata ad effettuare valutazioni di carattere discrezionale, bensì solo a verificare la ricorrenza di una causa sopravvenuta di decadenza dall'assegnazione").

5. Pertanto, deve affermarsi che la controversia avente, come nella specie, ad oggetto la decadenza dall'assegnazione di alloggio disposta dal comune per essere l'assegnataria risultata proprietaria di altro alloggio nell'ambito territoriale di riferimento rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, giacché rispetto al provvedimento di decadenza per tal motivo la posizione dell'assegnatario è di diritto soggettivo, riguardando il provvedimento un aspetto dello svolgimento del rapporto nel quale la pubblica amministrazione non è chiamata ad effettuare valutazioni di carattere discrezionale, bensì solo a verificare la ricorrenza di una causa sopravvenuta di decadenza dall'assegnazione.

Deve quindi cassarsi la sentenza del Tribunale di Livorno, che ha ritenuto, erroneamente, insussistente la propria giurisdizione, e dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario a decidere la controversia, dinanzi al quale si rimettono le parti per la prosecuzione del giudizio.

*P.q.m.*, cassa la sentenza del Tribunale di Livorno e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario a decidere la presente controversia, dinanzi al quale rimette le parti per la prosecuzione del giudizio.

33719 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 16 novembre 2022; Pres. (f.f.) Raimondi, Rel. Lamorgese, P.M. Cardino; *Omissis*.

*Conferma App. Venezia, 7 agosto 2014, n. 1880.*

#### **Contratti in genere – Mutuo fondiario – Limiti di finanziabilità – Rimedi esperibili.**

C.c. artt. 1418, c. 1, 1424; d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia, artt. 38, c. 2, 39, 41 e 117, c. 8.

*Il superamento della soglia di finanziabilità del contratto di mutuo fondiario indicata nell'art. 38, c. 2,*

---

Pertanto, il collegio conclude che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la decadenza dall'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, correlata non già ad un'asserita (nuova) valutazione dell'interesse pubblico a mantenerla bensì all'avvenuto accertamento della carenza del requisito previsto dalla legge per il diritto alla conservazione dell'alloggio, e perciò costituente atto con valenza dichiarativa incidente su una posizione di diritto soggettivo dell'assegnatario. [S. MIRIELLO]

*d.lgs. n. 385/1993, non invalida il contratto e non consente la riqualificazione in mutuo ordinario. (1)*

*Ragioni della decisione* – 1. Le Sezioni Unite sono sollecitate a pronunciarsi sulla sorte del mutuo fondiario che si riveli concesso per un importo eccedente il limite di finanziabilità richiamato dall'art. 38, c. 2, t.u.b. e della relativa ipoteca.

2. La predetta disposizione dispone che “il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili” e, al secondo comma, che “la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Cicer, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti”. Sulla base di tale norma il Cicer, con delib. del 22 aprile 1995, recepita dalla Banca d'Italia con aggiornamento del 26 giugno 1995 alla circ. 29 marzo 1988, n. 4 (recante “Istruzioni in materia di particolari operazioni di credito” in G.U., serie generale, 5 luglio 1995, n. 155), ha stabilito, quale “limite di finanziabilità”, quello dell'ottanta per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, aumentabile al cento per cento in presenza di garanzie integrative, soggiungendo che, nei casi di finanziamenti concessi su immobili già gravati da precedenti iscrizioni ipotecarie, l'importo finanziabile deve essere determinato sommando al nuovo finanziamento il capitale residuo di quello precedente.

3. L'orientamento seguito dalla sent. n. 26672/2013 (conformi sentenze successive: cfr. Sez. I n. 27380/2013, n. 22446/2015, n. 13164/2016) ha escluso che la previsione del limite di finanziabilità di cui all'art. 38, c. 2, t.u.b. costituisca una ipotesi rientrante nell'ambito applicativo dell'art. 117 t.u.b., il cui c. 8 stabilisce che “la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia”.

Si è osservato nei precedenti del 2013 che “l'art. 117, c. 8, t.u.b. risulta attribuire alla Banca d'Italia un potere, definito dalla migliore dottrina conformativo o tipizzatorio, in ragione del quale essa può stabilire il contenuto di certi contratti (così come di determinati titoli) prevedendo clausole tipo da inserire nelle categorie di contratti previsti. L'art. 38 del t.u.b. invece conferisce alla Banca d'Italia non già il potere di sta-

bilire una certa clausola del contratto di mutuo fondiario bensì solo quello di determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l'oggetto del contratto e che è quindi un elemento di per sé già tipizzato e costituente una clausola necessaria”. Ed infatti, l'art. 38, c. 2, t.u.b., attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Cicer, il potere di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, il quale attiene a un elemento (oggetto) di per sé già tipizzato del contratto, non rientrante nella previsione di cui all'art. 117, c. 8, t.u.b., il quale attribuisce invece direttamente all'istituto di vigilanza (e non al Cicer) un potere conformativo o tipizzatorio del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole.

In altri termini, “che il limite di finanziabilità di cui all'art. 38 non rientri in una delle ipotesi indeterminate di cui all'art. 117 t.u.b. è dimostrato dal fatto che in questo caso il legislatore ha espressamente previsto quale fosse il contratto su cui la Banca d'Italia dovesse intervenire e quale fosse la disposizione secondaria da introdurre, senza lasciare a quest'ultima ogni valutazione circa la scelta del tipo di contratto su cui operare un intervento tipizzatorio e la scelta di quale clausola inserire” (così testualmente la sent. n. 26672/2013).

Diversi sono anche gli interessi tutelati dalle due norme, avendo la sentenza poc'anzi citata osservato testualmente che «l'art. 117 t.u.b. è inserito nel Titolo 6 relativo alla “trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti” [...] È quindi una norma volta alla tutela dei contraenti più deboli apparendo volta a prevenire, tramite l'inserimento di clausole standard, l'utilizzazione da parte delle banche di schemi contrattuali di difficile lettura od interpretazione da parte del cliente ovvero recanti clausole onerose o eccessivamente vessatorie. In tal senso le violazioni delle disposizioni della Banca d'Italia attuative dell'art. 117 t.u.b. sono state ritenute dal legislatore fonti di nullità relative, come prescritto dallo stesso art. 117 nonché dall'art. 127 t.u.b., che espressamente prevede che le dette nullità possono essere fatte valere solo dal cliente della banca. Non altrettanto può dirsi nel caso della violazione dell'art. 38 t.u.b. È infatti agevole osservare che in tal caso il cliente ha tutto l'interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile anche a prescindere dal limite di finanziabilità. In tal senso – prosegue la sent. n. 26672/2013 – la nullità relativa di cui agli artt. 117 e 127 t.u.b. non risulta applicabile al caso di specie proprio perché il cliente non avrebbe interesse a farla valere e perché comunque avrebbe applicazione l'art. 127, n. 1, t.u.b., secondo cui le disposizioni del titolo 6 e quindi dell'art. 117, c. 8, sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente, ed un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al cliente».

4. L'orientamento inaugurato nel 2013 ha escluso la configurabilità nella violazione del limite di finan-

(1) Segue la nota di D. Costageorgos, *Superamento dei limiti di finanziabilità del mutuo fondiario: la Suprema Corte respinge la tesi della nullità anche (o principalmente) per finalità di giustizia sostanziale.*

ziamento di una nullità virtuale per contrarietà a norme imperative, in difetto di espressa previsione di nullità, in base alle seguenti considerazioni:

4.1. La violazione della norma, pur se imperativa, scaturente dall'art. 38, c. 2, t.u.b. è insuscettibile di provocare la nullità del contratto, non incidendo sul sinallagma contrattuale e, quindi, non concernendo la validità dello stesso, ma investendo esclusivamente il comportamento della Banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale ivi stabilito;

4.2. «il rispetto del limite del finanziamento non risulta essere una circostanza rilevabile dal contratto, in quanto l'accertamento in proposito può avvenire solo tramite valutazioni estimatorie dell'immobile oggetto di finanziamento suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa e come tali non rilevabili dal testo del contratto. A tale proposito – si legge nelle sentenze del 2013 – va osservato che la Banca d'Italia, nel determinare il limite di finanziamento, non ha prescritto che nel contratto venissero indicati degli elementi di riferimento quali il valore dell'immobile o il costo delle opere, il che fa ulteriormente escludere che la previsione della circolare del 1995 abbia introdotto una clausola determinativa del contenuto del contratto»;

4.3. «la *ratio* della nuova normativa sul credito fondiario per un verso tende a favorire il ricorso al mutuo fondiario nell'interesse degli imprenditori e, dall'altro, si propone di meglio garantire e tenere indenni le banche che effettuano siffatte operazioni finanziarie con una serie di norme quali, ad esempio, quella sulla revocabilità in sede fallimentare delle ipoteche sottoposta ad un brevissimo termine di dieci giorni. In tale contesto si inserisce – prosegue la Corte – il limite di finanziamento dei mutui fondiari come norma volta ad impedire che le banche si esponano oltre un limite di ragionevolezza a finanziamenti a favore di terzi che, se non adeguatamente garantiti, potrebbero portare a possibili perdite di esercizio»;

4.4. In conclusione (secondo Cass. del 2013, cit.) «le disposizioni in questione non appaiono quindi volute ad [integrare] norme inderogabili sulla validità del contratto ma appaiono norme di buona condotta la cui violazione potrà comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonché eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo»;

4.5. la Corte ha infine osservato che ««essendo il limite di erogabilità del mutuo ipotecario stabilito anche e soprattutto in funzione della stabilità patrimoniale della banca erogante, far discendere dalla violazione di quel limite la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato ed il venire meno della connessa garanzia ipotecaria condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare ancor più proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere».

5. L'orientamento sin qui riassunto è stato sottoposto a critica con la sent. n. 17352/2017 della prima sezione (seguita da sentenze successive conformi: cfr. Sez. I, n. 19016/2017; nn. 6586, 11201, 13286 e 29745/2018; n. 10788/2022) che, pur condividendo l'affermazione circa la non riconducibilità della fattispecie in esame alla nullità di cui all'art. 117, c. 8, t.u.b. ed escludendo la ricorrenza di una nullità testuale, ha tuttavia ritenuto che la prescrizione del limite massimo di finanziabilità da parte della Banca d'Italia ex art. 38, c. 2, t.u.b. «si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi “fondiario”». Gli argomenti a base del predetto orientamento sono così espressi:

5.1. la finalità della suddetta prescrizione «risponde a una necessità di analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali [...] attesa la ripercussione che tali tipologie di finanziamenti possono avere sull'economia nazionale» e a una simile *ratio* della norma – che “non è volta a tutelare la stabilità patrimoniale della singola banca, ma persegue interessi economici nazionali (pubblici)” – è correlato il trattamento di favore accordato alla banca che eroghi un tal tipo di finanziamento, sul versante del consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria (art. 39 del t.u.b.) e della peculiare disciplina del processo esecutivo individuale attivabile pur in costanza di fallimento (art. 41)»;

5.2. sul versante della dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento valorizzata dalle Sezioni Unite (cfr. sent. n. 26724 e 26725/2007), “posto che non si dubita – né [dal precedente] orientamento è stato posto minimamente in discussione – che l'art. 38 del t.u.b. sia norma imperativa”, “è un fatto, però, che nel solco appena indicato il discrimine si incentra sull'essere determinative di nullità, e non di mera responsabilità, le violazioni attinenti a elementi intrinseci del negozio, relativi alla sua struttura (il contenuto)”. E “col superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38, c. 2, del t.u.b. è disatteso non solo (e non tanto) sul versante del comportamento, quanto e soprattutto sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo»;

5.3. «la fissazione di un limite di finanziabilità [...] non è confinabile nell'area del comportamento nella fase prenegoziale: l'area cioè della contrattazione tra banca e cliente. Né è correlabile, ovviamente, alla fase attuativa»; “il punto è che tutte le regole giuridiche sono regole di condotta, con la conseguenza che, se è indubbio che l'art. 38, c. 2, t.u.b. incide su un contegno della banca, è altrettanto indubbio che la soglia stabilita per il finanziamento ha la funzione di regolare il *quantum* della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie»;

5.4. “L'interpretazione che in materia di credito fondiario esclude la nullità del relativo contratto, ove pur sia violato il limite massimo di concedibilità del finanziamento, finisce per mantenere intatta una causa di prelazione resa illegittima dalla violazione del precetto normativo”, con l'effetto (ove intervenga la crisi

dell'impresa finanziata) di minare la par conditio creditorum (art. 2741 c.c.); "l'interesse del cliente [ad ottenere il finanziamento in misura eccedente il limite consentito] recede dinanzi all'interesse della massa creditoria";

5.5. "la limitazione dell'importo del mutuo e, conseguentemente, della garanzia ipotecaria – prosegue la citata sentenza del 2017 – non riflettendo gli interessi particolari delle parti contraenti, costituisce un limite inderogabile alla loro autonomia privata", con la conseguenza che, in caso di sconfinamento del limite di finanziabilità, è configurabile la "nullità dell'intero contratto fondiario", non essendo le sanzioni amministrative irrogabili alla banca adeguate a tutelare l'interesse sotteso alla norma violata, né potendosi ravvisare una ipotesi di nullità parziale, riguardante cioè il mutuo fondiario e la corrispondente iscrizione ipotecaria solo per la eccedenza rispetto ai limiti di legge;

5.6. "Ferma allora la nullità del contratto di mutuo fondiario, l'unica modalità di recupero del contratto nullo – ha concluso la sentenza n. 17352/2017 – è quella della conversione in un contratto diverso (art. 1424 c.c.), non rilevabile d'ufficio dal giudice, ma su istanza di parte da avanzare "nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità del contratto", come nel caso di specie, in cui la parte aveva chiesto "la conversione del contratto in un finanziamento avente integrale natura di mutuo ordinario".

6. L'ordinanza interlocutoria n. 4117/2022 ha evidenziato diversi aspetti "meritevoli di approfondimento" in vista di una soluzione diversa della questione controversa, ritenendo dubbia la possibilità di configurare nel limite di finanziabilità del mutuo una norma imperativa la cui violazione possa dare luogo a una nullità virtuale del contratto di mutuo e dell'ipoteca. Ha osservato che:

6.1. non essendo la disposizione violata costituita da una fonte normativa primaria, qual è l'art. 38, c. 2, t.u.b., ma da una fonte subordinata, qual è il provvedimento della Banca d'Italia che ha determinato l'ammontare massimo dei finanziamenti conformando la condotta di un singolo contraente (l'istituto di credito), l'ordinanza ha segnalato la necessità di un'attenta indagine sulla caratura dell'interesse protetto (ed eventualmente lesa), il quale potrebbe non incidere sull'economia nazionale e perciò non avere natura pubblicistica, ma mirare ad evitare (come ritenuto dall'orientamento del 2013) che l'istituto di credito assuma un'esposizione finanziaria contro rischi eccessivi senza un'adeguata contropartita e garanzia; tanto più che la rilevanza pubblicistica dell'interesse protetto non sarebbe sufficiente a giustificare la nullità virtuale, visto che alla tutela di tale interesse è preordinato il sistema dei controlli facenti capo all'autorità di vigilanza e delle sanzioni irrogabili agli istituti di credito;

6.2. sarebbe dubbia la configurabilità di una nullità per violazioni attinenti ad elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto

del contratto, ed infatti «come pure le sentenze "gemelle" [del 2013] avevano avuto cura di evidenziare, la stessa previsione della soglia dell'80 per cento non inciderebbe in alcun modo sul sinallagma contrattuale, limitandosi a disciplinare, attraverso una regola di buona condotta, il comportamento della banca in vista della tutela della sua stabilità patrimoniale»; inoltre – ha osservato l'ordinanza interlocutoria – "il rispetto del limite del finanziamento non è una circostanza rilevabile dal contratto: in concreto, la verifica del reale valore del cespite può avvenire solamente attraverso valutazioni estimatorie che presentano indubbi margini di opinabilità e di incertezza valutativa, come tali non rilevabili dal testo del contratto ma spesso ricavabili, solo in corso di causa, all'esito dell'espletamento di una consulenza tecnica";

6.3. «se allora è vero che, come afferma il precedente da ultimo richiamato [Cass., Sez. I, n. 19745/2018], l'effettivo rispetto del limite di finanziabilità non pone una questione di validità delle dichiarazioni negoziali, ma di "oggettivo riscontro fattuale", e che dunque l'indicazione del valore dell'immobile nello scritto contrattuale non possiede valore costitutivo, è anche vero che, essendo tale verifica affidata ad un accertamento tecnico, la sanzione della nullità potrebbe apparire sproporzionata se ed in quanto fondata sulla verifica di valori di mercato che presentano un certo margine di opinabilità (destinato inevitabilmente ad accrescersi se, come accade nella maggioranza dei casi, l'indagine demandata al c.t.u. viene svolta a distanza di anni dalla data di stipulazione del contratto)»;

6.4. le osservazioni critiche svolte nell'ordinanza interlocutoria sono orientate anche alle conseguenze della ipotizzata nullità del contratto: "far discendere dalla violazione della soglia la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato (e far venir meno la connessa garanzia ipotecaria) – si osserva – condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare, ancor più, proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere"; né sarebbe convincente la tesi della nullità del contratto come unica conseguenza possibile del superamento del tetto di finanziabilità, salva l'applicazione del meccanismo della conversione in un mutuo ordinario ipotecario, di cui sono segnalate anche le difficoltà applicative;

6.5. infine, l'ordinanza interlocutoria suggerisce come "percorso effettivamente alternativo [alla nullità] la riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal *nomen iuris* adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari".

7. Altre decisioni (Cass., Sez. III, n. 17439/2019 e n. 7509/2022) non hanno condiviso la tesi della nullità del contratto per violazione di norme imperativa, sulla base di argomenti che evidenziano l'inadeguatezza delle conseguenze negative sul piano della stabilità del sistema bancario che si vorrebbe preservare, "vanificandosi l'obiettivo di una sana e prudente gestione

volta a prevenire il rischio di sovraesposizione della banca, articolato sull'esigenza di assicurare alla banca il recupero dell'importo finanziato in sede di esecuzione forzata [...] opportunità, invece, compromessa ove il mutuo eccedentario sia considerato nullo e con esso, altresì, l'ipoteca connessa; e senza contare che la soluzione invalidante contrasta pure con l'interesse del mutuatario, costretto a restituire immediatamente le somme prese in prestito, con tutte le conseguenze sul proprio patrimonio ed eventualmente sull'attività di impresa”.

Secondo quest'ultimo orientamento, il superamento del limite di finanziabilità non darebbe luogo a nullità del contratto, ma alla necessità di riqualificarlo come un ordinario mutuo ipotecario, al di là del *nomen iuris* utilizzato dalle parti, con la disapplicazione della disciplina di privilegio di volta in volta invocata dal creditore.

8. Il collegio non condivide la tesi ricostruttiva invalsa nella giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017 (dalla quale hanno dissentito le richiamate pronunce della Sezione III), sulla base di plurime considerazioni che si possono sintetizzare nei seguenti termini.

8.1. Si deve premettere che ai diversi orientamenti interpretativi sviluppatasi in materia sono comuni le affermazioni, senz'altro condivisibili, che escludono la possibilità di configurare una ipotesi di nullità testuale del contratto per superamento del limite massimo di finanziabilità, in mancanza di una espressa previsione normativa in tal senso, non riscontrabile nell'art. 117, c. 8, t.u.b.: ciò esime dalla necessità di illustrarne ulteriormente le ragioni (per le quali si rinvia al p. 3.1).

È invece controversa la possibilità di qualificare in termini di nullità virtuale il contratto di mutuo fondiario viziato per superamento del limite di finanziamento.

È noto che la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è decisiva al fine di escludere la nullità dell'atto negoziale in conflitto con norme imperative, potendo intendersi che ad essa sopperisca il primo comma dell'art. 1418 c.c., in quanto letto come espressivo di un principio di indole generale, rivolto a prevedere e disciplinare proprio il caso in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagni una previsione espressa di nullità del negozio (cfr., tra le più risalenti, Cass. n. 1591/1960 e, tra le più recenti, n. 15099/2021).

L'indagine si sposta allora sulla verifica in concreto degli indici sintomatici della imperatività della norma, onde consentire al giudice di dichiarare la nullità anche nel silenzio del legislatore.

La giurisprudenza, individuando le norme imperative la cui violazione determina la nullità virtuale del contratto essenzialmente in quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti o (con diversa espressione) alle norme inderogabili concernenti la validità del contratto

(cfr. Cass., S.U., n. 26724/2007; Sez. I, n. 19024/2005; Sez. VI, n. 25222/2010; Sez. III, n. 525/2020), ha inteso sottolineare l'estraneità ad esse delle regole di comportamento nella fase precontrattuale ed esecutiva del contratto, oltre che “nella fase [...] coincidente con la stipulazione del contratto” (cfr. Cass., Sez. I, n. 9468/2020).

Il riferimento agli elementi strutturali della (o interni alla) fattispecie negoziale sta a indicare la tipologia della norma che per essere imperativa deve disciplinare direttamente e chiaramente il contenuto specifico ed essenziale del contratto, prima di ogni valutazione inerente alla caratura dell'interesse protetto ed eventualmente leso (sul quale *sub* 8.6). In altri termini, una norma prima di essere imperativa dev'essere prescrittiva di un contenuto, specifico e caratterizzante, inerente al sinallagma contrattuale che possa definirsi essenziale, la mancanza del (o difformità dal) quale renderebbe nullo il contratto (*ex* art. 1418, cc. 1 e 2, in relazione agli artt. 1343, 1345 e 1346, c.c.). Non così per le disposizioni indicative di elementi meramente specificativi, integrativi o accessori di uno dei requisiti del contratto, ovvero genericamente conformativi del modo di atteggiarsi del sinallagma in concreto, che difficilmente potrebbero assumere le sembianze di norme (imperative) di fattispecie o di struttura negoziale: è questo il caso dell'art. 38, c. 2, t.u.b.

8.2. Secondo questa disposizione, in coerenza con la definizione nel capo VI del t.u.b. (“Norme relative a particolari operazioni di credito”), il “credito fondiario” è quello che “ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio o lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili” (c. 1), senza ulteriori caratterizzazioni individualizzanti specifiche.

L'orientamento interpretativo inaugurato nel 2017 fa leva sul secondo comma, secondo il quale “La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Cicer, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti”.

Si tratta tuttavia di disposizioni (cc. 1 e 2) non omogenee, essendo diversamente orientate, l'una, a stabilire direttamente e precisamente il contenuto essenziale del mutuo fondiario e, l'altra, ad assegnare all'autorità di vigilanza (Banca d'Italia) il compito di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti che, secondo criteri da definire, le banche potranno concedere agli aventi diritto; compito svolto dall'autorità che (conformemente a deliberazione del Cicer) ha stabilito, quale “limite di finanziabilità”, quello dell'ottanta per cento del valore dei beni immobili ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi.

Già la tecnica di formulazione della disposizione (c. 2) è indicativa del tipo di prescrizione di cui si tratta, che – riguardando, in prima battuta, il rapporto

dell'organismo di vigilanza con le banche vigilate, tenute a conformarsi nel rapporto a valle con i terzi clienti mutuatari – non consente automaticamente di trasferire sul piano del rapporto negoziale con questi ultimi (e del relativo sinallagma contrattuale) le conseguenze delle condotte difformi delle banche, al fine di provocare il travolgimento del contratto che si assume viziato per eccesso di finanziamento, con le gravi conseguenze di cui si dirà per entrambe le parti.

Il limite dell'ottanta per cento è, peraltro, aumentabile sino al cento per cento in presenza di garanzie integrative offerte dalla parte mutuataria, il che è un primo elemento contrario alla valutazione della disposizione in termini di inderogabilità, in assenza di elementi testuali inequivocabilmente indicativi della volontà del legislatore primario di conformare direttamente il contenuto specifico dell'oggetto del contratto con i mutuatari o, al contrario, di porre una regola di condotta per le banche erogatrici del credito, tenute a rispettarla in quanto sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia.

8.3. È arduo ritenere che una disposizione preveda un requisito a pena di nullità senza preoccuparsi di fornire elementi per definirlo, ogni qual volta esso non appaia di palmare e intuibile comprensione, come nel caso in esame. Né la norma primaria (art. 38 t.u.b.) né la norma secondaria attuativa (con deliberazione della Banca d'Italia) contengono, infatti, alcuna indicazione in ordine ai criteri di stima del valore dell'immobile, cui è rapportato in via percentuale l'ammontare massimo del finanziamento, e all'epoca di riferimento della stima.

Sotto il primo profilo, è significativo che la Banca d'Italia (con circolare del 22 maggio 1996) abbia precisato che il valore dei beni ipotecati cui rapportare la percentuale di concessione del finanziamento può essere sia quello di mercato sia quello cauzionale – quest'ultimo previsto dalla normativa previgente (l. 29 luglio 1949, n. 474, art. 3) tuttavia abrogata dal t.u.b. del 1993 – cui potrebbe aggiungersi il valore di liquidazione dell'immobile in sede esecutiva o concorsuale (c.d. valore di realizzo) nell'ottica di garantire al credito una più sicura copertura in caso di insolvenza del mutuatario (secondo Cass., Sez. I, n. 11201/2018, il valore cauzionale coinciderebbe con quello risultante dal prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile, con riferimento alla direttiva Ce n. 2000/12 che, però, non richiama il valore cauzionale). Né si può trascurare che la determinazione del valore del bene è oggetto di un comportamento dell'istituto di credito che si dispiega nella fase precontrattuale e contrattuale, il cui esito, trasfuso nel testo negoziale, è suscettibile di un giudizio non rispondente a criteri di validità o invalidità contrattuale, ma appropriato alla valutazione di comportamenti negoziali delle parti (è significativo l'obbligo dei finanziatori di applicare “standard affidabili” di valutazione dei beni immobili nell'attigua normativa sul “credito ai consumatori”, art. 120-*duodecies* del t.u.b.).

Sotto il secondo profilo, non è precisato se la stima debba essere effettuata con riferimento all'epoca di stipulazione del contratto di mutuo (come si dovrebbe, se si discute di validità del contratto) o a momenti successivi, come avviene quando il finanziamento sia rapportato al costo delle opere da eseguire sulla base di stati di avanzamento dei lavori, con conseguente anomalia dell'accertamento di un requisito di validità del contratto (quale, in tesi, sarebbe il limite del finanziamento) *in executivis*.

L'indicazione nel contratto di mutuo fondiario del valore del bene offerto in garanzia o del costo delle opere, inoltre, non assurge a requisito di forma prescritto *ad substantiam*, non essendo previsto come tale dalla disciplina di cui agli artt. 38 e 117 t.u.b., poiché non rientra nell'ambito delle condizioni contrattuali di carattere economico (cfr. Cass., Sez. I, n. 29745/2018): ciò costituisce un ulteriore elemento contrario alla qualificazione dell'art. 38, c. 2, in termini imperativi, contrariamente a quanto affermato nel precedente poc'anzi richiamato, il quale, affermando che il limite di finanziabilità “è requisito di sostanza del contratto, non già di forma”, trascura di considerare che la nullità negoziale (virtuale) “deve discendere dalla violazione di norme aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale è la nullità del rapporto negoziale” (Cass., S.U., n. 8472/2022). Come rilevato nell'ordinanza interlocutoria, la nullità è predicabile per violazione di norme di fattispecie o di struttura negoziale solo se immediatamente percepibile dal testo contrattuale, senza laboriose indagini rimesse a valutazioni tecniche opinabili compiute *ex post* da esperti del settore, come sono invece quelle compiute dai periti cui sia demandato il compito di stimare il bene, ai fini del giudizio sul rispetto del limite di finanziabilità.

Il rischio è di minare la sicurezza dei traffici e di esporre il contratto in corso a intollerabili incertezze derivanti da eventi successivi – che non dovrebbero interferire con la questione, che è formale prima che sostanziale, della validità del contratto stesso – dipendenti dai comportamenti delle parti nella fase esecutiva (come l'inadempimento o l'insolvenza del mutuatario), tali da innescare la crisi del rapporto negoziale con l'esigenza di verificare *ex post* l'osservanza del limite di finanziabilità. Nessuna delle parti potrebbe fare affidamento sulla stabilità e sulla validità ab origine del contratto stipulato, essendo ben possibile che il valore immobiliare, sia pure oggetto di iniziale perizia estimativa, sia stato inconsapevolmente sopravvalutato.

Si spiega allora quella posizione dottrina secondo la quale di superamento di tale limite dovrebbe parlarsi allorché si riscontri una apprezzabile ed oggettiva sopravvalutazione del bene, non riconducibile a quelle inevitabili oscillazioni e discordanze quantitative che ogni perizia estimativa implica, onde evitare che il

minimo scostamento possa determinare il travolgimento dell'intera operazione negoziale.

8.4. Come condivisibilmente rilevato nell'ordinanza interlocutoria, «in realtà la norma, pur conferendo alla Banca d'Italia il potere di determinare la percentuale massima del finanziamento, che costituisce indubbiamente l'oggetto del contratto, non interferisce però sul contenuto del contratto “per aggiunta”, cioè prevedendo un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie contrattuale, ma solo “per specificazione”, imponendo che un elemento intrinseco già presente nel contratto (cioè il suo oggetto) possedga una determinata caratteristica di tipo quantitativo, restando però del tutto invariata la struttura della fattispecie nei suoi fondamentali elementi tipizzati”. Deve quindi escludersi che sia configurabile una nullità per un vizio incidente su elementi essenziali intrinseci alla fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto.

8.5. L'orientamento qui non condiviso fa leva sulla difformità dal “tipo contrattuale” che si assume intrinsecamente caratterizzato dal rispetto del limite di finanziabilità di cui all'art. 38 del t.u.b., al fine di giustificare la nullità del contratto per eccedenza di finanziamento, laddove richiama il “tipo di operatività del credito” o la “tipologia di finanziamenti” in questione (ammesso che di tipo autonomo si tratti rispetto al *genus* “mutuo ordinario ipotecario”, essendo il mutuo fondiario solo una “particolare operazione di credito”, cfr. capo IV del t.u.b.). La tesi non è condivisibile.

Non può dubitarsi che nel nostro ordinamento le parti “possono liberamente determinare il contenuto del contratto”, così come possono “concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare” (art. 1322, cc. 1 e 2, c.c.), sicché un contratto non può essere dichiarato nullo ogni volta che sia apprezzabile un contrasto tra la disposizione e il regolamento d'interessi sotteso al negozio, ovvero per il solo fatto di essere carente degli elementi tipizzanti indicati dal legislatore, né tantomeno l'assenza di uno di tali elementi potrebbe ritenersi, di per sé, ragione sufficiente per considerare il contratto immeritevole di tutela.

L'eventuale uso distorto del tipo “mutuo fondiario” (se configurabile come autonomo) postula pur sempre la verifica dell'esistenza di una norma imperativa violata – non ravvisabile nell'art. 38, c. 2, t.u.b. – concernente la causa (cfr. artt. 1344 e 1345 c.c.) o l'oggetto (art. 1346 c.c.), se si vuole invalidare il contratto per illiceità di tali requisiti o elementi essenziali, al fine di neutralizzarne gli effetti, non potendosi desumere la nullità del contratto dalla mera difformità dal tipo o sottotipo contrattuale. Peraltro, la riferibilità della nullità virtuale per violazione di norma imperativa anche all'oggetto del contratto potrebbe dirsi non collimante con le indicazioni provenienti dalla Relazione al codice civile (n. 649), che sembra prevederla nella sola ipotesi della causa illecita, ma la liceità della causa del credito fondiario eccedente non è qui in discussione (ivi si precisava che “la violazione delle

norme imperative della legge è ricordata quale ragione autonoma di nullità del contratto per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita. La precisazione risolve altresì la dibattuta questione circa gli effetti della violazione di una norma imperativa in cui non sia espressamente comminata la sanzione di nullità del vincolo”).

Inoltre, in caso di parziale difformità dal tipo contrattuale, potrebbero ravvisarsi i caratteri di un contratto misto, costituito da elementi di tipi contrattuali diversi (mutuo fondiario e mutuo ordinario ipotecario che prescindono dal rapporto tra l'importo finanziato e il valore del bene ipotecato), che è pur sempre un contratto unico, avente causa unica ed inscindibile, nella quale si combinano elementi dei diversi tipi che lo costituiscono. In questa prospettiva il contratto dovrebbe essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente (c.d. teoria dell'assorbimento o della prevalenza) e, poiché la prevalenza si determina in base ad indici economici o anche di tipo diverso, come la forza del tipo o l'interesse che ha mosso le parti (cfr. Cass., Sez. III, n. 13399/2005, S.U. n. 11656/2008, Sez. II, n. 26485/2019), sarebbe arduo negare l'applicabilità della normativa propria del mutuo fondiario in base a indici sia economici (tenuto conto che la parte preponderante del finanziamento, fino all'ottanta per cento, è immune da vizi di sorta) sia concernenti l'interesse delle parti, le quali hanno voluto stipulare un mutuo fondiario, in considerazione dei vantaggi per entrambe (per il mutuatario, ad esempio, di accedere al finanziamento per un importo maggiore e di beneficiare del favorevole regime dell'inadempimento, di cui all'art. 40, c. 2, t.u.b.).

8.6. Esito negativo ha l'indagine, sollecitata dall'ordinanza interlocutoria, sulla imperatività della disposizione di cui all'art. 38, c. 2, t.u.b., con riguardo alla caratura dell'interesse protetto ed eventualmente lesivo.

È opportuna una premessa. Le Sezioni unite hanno osservato di recente che “pur nel polimorfismo che caratterizza la nozione di nullità negoziale, un elemento accomunante nella evoluzione giurisprudenziale si coglie nella tendenza attuale a utilizzare tale nozione – e quella di norma imperativa – come strumento di reazione dell'ordinamento rispetto alle forme di programmazione negoziale lesive di valori giuridici fondamentali”; che «nella ricordata evoluzione giurisprudenziale si è intravisto in dottrina il segno del passaggio dal “dogma della fattispecie” al “dogma dell'interesse pubblico”, intendendosi con quest'ultima espressione segnalare, in termini critici, l'eccessiva genericità della nozione e discrezionalità rimessa al giudice nella individuazione di sempre nuove ipotesi di nullità, in potenziale frizione con i valori di libertà negoziale e di impresa, seppur nel bilanciamento con altri valori costituzionali» (Cass., S.U., n. 8472/2022). Una conferma di quest'impostazione proviene da quell'orientamento dottrinale che vede nella nullità uno strumento per rimodellare il rapporto contrattuale secondo canoni e

criteri valutativi fondamentalmente preordinati ad obiettivi di equità, proporzionalità e giustizia, i quali tuttavia – si deve precisare – dovrebbero pur sempre essere vagliati preventivamente dal legislatore il cui silenzio, lungi dall’essere irrilevante o neutro, molto spesso è decisivo nel senso di escludere la nullità.

Il legislatore è intervenuto più volte con disposizioni che hanno previsto espressamente nuove ipotesi di nullità negoziale per violazione di specifiche norme di settore, anche nel testo unico bancario (cfr. art. 117), proprio per la difficoltà di considerare imperative le singole norme prescrittive o per evitare incertezze interpretative al riguardo, nullità spesso rilevabili d’ufficio dal giudice nell’interesse esclusivo del cliente (art. 127, c. 2, t.u.b.). Il silenzio del legislatore – nella specie, sulle conseguenze dell’esondazione del finanziamento rispetto al valore dell’immobile e alla garanzia prestata – non è irrilevante, come rilevato dal Procuratore generale, il quale ha colto nel segno laddove ha osservato che “l’assenza di un’esplicita previsione legislativa di invalidità del mutuo esondante, pertanto, costituisce un elemento che unitamente [ad altri], milita a favore dell’esclusione di una *voluntas legis* tendente a sanzionare con l’invalidità un finanziamento bancario con garanzia insufficiente”. Tanto più che – come rilevato ancora dal Procuratore generale – “non si vede come potrebbe considerarsi l’art. 38, c. 2, t.u.b., quale norma posta a tutela del cliente, posto che il mutuatario nessun pregiudizio risente dalla stipulazione di un mutuo esondante, essendo l’adeguatezza della garanzia reale posta ad esclusiva tutela del finanziatore. Non si vede, pertanto, quale interesse, non meramente strumentale, avrebbe il mutuatario ad invocare l’esondazione dal limite di finanziabilità, esondazione che, caso mai, gli giova. Il silenzio serbato dal legislatore nell’art. 38, c. 2, in raffronto all’art. 117, c. 8, t.u.b. non può, in sostanza, essere considerato (sull’interesse del mutuatario si tornerà *sub* 8.7).

Si è affermato in passato che “dove la legge ha regolato con limiti e vincoli l’attività creditizia, si tratta sempre di norme inderogabili ed imperative, preordinate al regolare andamento dell’attività stessa, che è essenziale nell’economia nazionale” (cfr. Cass., Sez. II, n. 1724/1977, S.U. n. 8355/1994, Sez. I, n. 9219/1995). Tale affermazione, tuttavia, non può essere ribadita nella sua assolutezza, alla stregua dell’evoluzione normativa che ha consentito di qualificare l’attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito come attività d’impresa, anche con riferimento all’esercente il credito fondiario (attività che può essere svolta da qualunque istituto di credito).

Tanto premesso, anche a prescindere dalla questione, dirimente, della funzione della norma (art. 38, c. 2) in senso determinativo della struttura o del contenuto del negozio, analogo esito negativo ha l’indagine sulla natura della norma violata, in relazione all’interesse tutelato e leso che è arduo identificare automaticamente (in termini imperativi) nelle “ripercussioni che tali tipologie di finanziamenti possono avere

sull’economia nazionale” o nel fatto di essere [la norma] espressione della “politica economica” o di “obiettivi economici generali”.

Simili caratteristiche generali potrebbero, in effetti, riferirsi ad interi apparati normativi, dal t.u.b. del 1993 al t.u.f. del 1998 ecc., con conseguente possibilità di qualificare in termini imperativi una indefinita serie di disposizioni concernenti fattispecie negoziali nell’ambito del c.d. diritto dell’economia. Se è vero che qualsiasi disposizione di legge, in quanto generale e astratta, presenta profili di interesse pubblico, seppur disciplinante atti negoziali, ciò non basta a connotarla in termini imperativi, dovendo pur sempre trattarsi di “preminenti interessi generali della collettività” o “valori giuridici fondamentali” (così Cass., S.U., n. 8472/2022, cit.), quale non è quello di cui si tratta che mira a preservare la stabilità patrimoni degli istituti di credito e impedire il verificarsi di situazioni di squilibrio tra garanzie acquisite e concessione di credito, come condivisibilmente rilevato dai precedenti del 2013 (nn. 26672 e 27380).

8.7. Secondo alcune decisioni (cfr. Cass., Sez. I, nn. 11201 e 13286/2018) l’interesse pubblico connotante il rispetto del limite di finanziabilità dovrebbe essere inteso come “interesse [...] alla corretta concorrenzialità del mercato del credito” e a contrastare “i rischi espoliativi” cui sarebbe soggetto il mutuatario per il pericolo che il debitore, avendo ottenuto un finanziamento eccessivo, possa subire l’esproprio della residua parte del proprio patrimonio.

Entrambe le prospettive non convincono.

La seconda omette di considerare che a determinare il paventato rischio espoliativo è l’inadempimento del mutuatario, il quale quando ottiene un finanziamento più elevato rispetto al limite di finanziabilità incrementa il proprio patrimonio anche della somma erogata in esubero e il fatto di doverne rispondere con il proprio patrimonio ulteriore rispetto all’immobile gravato da ipoteca è applicazione del principio generale della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.). Secondo un precedente nel solco dell’orientamento del 2017 (cfr. Cass., Sez. I, n. 11201/2018), “non si vede [...] la ragione, prima di tutto normativa, per cui un soggetto dovrebbe assumersi impegni che non potrà permettersi di onorare”, ciò si sostiene al fine di ricondurre l’ipotizzata invalidità a una nullità di protezione dello stesso mutuatario che andrebbe tutelato (evidentemente, contro le sue stesse aspettative) attraverso la limitazione della somma massima erogabile entro limiti tali per cui, in caso di inadempimento, la vendita del bene ipotecato possa riuscire a coprire l’intero debito nei confronti della banca. La tesi non convince: in primo luogo, una nullità “a vantaggio del cliente” dovrebbe essere prevista dalla legge (cfr. l’art. 127, c. 2, t.u.b. a proposito delle “nullità previste dal presente titolo”) e non lo è la violazione dell’art. 38, c. 2; in secondo luogo, l’eventuale svantaggio conseguente a un finanziamento eccessivo rientra tra le valutazioni di convenienza che (si deve presumere) sono state compiute (prima della stipulazione del contratto)

e ritenute dal cliente recessive a fronte del vantaggio dell'erogazione di un importo maggiore con gli ulteriori benefici previsti anche per il mutuatario; in terzo luogo, le valutazioni di convenienza dell'affare, a seconda dell'andamento del rapporto negoziale, non rilevano ai fini della validità del contratto. Né potrebbe dirsi meritevole di tutela l'interesse del debitore che si dolga, in sostanza, della insufficienza della garanzia ipotecaria sul bene a causa dell'esorbitanza dell'importo mutuato, essendo l'interesse del debitore tutelabile nell'opposto caso di esorbitanza della garanzia con il rimedio della riduzione dell'ipoteca (cfr. artt. 2872 ss. c.c., peraltro entro certi limiti), non con il rimedio della invalidità negoziale.

La prima prospettiva non considera che l'interesse pubblico alla corretta concorrenzialità del mercato del credito si realizza offrendo alla clientela maggiori possibilità di accesso al credito e una ampia varietà di alternative nella scelta dei prodotti, risultato questo cui non si perviene con la sanzione della nullità, in contrasto con la *ratio* del credito fondiario che è «di favorire la “mobilitazione” della proprietà immobiliare e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore» (Corte cost. n. 175/2004).

Non giova alla tesi della nullità il precedente che qualificava come norma imperativa quella dell'art. 3 della l. n. 474/1949, che analogamente prevedeva che l'ammontare di ciascun mutuo (edilizio) non potesse eccedere la metà del valore cauzionale dell'immobile, in quanto strutturalmente collegato con lo scopo di agevolare la disponibilità di abitazioni non di lusso, sicché ogni diversità rispetto alle previsioni di legge avrebbe costituito una violazione del detto scopo di carattere pubblico (Cass., Sez. I, n. 9219/1995). Ed infatti, nel precedente poc'anzi citato la Corte si riferiva alla ben diversa fattispecie del mutuo edilizio, oggi riassorbita nel mutuo fondiario ordinario che, diversamente dall'altro, non è un mutuo di scopo, poiché di esso non è elemento essenziale la destinazione della somma mutuata a determinate finalità pubbliche (cfr. Cass., Sez. III, n. 9511/2007, Sez. I, n. 4792/2012, Sez. I, n. 28662/2013), venendo meno l'eventuale interesse pubblico connesso allo scopo (si aggiunga poi che neppure il precedente del 1995 ipotizzava la nullità totale del contratto, accedendo alla più moderata conclusione della nullità parziale limitata all'eccedenza del finanziamento). Il mutuo fondiario, inoltre, può essere finalizzato anche a sanare debiti pregressi (cfr. Cass., Sez. I, n. 28662/2013, Sez. III, n. 19282/2014, Sez. III, n. 37654/2021, Sez. III, n. 23149/2022), contrariamente a quanto sostenuto nel motivo di ricorso.

8.8. Pur ipotizzando in astratto la natura imperativa della disposizione di cui all'art. 38, c. 2, t.u.b., per escludere la nullità del contratto per eccedenza dell'importo mutuato è risolutivo l'argomento secondo cui non ogni violazione di norma imperativa può dare luogo ad una nullità contrattuale, ma solo quella

che pone il contratto in contrasto con lo specifico interesse che la norma imperativa intende tutelare.

Se la fissazione del limite di finanziabilità è stata dal legislatore demandata all'autorità di vigilanza sul sistema bancario è proprio perché quel limite attiene alla “vigilanza prudenziale” (cfr. artt. 51 ss. e 53 t.u.b.) sul contenimento dei rischi nella concessione del credito che, individuando l'interesse tutelato, finirebbe per essere leso qualora si propendesse per la nullità (e il travolgimento) del contratto: “far discendere dalla violazione della soglia la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato (e far venir meno la connessa garanzia ipotecaria) condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare, ancor più, proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere” (cfr. ordinanza interlocutoria). “Senza trascurare, poi – come ancora correttamente rilevato nella stessa ordinanza – l'esistenza di un vantaggio obiettivamente sproporzionato per il mutuatario che, per il sol fatto di aver ricevuto dall'istituto una somma superiore a quella consentita dal c.d. scarto di garanzia, realizzerebbe la completa liberazione dell'immobile dall'ipoteca; con effetti che ben potrebbero definirsi paradossali nel caso di esecuzione individuale promossa dall'istituto di credito mutuante (atteso che la nullità darebbe luogo all'estinzione della procedura, per il venir meno del titolo esecutivo, anche in danno degli eventuali creditori intervenuti non muniti di titolo), e che appaiono connotati da anomalie anche nel caso di apertura di una procedura concorsuale, in cui l'interesse dei creditori al rispetto della par condicio, anziché essere tutelato con lo strumento della revocatoria (ossia con il rimedio tipico previsto per il contratto in danno dei creditori), verrebbe ad essere protetto attraverso una sanzione di nullità dell'intero contratto derivante unicamente dall'illegittima costituzione della garanzia fondiaria”.

Sulla stessa lunghezza d'onda si è ulteriormente osservato che “la comminatoria della nullità del contratto di mutuo (oltre che dell'accessoria garanzia ipotecaria) retrocederebbe la pretesa della banca mutuante a mera pretesa chirografaria fondata sulla generica ripetizione dell'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c.: così vanificandosi l'obiettivo di una sana e prudente gestione volta a prevenire il rischio di sovraesposizione della banca, articolato sull'esigenza di assicurare alla banca il recupero dell'importo finanziato in sede di esecuzione forzata. Tale opportunità è, invece, compromessa ove il mutuo eccedentario sia considerato nullo e con esso, altresì, l'ipoteca connessa; e senza contare che la soluzione invalidante contrasta pure con l'interesse del mutuatario, costretto a restituire immediatamente le somme prese in prestito, con tutte le conseguenze sul proprio patrimonio ed eventualmente sull'attività di impresa” (così Cass., Sez. III, n. 7509/2022).

La Corte costituzionale (n. 175/2004) si è espressa criticamente sulla pretesa «sanzione della “inopponibilità” dell'ipoteca che, in caso di inadempimento da

parte del mutuatario, dovrebbe paradossalmente andare a carico del mutuante». Si aggiunga che, venendo meno il contratto di mutuo, il debito potrebbe risultare in sofferenza stante la difficoltà (o impossibilità) di estinguerlo prontamente per l'intero, esponendo il mutuatario a rischi di segnalazione alla Centrale rischi con le gravi conseguenze intuibili, nonostante il regolare pagamento delle rate secondo il piano di ammortamento previsto nel contratto.

In definitiva, la scelta di politica economica compiuta dal legislatore è stata, come si è detto, di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ampliando la possibilità di far ricorso ai finanziamenti, contemperandola però con l'esigenza di contenere il rischio per le banche erogatrici a tutela della loro stabilità finanziaria. Intravedere in tale esigenza (alla sana e prudente gestione delle banche) un interesse corrispondente a un valore giuridico fondamentale, di per sé indicativo della imperatività della disposizione in questione (art. 38, c. 2), stride anche con l'assenza nell'ordinamento di norme imperative attinenti al contenimento del rischio predetto nelle altre tipologie di finanziamenti erogati dalle banche che ben possono essere non assistiti da alcuna garanzia.

8.9. Comune alle pronunce adesive all'orientamento inaugurato nel 2017, sul piano dell'indagine sulla natura (imperativa) della norma e sulla questione della validità o invalidità del contratto di mutuo, è l'attenzione rivolta in chiave critica ai privilegi sostanziali e processuali attribuiti al creditore fondiario, a fronte degli svantaggi per gli altri creditori concorrenti nelle procedure concorsuali.

Si assume in sostanza che tali privilegi (l'ipoteca di primo grado su immobili del mutuatario a garanzia del credito; la facoltà di eleggere domicilio, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, presso la propria sede, invece che nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede la conservatoria dei registri immobiliari; il c.d. consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria, non soggetta a revocatoria fallimentare se iscritta almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento del debitore concedente o del terzo datore di ipoteca; l'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dal debitore poi dichiarato fallito; l'esonero dall'obbligo di notificazione previa del titolo esecutivo; la facoltà di proporre o di proseguire il processo esecutivo anche in caso di fallimento del debitore) risulterebbero non più giustificati una volta che il credito risulti erogato per un importo eccedente il limite di finanziabilità, essendo l'ipoteca, collegata al mutuo medesimo, posta a garanzia di un certo ammontare del credito, e non oltre, rispetto al valore del bene ipotecato: per effetto del superamento del limite risulterebbe attribuita al creditore una causa di prelazione illegittima perché contraria al principio della *par condicio* sancito dall'art. 2741 c.c.

Tuttavia, la questione della validità o invalidità di un contratto non può dipendere dalle conseguenze sfavorevoli che si produrrebbero per gli altri creditori nella successiva procedura concorsuale, né su elemen-

ti attinenti alla garanzia accessoria (ipoteca), la quale, non solo, è una conseguenza legale del contratto valido di mutuo [*rectius*: del credito] fondiario, ma non v'è ragione per dubitare della validità del negozio costitutivo della garanzia stessa (aderendo all'impostazione, seguita da Cass. n. 7509/2022 cit., secondo cui "il finanziamento fondiario realizza necessariamente una fattispecie in cui convergono due distinti negozi intimamente collegati tra loro, quello di concessione del credito e quello di costituzione di ipoteca di primo grado").

Come si è osservato in dottrina, non si sfugge alla seguente alternativa: o si ritiene che l'art. 38, c. 2, t.u.b., sia una norma imperativa a presidio della validità del contratto e, allora, il mutuo fondiario eccedente sarà nullo, ai sensi dell'art. 1418, c. 1, c.c. e, di conseguenza, la garanzia ipotecaria sarà travolta e così gli altri privilegi concessi al creditore fondiario; oppure si ritiene che quella disposizione non integri una norma imperativa a presidio della validità del contratto e, allora, il mutuo fondiario eccedente e la garanzia ipotecaria saranno validi. Nella predetta seconda ipotesi – che è quella condivisa dal collegio – non è pertinente il richiamo all'art. 2741 c.c., quale disposizione integrativa di una norma imperativa rilevante per le finalità di cui si discute.

Si è anche osservato in dottrina che la *par condicio creditorum* non trova un proprio baluardo nel t.u.b., apprendo singolare che l'ordinamento possa sanzionare così gravemente (con la nullità del contratto) il superamento della soglia dell'ottanta per cento fino a disapplicare totalmente la disciplina del mutuo fondiario a tutela della *par condicio* e poi consentire al creditore, in caso di mantenimento del credito al di sotto della suddetta soglia (anche per effetto di pagamenti parziali), di opporsi alla liberazione parziale dei beni ipotecati, seppur nei limiti di cui all'art. 39, c. 5, t.u.b., beneficiando del privilegio ipotecario per la maggior somma iscritta.

Per altro verso, la tutela della *par condicio creditorum* non è affidata al rimedio della invalidità-nullità del contratto, essendo pacifico che gli atti negoziali pregiudizievoli nei confronti dei terzi (per abusiva erogazione del credito o in frode ai creditori) non sono illeciti né nulli, ferma restando la tutela risarcitoria nei casi di colpevole concorso dell'ente mutuante nel dissesto del cliente finanziato (cfr. Cass., Sez. I, n. 20576/2010, Sez. III, n. 23158/2014, Sez. I, n. 11695/2018, Sez. I, nn. 18610 e 24725/2021, Sez. III, n. 15844/2022), eventualità ipotizzabile anche nel caso di dolosa o colposa concessione di finanziamento ultra-soglia che sia stata causa determinante di conseguenze dannose per il soggetto finanziato o i terzi.

La tesi della nullità contrattuale per eccesso di finanziamento si rileva strumentale alla critica rivolta indirettamente all'istituto in sé del mutuo fondiario, forse percepito come anacronistico o non più proporzionato rispetto agli obiettivi perseguibili (cfr. Cass. n. 7509/2022, cit.), in considerazione dei privilegi riconosciuti al creditore fondiario in deroga alla *par con-*

dicio. E tuttavia, il predetto istituto ha resistito al vaglio di costituzionalità con la sent. n. 175/2004, che ha ritenuto trattarsi di una scelta di politica economica non manifestamente irrazionale nei termini compiuti dal legislatore, che ha inteso – come si è detto – favorire la “mobilizzazione” della proprietà immobiliare, incentivando gli operatori professionali a erogare credito, muniti al contempo di strumenti per la più rapida e agevole procedura per il suo recupero forzoso, restando ferma l’esigenza della sana e prudente gestione, a tutela della stabilità finanziaria degli enti erogatori.

In conclusione, non si tratta di una nullità virtuale neutralizzata dalla previsione di sanzioni diverse e alternative (art. 1418, c. 1, seconda parte, c.c.): non è configurabile una nullità, rimanendo la questione delle conseguenze disciplinari nei confronti dell’istituto di credito, cui sia imputabile il superamento del limite di finanziabilità, rilevante sul diverso piano del rapporto con l’autorità di vigilanza, che è questione estranea all’oggetto del giudizio.

8.10. Si deve enunciare il seguente principio di diritto:

In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità di cui all’art. 38, c. 2, d.lgs. n. 385/1993, non è elemento essenziale del contenuto del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell’oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione – qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all’Autorità di vigilanza sul sistema bancario di fissare il limite di finanziabilità nell’ambito della “vigilanza prudenziale” (cfr. artt. 51 ss. e 53 t.u.b.) – la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), potrebbe condurre al risultato di pregiudicare proprio l’interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito.

Il ricorso è quindi infondato, avendo la sentenza impugnata deciso in conformità all’enunciato principio.

9. L’ordinanza interlocutoria, pur esprimendosi in termini critici verso la teoria della nullità contrattuale per violazione di norma imperativa, ha suggerito come “percorso effettivamente alternativo [alla nullità quello] della riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal *nomen iuris* adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari. In tal modo il rispetto del c.d. scarto di garanzia finirebbe per incidere non sul piano della validità del contratto, ma unicamente sulla possibilità di applicare, al programma negoziale posto in essere dalle parti, le peculiari conseguenze ricollegate dalla legge al finanziamento fon-

diario e dunque sulla possibilità per l’istituto di godere della relativa disciplina di favore” (sub 6.5).

Nella stessa direzione si collocano i richiamati precedenti della terza sezione (sub 7), i quali, pur rifiutando la tesi della nullità, hanno affermato che “il limite di finanziabilità può bene identificarsi come elemento conformativo della *species* mutuo fondiario del *genus* di ogni altro mutuo ipotecario: poiché non può dirsi imposto, non solo esplicitamente ma nemmeno per implicito, a pena di nullità, esso qualifica o conforma un particolare tipo contrattuale di alcune particolarità o caratteristiche, rendendone una specie di un genere più ampio. E pare agevole inferirne che la carenza di quel presupposto non inficia, di norma, l’assetto negoziale complessivo, ove questo possa, come in effetti può, conservarsi nonostante l’eliminazione di quegli elementi caratterizzanti: manca qualunque intento repressivo o punitivo del finanziatore che viola quel limite, ma vi è esclusivamente la disattivazione dei privilegi che il puntuale rispetto di quel limite, funzionale ad un corretto ed equilibrato funzionamento del mercato del credito, avrebbe potuto comportare in favore del finanziatore” (così Cass. n. 7509/2022, cit.).

Anche il Procuratore generale, pur non condividendo la tesi della nullità contrattuale, ha osservato che “rimane la considerazione della non conformità del mutuo fondiario esondante rispetto al modello tipizzato dall’art. 38 t.u.b. Modello che prevede un limite di erogabilità ancorato al valore della garanzia reale prestata. Da tale non conformità e dalla violazione di tale limite appare logico far discendere [...] la non applicabilità di tutte quelle disposizioni speciali ispirate al favor verso il mutuante, cui solamente è ascrivibile la violazione rilevata. Il che induce alla qualificazione del mutuo fondiario esondante quale mutuo ordinario ipotecario, in mancanza di quegli elementi specializzanti del contratto che consentono a questo di godere della natura fondiaria, e con la conseguente esclusione di ogni privilegio, sostanziale e processuale, altrimenti riconosciuto al mutuante” (nella requisitoria si precisa, però, che “il soddisfacimento privilegiato cui il mutuante avrà diritto sarà [...] limitato dal prezzo di liquidazione del bene ipotecato, come sarebbe avvenuto ove fosse rispettato il limite di finanziabilità e, per la parte eccedente la garanzia, godrà del trattamento dei crediti privilegiati. In altre parole, per i creditori concorrenti muniti di causa di prelazione, appare indifferente l’ammontare del finanziamento concesso, posto che il privilegio opera pur sempre nei limiti del prezzo di liquidazione del bene immobile oggetto di ipoteca”).

9.1. Il collegio non condivide le proposte ricostruttive in termini di riqualificazione del mutuo fondiario in mutuo ipotecario ordinario: una volta che si escluda la nullità (totale o parziale) del contratto per superamento del limite di finanziabilità, non è consentito all’interprete intervenire (d’ufficio) sugli effetti legali del contratto per neutralizzarli, facendo applicazione di un diverso modello negoziale (mutuo ordinario)

non voluto dalle parti, seppure appartenente alla stessa famiglia o *genus* contrattuale.

Il percorso ermeneutico che invece ammette questa possibilità si snoda nei seguenti passaggi argomentativi (cfr. Cass. n. 7509/2022, cit., pp. 23 ss., anche per richiami ai precedenti):

a) il procedimento di qualificazione giuridica del contratto consta di due fasi: la prima (interpretazione del contratto) consiste nella ricerca e individuazione della comune volontà dei contraenti, che è un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità per violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale (artt. 1362 ss. c.c.); la seconda (qualificazione) è governata da criteri giuridici cogenti, al fine di sussumere la fattispecie negoziale concreta nel paradigma normativo più adeguato e trarne la disciplina applicabile in concreto, attività sindacabile in sede di legittimità anche per quanto riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto accertati e le implicazioni effettuali;

b) vista la difformità (o imperfetta conformità) del mutuo contratto in concreto con il paradigma legale del mutuo fondiario, a causa del superamento del limite di finanziabilità, “ne conseguirebbe *sic et simpliciter* l’inapplicabilità della disciplina speciale dettata per tale contratto [mutuo fondiario] a tutto vantaggio di quella generale destinata a prevalere in ragione della corretta qualificazione del negozio, nella specie rappresentato da un ordinario mutuo ipotecario; sicché il semplice superamento del limite di finanziabilità è circostanza inidonea a mutare la natura del contratto originario, ma sufficiente a precludere la portata applicativa di talune norme di favore, specializzanti, previste per il mutuante”.

9.2. Nella fattispecie all’esame delle Sezioni Unite, tuttavia, è pacifico che le parti hanno inteso stipulare un mutuo fondiario e in tal senso è l’incensurata attività interpretativa (della comune volontà dei contraenti) e qualificatoria del contratto svolta dai giudici di merito.

È invece contestata (infondatamente) la validità del contratto a causa del superamento del limite di finanziabilità e della utilizzazione del mutuo (fondiario) per estinguere passività pregresse: i mutuatari ne deducono la nullità mentre il mutuante ne deduce la validità.

È noto che la qualificazione del contratto è compito del giudicante e non dei contraenti: il giudice non è vincolato al *nomen juris* dato dai contraenti ma può correggere la loro autoqualificazione quando riscontri che essa non corrisponde alla sostanza del contratto o dell’operazione negoziale. Questa affermazione non va tuttavia enfaticizzata, non potendosi affermare – come rilevato da dottrina autorevole – l’assoluta incompetenza dei contraenti, cioè l’assoluta irrilevanza delle loro determinazioni, rispetto alla qualificazione del contratto, essendo questa invece direttamente influenzata dalla volontà delle parti per il fatto stesso di essere qualificazione del contratto così come da esse voluto.

Se le parti qualificano un contratto in un certo modo (ad esempio, come “mutuo fondiario”) sussistono le caratteristiche essenziali identificative, col deliberato proposito di regolare il rapporto secondo la pertinente disciplina, il giudice, in via di principio, non può disattendere la loro qualificazione a favore di una qualificazione (anche parzialmente) diversa ritenuta più adeguata secondo parametri normativi astratti, a meno che la stessa qualificazione non sia specificamente contestata in giudizio (e quindi rimessa al giudice) o ricorrano le condizioni per la conversione del contratto (art. 1424 c.c.), ma ciò presuppone che ne sia fondatamente contestata la validità e non è questo il caso, essendo stata esclusa la nullità del mutuo fondiario stipulato dai contraenti, in relazione a entrambi i dedotti profili del superamento del limite di finanziabilità e della destinazione della somma mutuata a ripianare passività pregresse (su quest’ultimo aspetto v. *sub* 8.7).

Nell’ipotesi in cui il giudice riscontri un mero errore qualificatorio dei contraenti nella denominazione di un contratto che presenti i tratti identificativi corrispondenti a un diverso tipo o sottotipo negoziale, la ridenominazione (o riqualificazione) è sempre possibile (anche d’ufficio), non incidendosi sul regolamento di interessi convenuto dai contraenti: l’operazione qualificatoria del giudice consiste nella mera correzione del *nomen iuris* per adeguarlo al paradigma normativo proprio dell’operazione negoziale concreta. Alla predetta ridenominazione (o riqualificazione) del *nomen* il giudice può procedere anche quando sia contestata la stessa “volontà comune” dei contraenti e sia in discussione la determinazione del tipo o sottotipo negoziale nel quale sussumere la fattispecie concreta: in tal caso è il giudice (di merito) a dover accertare la volontà dei contraenti per trarne le conseguenze sul piano della qualificazione giuridica del contratto, con la quale è possibile incidere indirettamente sul regolamento di interessi per consentire al contratto di produrre gli effetti corrispondenti all’operazione negoziale realmente voluta dai contraenti.

La giurisprudenza di legittimità, dopo avere premesso che non assume rilievo decisivo il *nomen iuris* eventualmente adottato dalle parti rispetto alla determinazione della natura giuridica di un contratto e al suo inquadramento in uno piuttosto che in altro schema negoziale, dovendo la qualificazione giuridica essere effettuata sulla base della legge e, quindi, in termini rigorosamente obiettivi, ha però precisato che «detta qualificazione trova il suo ineliminabile presupposto nell’accertamento della “comune intenzione” delle parti, secondo i criteri stabiliti dagli artt. 1362 ss. c.c. e, se del caso, anche da elementi estrinseci all’atto considerato» (Cass. n. 9944/2000 ha escluso che l’amministrazione finanziaria possa rideterminare la natura di un contratto, prescindendo dalla volontà concretamente manifestata dalle parti e magari in contrasto con essa).

La riqualificazione giuridica del contratto è operazione che presuppone la fedele interpretazione della

volontà negoziale, come desumibile dalle dichiarazioni dei contraenti nel testo contrattuale, al solo fine di consentire ad essa di produrre gli effetti programmati, mediante l'inquadramento della fattispecie concreta nel pertinente paradigma normativo, con conseguente allineamento del diritto alla fattispecie negoziale concreta.

Analoga opera di riqualificazione non è invece consentita per correggere o integrare il regolamento di interessi volutamente e validamente assunto dai contraenti secondo un determinato tipo o sottotipo negoziale per adeguarlo d'autorità a un diverso tipo o sottotipo legale non corrispondente alla loro volontà comune. Non rileva che uno dei contraenti ne contesti poi (infondatamente) gli effetti sul piano della invalidità del contratto, implicando tale contestazione l'appartenenza del contratto al tipo o sottotipo legale conforme alla volontà comune. Contestare la validità di un negozio per contrasto con le norme che lo disciplinano non significa contestare ma riconoscere la qualificazione secondo il tipo o sottotipo di riferimento.

Si potrebbe obiettare che, nella vicenda in esame, il rapporto tra mutuo fondiario e mutuo ordinario ipotecario sarebbe configurabile in termini di *species* (il primo) e *genus* (il secondo), poiché "il mutuo fondiario non può, cioè, definirsi un tipo contrattuale autonomo, [ma] una particolare forma di mutuo ipotecario al quale possono applicarsi i privilegi sostanziali e processuali riconosciuti dalla legge qualora si tratti di finanziamenti a medio o a lungo periodo garantiti da ipoteca di primo grado il cui valore non superi l'ottanta per cento del credito erogato" (Cass., n. 7509/2022, cit.).

Si assume in sostanza che, non essendovi una diversità tipologica tra le due forme di mutuo, sarebbe ammissibile la riqualificazione d'ufficio del contratto mediante semplice passaggio dall'una (mutuo fondiario) all'altra forma di mutuo (ordinario ipotecario), con l'applicazione del solo regime giuridico di quest'ultimo.

Questo esito interpretativo, sebbene si possa convenire sull'astratta appartenenza del mutuo fondiario al *genus* tipologico del mutuo ordinario, non convince.

In primo luogo, non è chiaro come esso possa conciliarsi con la contestuale affermazione che correttamente esclude nell'art. 38, c. 2, t.u.b. i caratteri propri di una norma di fattispecie o di struttura negoziale rilevante sul piano della validità del contratto, se si ritiene che il superamento del limite di finanziabilità sia, in sostanza, incompatibile con il modello legale del mutuo fondiario al punto di paralizzarne gli effetti legali (escludendo i privilegi attribuiti *ex lege* al mutante e riconoscendogli forse solo l'ipoteca ordinaria e non quella di primo grado).

In secondo luogo, riqualificando il contratto nei termini visti, il giudice inciderebbe direttamente sul regolamento di interessi convenuto tra le parti, con l'effetto di modificarlo e amputarlo in parti non secondarie per entrambi i contraenti, non inficiate da profili di invalidità di sorta, in tal modo invadendo il territorio dell'autonomia privata. In terzo luogo, una

simile opzione ermeneutica di riqualificazione del contratto, se compiuta dal giudice di merito, potrebbe essere corretta dal giudice di legittimità solo se investito da uno specifico mezzo di ricorso che denunci la violazione di legge o il vizio di motivazione nei limiti consentiti oggi dal vigente art. 360, n. 5, c.p.c. (cfr. Cass., Sez. III, n. 14270/2011, in fattispecie in cui il giudice di merito, interpretando la volontà dei contraenti come diretta alla stipula di un mutuo ordinario e non di un mutuo fondiario, lo ha riqualificato come mutuo ordinario e ritenuto che la mutuataria ricorrente avesse dedotto inammissibilmente l'invalidità del fondiario per ragioni sostanziali, non avendo formulato nei gradi di merito e in sede di legittimità apposita censura circa l'erronea attività interpretativa e qualificatoria svolta dal giudice).

Nel caso in esame, essendo denunciata per cassazione infondatamente l'invalidità del contratto stipulato tra le parti per contrasto con le norme riguardanti il mutuo fondiario, sul presupposto della corrispondenza di tale operazione negoziale che sia alla comune volontà delle parti, la riqualificazione d'ufficio del contratto come ordinario mutuo ipotecario non è operazione praticabile, risolvendosi in una impropria correzione o manipolazione del regolamento di interessi validamente convenuto tra le parti, al fine di privarlo in concreto dei relativi effetti legali.

In conclusione, si deve enunciare il seguente principio: qualora i contraenti abbiano inteso stipulare un mutuo fondiario corrispondente al modello legale (finanziamento a medio o lungo termine concesso da una banca garantito da ipoteca di primo grado su immobili), essendo la loro volontà comune in tal senso contestata (o, quando contestata, accertata dal giudice di merito), non è consentito al giudice riqualificare d'ufficio il contratto, al fine di neutralizzarne gli effetti legali propri del tipo o sottotipo negoziale validamente prescelto dai contraenti per ricondurlo al tipo generale di appartenenza (mutuo ordinario) o a tipi contrattuali diversi, pure in presenza di una contestazione della validità sotto il profilo del superamento del limite di finanziabilità, la quale implicitamente postula la corretta qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario.

10. Il ricorso è quindi rigettato.

La complessità delle questioni trattate, di massima di particolare importanza, e le divergenze interpretative emerse in seno alla Corte e nella giurisprudenza di merito inducono a compensare le spese del giudizio.

*P.q.m.*, la Corte rigetta il ricorso e compensa le spese.

**Superamento dei limiti di finanziabilità del mutuo fondiario: la Suprema Corte respinge la tesi della nullità anche (o principalmente) per finalità di giustizia sostanziale**

La questione sottoposta alle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione è stata sollevata dalla

Sezione I della Corte, con l'ordinanza n. 4117/2022 (1), in seguito alla proposizione del ricorso per Cassazione proposta dalla curatela fallimentare avverso una sentenza della Corte d'appello di Venezia, con la quale, in parziale accoglimento dell'appello proposto da una società finanziatrice, ammetteva quest'ultima al passivo del fallimento in via ipotecaria, con ciò riformando il provvedimento del giudice delegato che, invece, aveva ammesso il credito in via chirografaria, motivando il diniego del privilegio ipotecario con l'insussistenza del mutuo fondiario e la revocabilità della prelazione *ex art 67, c. 2, della legge fallimentare*. Il giudice di secondo grado, invece, affermava che il superamento dei limiti di finanziabilità stabiliti dalla Banca d'Italia (costituito dall'ottanta per cento del valore del bene ipotecato), come previsto nell'art 38, c. 2, t.u.b., non determina alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario, sia perché non si tratta di norma imperativa, la cui violazione provoca la nullità virtuale, sia perché non è applicabile alla fattispecie l'ipotesi di nullità testuale indicata nell'art. 117, c. 8, t.u.b.

La Suprema Corte è stata chiamata, dunque, a pronunciarsi su una questione di particolare importanza concernente la sorte del mutuo fondiario concesso in violazione dei limiti di finanziabilità richiamati dall'art. 38, c. 2, d.lgs. n. 385/1993, alla luce del contrasto giurisprudenziale sviluppatosi in seno alla stessa Suprema corte e delle possibili implicazioni, anche di natura processuale, che la soluzione prescelta potrebbe causare al sistema creditizio e, in generale, alle parti del rapporto negoziale, anche in ordine al regime delle garanzie accordate dall'ordinamento al creditore ipotecario.

In particolare, l'art. 38 t.u.b., nel definire la nozione di credito fondiario, come quello avente per oggetto la concessione, da parte di un Istituto di credito, di un finanziamento a medio e a lungo termine garantito da ipoteca di primo grado sull'immobile, demanda alla Banca d'Italia, in conformità alle delibere Cicer, il compito di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi. La norma non contempla, invece, conseguenze in caso violazione della soglia che la delibera Cicer del 22 aprile 1995, recepita dalla Banca d'Italia, con aggiornamento del 26 giugno 1995, con la circolare del 29 marzo 1988, n. 4 (recante "Istruzioni in materia di particolari operazioni di credito" in G.U., s.g., 5 luglio 1995, n. 155) ha stabilito nell'ottanta per cento del valore dei beni

(1) Cfr. Cass., Sez. I., ord. 9 febbraio 2022, n. 4117, "La Sezione prima civile della Cassazione ha rimesso gli atti al Primo presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite della questione di massima ritenuta di particolare importanza se, in tema di credito fondiario, in caso di superamento del limite di finanziabilità *ex art. 38, c. 2, d.lgs. n. 385/1993*, il contratto debba considerarsi nullo, con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti, oppure se tale conseguenza non sia configurabile in assenza del carattere imperativo della norma violata".

ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, aumentabile al cento per cento in presenza di garanzie integrative.

Un primo orientamento, espresso dalle sentenze "gemelle" della Cassazione nel 2013 (Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, n. 26672 (2) e 6 dicembre 2013, n. 27380), ha escluso che il limite indicato nell'art. 38, c. 2, t.u.b. costituisca un'ipotesi rientrante nella nullità testuale prevista dall'art. 117, c. 8, t.u.b.

Detta norma, infatti, conferisce alla Banca d'Italia un potere conformativo su certi contratti, previo inserimento di clausole tipo nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole, la cui violazione dà luogo a nullità di protezione, invece, la disposizione di cui all'art. 38 t.u.b. conferisce alla Banca d'Italia il potere di determinare la "soglia di finanziabilità" del mutuo, il quale attiene ad un elemento (oggetto) già tipizzato del contratto.

Di talché, la nullità *ex art. 117, c. 8, t.u.b.*, testuale e protettiva, dei contratti difformi dalle clausole tipo imposte dalla Banca d'Italia, non può sussumersi nella diversa fattispecie indicata nell'art. 38 t.u.b. anche per la diversità di interessi tutelati dalle due norme.

La Cassazione, nella citata sent. n. 26672/2013, ha sostenuto che "l'art. 38 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, che, a tutela del sistema bancario, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, attiene ad un elemento necessario del contratto concordato fra le parti, qual è l'oggetto negoziale, e, pertanto, non rientra nell'ambito della previsione di cui all'art. 117 del medesimo decreto, il quale attribuisce, invece, all'istituto di vigilanza un potere "conformativo" o "tipizzatorio" del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole; ne deriva che il superamento del limite di finanziabilità non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario (conforme Cass., 4 novembre 2015, n. 22446 (3))".

(2) Cfr. Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, n. 26672, in <www.ilcaso.it>, 2013 "L'art. 117, c. 8, d.lgs. n. 385/1993 (Tub) risulta attribuire alla Banca d'Italia un potere, definito dalla migliore dottrina conformativo o tipizzatorio, in ragione del quale essa può stabilire il contenuto di certi contratti (così come di determinati titoli) prevedendo clausole tipo da inserire nelle categorie di contratti previsti. L'art. 38 del d.lgs. n. 385/1993 (Tub) invece conferisce alla Banca d'Italia non già il potere di stabilire una certa clausola del contratto di mutuo fondiario, bensì solo quello di determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l'oggetto del contratto e che è quindi un elemento di per sé già tipizzato e costituente una clausola necessaria. Del resto, che il limite di finanziabilità di cui all'art. 38, d.lgs. n. 385/1993 (Tub), non rientri in una delle ipotesi indeterminate di cui all'art. 117 d.lgs. n. 385/1993 (Tub), è dimostrato dal fatto che in questo caso il legislatore ha espressamente previsto quale fosse il contratto su cui la Banca d'Italia dovesse intervenire e quale fosse la disposizione secondaria da introdurre, senza lasciare a quest'ultima ogni valutazione circa la scelta del tipo di contratto su cui operare un intervento tipizzatorio e la scelta di quale clausola inserire".

(3) Cfr. Cass., Sez. VI, ord. 4 novembre 2015, n. 22446.

Ed invero, la tesi della non riconducibilità della previsione dell'art. 38, c. 2, t.u.b. alla nullità testuale dell'art. 117, c. 8, t.u.b., è stata condivisa dalle Sezioni unite in commento, e sostenuta da tutti gli orientamenti emersi in giurisprudenza, per i quali, invece, il contrasto interpretativo ha riguardato la sorte del mutuo fondiario concesso per un importo eccedente il limite di finanziabilità indicato nell'art. 38, c. 2, t.u.b. e della relativa ipoteca.

Secondo il primo orientamento seguito dalla Suprema corte di cassazione nel 2013 (così, Cass. n. 26672/2013, cit.), infatti, il superamento del suddetto limite di finanziabilità non configura un'ipotesi di nullità virtuale per violazione di norme imperative, non incidendo sul sinallagma contrattuale ed essendo norma sul comportamento della banca, la cui violazione non dà luogo a nullità, con ciò riprendendo la nota distinzione tra norma atto e norma comportamento.

Secondo la Suprema Corte, ove non altrimenti stabilito dalla legge, *“unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere eventualmente fonte di responsabilità, ovvero quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi”*.

A tale proposito, il limite di finanziabilità dei mutui fondiari è una disposizione imperativa che non incide sul sinallagma contrattuale, ma investe esclusivamente il comportamento della banca, tenuta a rispettare il limite prudenziale stabilito dalla suddetta norma e dalla circolare del Cicer del 1995, la cui violazione potrà comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonché eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo.

Inoltre, il rispetto del limite del finanziamento non è una circostanza rilevabile dal contratto, ma all'esito di una consulenza tecnica che accerti, per il tramite di valutazioni estimatorie che presentano margini di opinabilità ed incertezze, il reale valore del cespite. Sicché, anche per tale ragione, la sanzione della nullità è sproporzionata.

Infatti, la *ratio* della normativa sul credito fondiario ha una duplice finalità, ovvero quella di garantire il ricorso al mutuo fondiario e, al tempo stesso, il sistema creditizio delle banche impedendo l'erogazione smisurata di finanziamenti non sufficientemente garantiti.

La scorrettezza del comportamento della banca potrebbe, dunque, produrre riflessi sull'intero mercato, anche verso gli altri creditori, tuttavia, alla tutela di tale interesse sono preordinati il sistema dei controlli, facenti capo all'autorità di vigilanza, ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, sicché, applicando la teoria del minimo mezzo, viene ritenuta sufficiente la sanzione amministrativa.

Viene inoltre rilevato che, far discendere dal superamento del limite di erogabilità del mutuo ipotecario la nullità del contratto, e la connessa garanzia ipotecaria, condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intende proteggere.

In senso critico rispetto alla tesi su esposta, un altro orientamento giurisprudenziale ha sostenuto la nullità totale del contratto per il superamento della soglia di finanziabilità del mutuo fondiario, salvo la possibilità di operare, sussistendone i presupposti, la conversione in un contratto diverso (art. 1424 c.c.).

Secondo quest'ultimo orientamento, seguito dalla Suprema corte di cassazione nel 2017 (Cass., Sez. I, 13 luglio 2017, n. 17352 (4)), la prescrizione del limite massimo di finanziabilità da parte della banca, ex art. 38, c. 2, d.lgs. n. 385/1993, si inserisce tra gli elementi essenziali del contratto di mutuo fondiario, il cui mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario, ove ne sussistano i relativi presupposti, su istanza della banca nel primo momento utile successivo alla rilevazione della nullità), e costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *“quantum”* della prestazione creditizia che tende a favorire la mobilizzazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività d'impresa.

La *ratio* della norma, secondo la tesi in commento, risponde alla necessità di un'analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali, sicché la norma non è volta a tutelare la stabilità patrimoniale di una singola banca, ma persegue interessi economici nazionali che giustificano, in considerazione della natura pubblica dell'interesse tutelato, il trattamento di favore che riceve la banca che eroga il finanziamento, sul versante del consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria (art. 39 t.u.b.) e della peculiare disciplina del processo esecutivo individuale attivabile pur in coesistenza di fallimento (art. 41 t.u.b.).

Entrambe le tesi esposte qualificano l'art. 38 t.u.b. come una norma imperativa, anche se pervengono ad esiti diametralmente opposti rispetto alla sorte del contratto di mutuo eccedentario.

Riprendendo la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità valorizzata delle S.U. della Corte di cassazione nel 2007 (Cass., S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 (5) e 26725) secondo cui *“la*

(4) Cfr. Cass., Sez. I, 13 luglio 2017, n. 17352, in *Foro it.*, 2017, I, 3379, con nota di A. Crozzoli *“Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario comporta la nullità integrale del contratto di finanziamento e della connessa garanzia ipotecaria, per violazione di norma imperativa attinente ad un elemento intrinseco della fattispecie, salva la possibilità di conversione del contratto nullo in un finanziamento ipotecario ordinario, ove ne sussistano i requisiti”*.

(5) Cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 525, con nota di V. Roppo, F. Bonaccorsi *“In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme im-*

*violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità*”, per una tesi, la violazione della suddetta norma imperativa può comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario nonché eventuale responsabilità, mentre per il secondo degli orientamenti esposti, la nullità del contratto, atteso che il superamento del limite di finanziabilità incide non tanto sul versante del comportamento quanto, e soprattutto, sul versante dell'oggetto.

La limitazione dell'importo del mutuo, e della garanzia ipotecaria, costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata, il cui superamento comporta la nullità integrale del contratto di finanziamento e della connessa garanzia, per violazione di norma imperativa attinente ad un elemento intrinseco della fattispecie, salva la possibilità di conversione del contratto nullo in un finanziamento ipotecario ordinario, ove ne sussistano i requisiti.

Di talché, con l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, la Sezione I, ricostruito il dibattito giurisprudenziale, ha sollevato dubbi in merito all'applicabilità del rimedio della nullità virtuale *ex art. 1418, c. 1, c.c.* del contratto di mutuo e dell'ipoteca, in ragione dell'effettivo carattere imperativo della norma violata.

L'ordinanza, con una argomentazione piuttosto debole, premette che l'ammontare massimo dei finanziamenti viene definito con provvedimento della Banca d'Italia che costituisce, non già norma primaria, bensì fonte subordinata, senza con ciò considerare che, quando la legge delega al provvedimento amministrativo la fissazione dei limiti all'autonomia negoziale, violare il provvedimento corrisponde alla violazione di legge. In ogni caso, sollecita un'interessante indagine sulla caratura dell'interesse protetto dalla norma, il quale potrebbe avere natura non di interesse generale ma settoriale dell'istituto di credito contro rischi eccessivi di esposizione finanziaria.

La suddetta ordinanza, sul presupposto del difficile utilizzo della conversione del contratto nullo (che richiede l'ignoranza di entrambe le parti circa l'invalidità del contratto stipulato e, sotto il profilo processuale, che l'istanza venga formulata nella prima difesa utile successiva al rilievo della nullità), ha proposto un percorso alternativo alla nullità che “*potreb-*

---

*perative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. 'nullità virtuale'), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità*”.

*be essere costituito dalla riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal nomen iuris adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari*” (così, ord. Cass., Sez. I, 9 febbraio 2022, n. 4117, cit.).

Le Sezioni unite con la sentenza in commento (6), intervengono a dirimere il contrasto giurisprudenziale e, anticipando la conclusione, aderiscono alla tesi della validità del contratto di mutuo sulla base di svariate ragioni, anche di giustizia sostanziale.

In particolare, gli ermellini escludono la configurabilità di una nullità testuale del contratto di mutuo per superamento del limite massimo di finanziabilità, in mancanza di una espressa previsione normativa in tal senso, così come invece diversamente previsto dall'art. 117, c. 8, t.u.b. e, in tal senso, si allineano alle tesi esistenti sul tappeto.

Rifiutano, altresì, la tesi della nullità virtuale del contratto di mutuo fondiario *ex art. 1418, c. 1, c.c.*, come sostenuta dalla Cassazione a partire dal 2017 evidenziando che, come costantemente indicato in giurisprudenza, le norme imperative, la cui violazione determina la nullità virtuale del contratto, sono quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti o (con diversa espressione) alle norme inderogabili concernenti la validità del contratto (così, Cass., S.U., n. 26724/2007, cit.) e non invece le regole di comportamento nella fase precontrattuale ed esecutiva del contratto, oltre che nella fase coincidente con la stipulazione del contratto.

Sostengono le Sezioni unite che “*una norma prima di essere imperativa dev'essere prescrittiva di un contenuto, specifico e caratterizzante, inerente al sinallagma contrattuale che possa definirsi essenziale, la mancanza del (o difformità dal) quale renderebbe nullo il contratto (ex art. 1418, cc. 1 e 2, in relazione agli artt. 1343, 1345 e 1346 c.c.)*”.

Non è così, invece, per le disposizioni indicative di elementi meramente integrativi o accessori di uno dei requisiti del contratto, ovvero genericamente conformativi del modo di atteggiarsi del sinallagma in concreto, che difficilmente potrebbero assumere le sem-

---

(6) «*In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità di cui all'art. 38, c. 2, d.lgs. n. 385/1993, non è elemento essenziale del contenuto del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione, qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all'Autorità di vigilanza sul sistema bancario di fissare il limite di finanziabilità nell'ambito della "vigilanza prudenziale" (cfr. artt. 51 ss. e 53 Tub), la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), potrebbe condurrebbe al risultato di pregiudicare proprio l'interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito*».

bianze di norme (imperative) di fattispecie o di struttura negoziale: è questo il caso dell'art. 38, c. 2, t.u.b.

Infatti, l'art. 38 t.u.b. definisce il contenuto essenziale del contratto di mutuo fondiario, mentre il secondo comma assegna all'Autorità di vigilanza il compito di fissare il limite massimo dei finanziamenti che le banche sono tenute ad osservare nel rapporto con i terzi clienti mutuatari, limite quest'ultimo fissato (conformemente a deliberazione Cicr) nell'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo dei lavori da eseguire su detti beni, peraltro aumentabile fino al cento per cento, quindi non inderogabile, in presenza di ulteriori garanzie offerte dalla parte mutuataria. La violazione della predetta prescrizione non può, pertanto, incidere sul sinallagma contrattuale e determinare, in caso di violazione, il travolgimento dell'intero contratto.

Secondo i giudici della Suprema corte, la stessa formulazione della norma, non consente di ritenere percorribile la strada della nullità. Infatti, né la norma primaria (art. 38 t.u.b.) né la norma secondaria (delibera Banca d'Italia) contengono indicazioni in ordine ai criteri di stima del valore dei beni immobili, cui è rapportato in via percentuale l'ammontare massimo del finanziamento, e al periodo di esecuzione della stessa e, in ogni caso, la determinazione del valore è oggetto di un comportamento dell'istituto che la esegue in fase precontrattuale e contrattuale, il cui esito, trasfuso nel testo negoziale, senza costituire un requisito di forma prescritto *ad substantiam*, è suscettibile di valutazione del comportamento negoziale tenuto dalle parti, e non costituisce invece criterio di validità.

Le Sezioni unite evidenziano, come già in precedenza stabilito, che la nullità virtuale *“deve discendere dalla violazione di norme aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale è la nullità del rapporto negoziale”* (Cass., S.U., 13 marzo 2022, n. 8472 (7)).

Ammettere una forma così grave di invalidità a fronte di una violazione non immediatamente percepibile dal testo contrattuale, che richiede valutazioni tecniche opinabili compiute *ex post* da esperti del settore, ai fini del giudizio sul rispetto del limite di finanziabilità, significherebbe minare la sicurezza dei traf-

fici ed esporre il contratto in corso ad incertezze derivanti da eventi successivi dipendenti dal comportamento delle parti nella fase esecutiva.

Gli ermellini, condividono il percorso argomentativo sviluppato nell'ordinanza di rimessione, ammettendo che la determinazione della percentuale massima di finanziamento, come definita dalla Banca d'Italia, costituisce *“indubbiamente”* l'oggetto del contratto, però escludono che sia configurabile una nullità per un vizio incidente su elementi essenziali intrinseci alla fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, in quanto la suddetta percentuale rappresenta una *“specificazione”* di tipo quantitativo della fattispecie contrattuale, non aggiungendo nessun ulteriore elemento costitutivo alla fattispecie stessa.

Anche guardando all'interesse tutelato dalla norma, la sentenza esclude l'imperatività della disposizione di cui all'art. 38, c. 2, t.u.b.

Ed infatti, la Suprema corte, pur considerando l'evoluzione giurisprudenziale che utilizza tale nozione di nullità negoziale – e quella di norma imperativa – come strumento di reazione dell'ordinamento rispetto alle forme di programmazione negoziale lesive di valori giuridici fondamentali (già emersa nel dibattito legato alla distinzione reati contratto – reati in contratto), evidenzia come questo criterio sostanzialistico dell'interesse tutelato sia un *«segno del passaggio dal “dogma della fattispecie” al “dogma dell'interesse pubblico”, intendendosi con quest'ultima espressione segnalare, in termini critici, l'eccessiva genericità della nozione e discrezionalità rimessa al giudice nell'individuazione di sempre nuove ipotesi di nullità, in potenziale frizione con la libertà negoziale e di impresa, seppur nel bilanciamento di altri valori costituzionali»* (così, Cass., S.U., n. 8472/2022, cit.).

Di talché, il silenzio serbato da legislatore, sulle conseguenze della violazione del limite di cui all'art. 38, c. 2, t.u.b., è decisivo nel senso di escludere la nullità.

A parere dei giudici della Cassazione, dunque, non solo l'art. 38, c. 2, t.u.b. incide sulla struttura o contenuto del negozio solo per *“specificazione”*, ma deve escludersi la natura imperativa della disposizione citata anche alla luce dell'interesse tutelato che non può dirsi automaticamente posta a presidio dell'interesse pubblico o di obiettivi economici generali, *“quale non è quello di cui si tratta che mira a preservare la stabilità patrimoniale degli istituti di credito e impedire il verificarsi di situazioni di squilibrio tra garanzie acquisite e concessione di credito”* (così, Cass., S.U., n. 33719/2022, cit.).

In ogni caso, soggiunge la pronuncia, pur ipotizzando in astratto la natura imperativa della disposizione, non ogni violazione di norma imperativa può dare luogo ad una nullità contrattuale, ma solo quella che pone il contratto in contrasto con lo specifico interesse che la norma imperativa intende tutelare.

Le Sezioni unite condividono il timore palesato dall'ordinanza di rimessione, ovvero che la nullità (e il

(7) Cfr. Cass, S.U., 13 marzo 2022, n. 8472, in *La Nuova Giur. civ.*, 2022, 4, 755, con nota di G. Vulpiani *“La nullità negoziale, ex art. 1418, c. 1, c.c., deve discendere dalla violazione di norme (tendenzialmente, seppur non necessariamente, proibitive) aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (come, nella specie, la stabilità e integrità dei mercati), cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentali della Ue, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (art. 41, cc. 1 e 2)”*.

travolgimento del contratto) potrebbe condurre al risultato paradossale di pregiudicare proprio la stabilità patrimoniale della banca che la norma vuole proteggere.

Inoltre, gli effetti negativi di tale situazione si estenderebbero anche alle parti contrattuali, in quanto la banca, perdendo la garanzia ipotecaria, sarebbe esposta al rischio di non recuperare l'importo finanziato in sede di esecuzione forzata e, allo stesso tempo, il mutuatario si troverebbe costretto a restituire immediatamente il finanziamento ottenuto, con tutte le conseguenze sul proprio patrimonio e sull'attività di impresa.

La scelta di politica economica compiuta dal legislatore è stata quella di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare, ampliando la possibilità di far ricorso ai finanziamenti, dietro concessioni di particolari garanzie a tutela della stabilità finanziaria degli istituti di credito.

Pertanto, non è configurabile una nullità del contratto di mutuo fondiario e della relativa garanzia ipotecaria, rimanendo la questione delle conseguenze disciplinari dell'istituto di credito, cui sia imputabile il superamento di detto limite, rilevanti sul diverso piano dei rapporti con l'autorità di vigilanza.

Le Sezioni unite in commento formulano il seguente principio di diritto: *«In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità di cui all'art. 38, c. 2, d.lgs. n. 385/1993, non è elemento essenziale del contenuto del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione – qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all'Autorità di vigilanza sul sistema bancario di fissare il limite di finanziabilità nell'ambito della "vigilanza prudenziale" (cfr. artt. 51 ss. e 53 t.u.b.) – la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), potrebbe condurrebbe al risultato di pregiudicare proprio l'interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito».*

DANIELA COSTAGEORGOS

39615 – Corte di cassazione, Sezione IV penale, sentenza 20 ottobre 2022; Pres. ed Est. Ciampi, P.M. Perelli; Scm Group c. *Omissis*.

*Annulla con rinvio App. Bologna, 25 giugno 2020.*

**Reato in genere – Reati colposi – Responsabilità amministrativa dell'ente – Società – Violazioni di norme prevenzionistiche – Lesioni personali subite da un dipendente – Colpa di organizzazione – Esclusione.**

D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 l. 29 settembre 2000, n. 300, artt. 5, 25-*septies*.

*Nei reati colposi l'interesse o vantaggio per l'ente, quali criteri di imputazione ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 231/2001 non devono essere riferiti al reato nel suo complesso – quindi comprensivo dell'evento morte o lesioni- quanto esclusivamente alla condotta (nella specie, l'interesse, quale criterio soggettivo, si configura con la violazione delle norme antinfortunistiche, in quanto è proprio da tale violazione che la persona fisica ritiene di poter trarre un beneficio economico per l'ente, contrariamente, il vantaggio, quale criterio oggettivo, è legato all'effettiva realizzazione di un profitto in capo all'ente quale conseguenza della commissione del reato). (1)*

*Considerato in diritto – 4.* È opportuno procedere ad una generale ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale relativa all'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001, con particolare riferimento ai reati colposi.

Tradizionalmente estranea al nostro ordinamento, la responsabilità penale degli enti è stata introdotta dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il quale ha previsto un sistema di responsabilità amministrativa dipendente da reato gravante direttamente sull'ente. Il d.lgs. n. 231/2001 realizza una flessione del tradizionale principio espresso dal brocardo *societas delinquere non potest*, in favore di una forma di responsabilità dell'ente del tutto autonoma, ma connessa, legata ad un illecito amministrativo che dipende dalla realizzazione di un reato (sempre che esso rientri fra quelli previsti dal decreto) a sua volta perpetrato da una persona fisica.

La connessione in discorso è duplice. Dal punto di vista oggettivo, infatti, l'art. 5 del decreto richiede che la persona fisica abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Dal punto di vista soggettivo, inoltre, il medesimo articolo richiede la sussistenza di un rapporto fra la persona fisica e l'ente. In particolare, due possono essere i rapporti rilevanti: *ex art. 5, c. 1, lett. a)*, la persona fisica può trovarsi in posizione apicale all'interno dell'organizzazione dell'ente, ovvero, *ex*

(1) Segue la nota di S. Miriello, *La responsabilità amministrativa degli enti derivante dalla violazione della normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*.

art. 5, c. 1, lett. b), può essere sottoposta all'altrui direzione.

La lett. a) tipizza il c.d. principio di identificazione, per il quale l'ente si identifica nel soggetto in posizione apicale e così, dunque, è come se avesse direttamente commesso il reato. È tuttavia previsto un temperamento: l'ente non risponde se prova la sussistenza di tutti e quattro i criteri appositamente previsti dal successivo art. 6, c. 1, ossia l'esistenza e la corretta attuazione di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi. Nel caso dei soggetti di cui alla lett. b), invece, ci troviamo di fronte ad una vera e propria fattispecie colposa, prevista dall'art. 7 del decreto, a norma del quale l'ente risponde se non ha rispettato i propri obblighi di direzione o di vigilanza, i quali fanno capo al modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal decreto e considerato dai cc. 2, 3 e 4 dell'art.

La responsabilità degli enti può dunque essere definita come una vera e propria responsabilità da colpa di organizzazione, caratterizzata dal malfunzionamento della struttura organizzativa dell'ente, la quale dovrebbe essere volta – mediante adeguati modelli – a prevenire la commissione di reati. Le Sezioni unite hanno infatti al riguardo affermato che, in tema di responsabilità da reato degli enti, la colpa di organizzazione, da intendersi in senso normativo, è fondata sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individui i rischi e delinea le misure atte a contrastarli (Cass., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261114).

Quanto alla natura, penale od amministrativa, della responsabilità ex decreto n. 231, la giurisprudenza ha ormai chiarito che si è in presenza di un *tertium genus*, il quale, coniugando i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, configura un sistema di responsabilità compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza (Cass., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261112). Parimenti, si è chiarita anche la natura autonoma della responsabilità dell'ente rispetto a quella penale della persona fisica che ponga in essere il reato-presupposto.

Ai sensi dell'art. 8 del decreto, rubricato per l'appunto "autonomia della responsabilità dell'ente", la responsabilità dell'ente deve essere, infatti, affermata anche nel caso in cui l'autore del suddetto reato non sia stato identificato, non sia imputabile ovvero il reato sia estinto per causa diversa dall'amnistia (Sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, P.M. in proc. Citibank, Rv. 255414; Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, Bonomelli, Rv. 267048).

Ciò significa che la responsabilità amministrativo-penale da organizzazione prevista dal d.lgs. n.

231/2001 investe direttamente l'ente, trovando nella commissione di un reato da parte della persona fisica il solo presupposto, ma non già l'intera sua concretizzazione. La colpa di organizzazione, quindi, fonda una colpevolezza autonoma dell'ente, distinta anche se connessa rispetto a quella della persona fisica.

Tanto chiarito in generale sul sistema di responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/2001, occorre soffermare l'attenzione sulla sua compatibilità rispetto alla commissione di reati colposi. Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dal fatto che, come noto, il modello repressivo previsto dal d.lgs. n. 231/2001 è un modello c.d. chiuso, dal momento che la commissione non di qualsiasi reato importa altresì la responsabilità dell'ente, ma solamente quella dei reati tassativamente e nominativamente previsti dalla sezione III del capo I (artt. 24 ss.) del decreto medesimo.

Originariamente, i delitti colposi di omicidio e lesioni personali sul lavoro non facevano parte dell'elenco. Successivamente, l'art. 9 c. 1, l. 3 agosto 2007, n. 123 ha inserito al decreto l'art. 25-*septies* (Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro), poi ulteriormente modificato, nell'attuale configurazione, dall'art. 300, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. In questo modo, lo schema di responsabilità degli enti è stato esteso anche alla commissione dei delitti colposi contro la vita e l'incolumità personale.

Fin dall'introduzione dell'art. 25-*septies*, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla compatibilità del modello di imputazione obiettiva previsto dall'art. 5 con il paradigma dei delitti colposi. Ci si è in particolare domandati come fosse possibile che potesse sussistere la responsabilità dell'ente in presenza di morte o lesioni colpose causate dalle persone fisiche previste dal decreto se il criterio oggettivo indispensabile per ritenere la sussistenza di tale responsabilità è quello della commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Per loro stessa natura, i reati colposi causalmente orientati, fondati sulla mancata volontà dell'evento lesivo, appaiono radicalmente inconciliabili con l'idea stessa di interesse o vantaggio dell'ente. È evidente, infatti, che nessun interesse o vantaggio può essere perseguito dalla persona fisica che si renda autrice di un delitto colposo, in cui l'evento non soltanto è involontario, ma è anche assolutamente in contrasto, per sua stessa natura, con qualsivoglia interesse per l'ente. Dalla morte o dalle lesioni dei propri lavoratori, infatti, l'ente non ha assolutamente nulla da guadagnare, né sul piano economico, né su quello di immagine. Ritenere, tuttavia, che i delitti colposi siano radicalmente inconciliabili con l'art. 5, d.lgs. n. 231/2001 avrebbe significato abrogare di fatto l'art. 25-*septies*.

Perciò, la giurisprudenza ha elaborato un criterio di compatibilità che, in mancanza di una riformulazione del tessuto normativo in senso maggiormente conferente alle "esigenze" dei delitti colposi, ha permesso di ritenere operativo il suddetto articolo. Si fa riferi-

mento, come noto, al criterio per cui, nei delitti colposi, l'interesse o vantaggio per l'ente, di cui all'art. 5, non deve riferirsi alla commissione dell'evento del reato, ma deve riguardare unicamente la condotta (S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261115).

È chiaro, infatti, che un interesse per l'ente può essere ottenuto dalla violazione delle norme antinfortunistiche solamente al momento della condotta ed al netto dell'evento, *sub specie* di risparmio di spesa o di accelerazione e massimizzazione della produzione. Valutando il comportamento del soggetto agente del reato, infatti, è al momento della condotta che si realizza quell'intento finalistico di procurare un vantaggio all'ente necessario a ritenere anche quest'ultimo responsabile, essendo l'evento del reato non voluto.

Ulteriore nodo problematico del rapporto fra d.lgs. n. 231/2001 e delitti colposi è rappresentato dal configurarsi dei criteri di "interesse" o "vantaggio" in relazione alla colpa. Occorre al riguardo ripercorrere lo sviluppo giurisprudenziale relativo ai due parametri di imputazione obiettiva di cui all'art. 5. Nonostante esistano teorie c.d. unitarie, per cui interesse e vantaggio incarnerebbero sostanzialmente un unico criterio, trattandosi di tautologica ripetizione del medesimo concetto tramite due termini differenti, in giurisprudenza si è affermata la più corretta teoria per cui si tratterebbe, invece, di criteri diversi ed alternativi. In particolare, si è affermato che, in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e delle società, l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati "nel suo interesse o a suo vantaggio", non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse "a monte" per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obbiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato *ex ante*, sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale (Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, D'Azzo, Rv. 232957). Come si vede, i due criteri vengono tenuti nettamente distinti, vale a dire operanti su piani diversi, uno (l'interesse) su quello soggettivo e l'altro (il vantaggio) su quello oggettivo.

Così, l'interesse è il criterio soggettivo (indagabile *ex ante*) consistente nella prospettazione finalistica, da parte del reo-persona fisica, di arrecare un interesse all'ente mediante il compimento del reato, a nulla valendo che poi tale interesse sia stato concretamente raggiunto o meno. Il vantaggio, al contrario, è il criterio oggettivo (da valutare *ex post*), consistente nell'effettivo godimento, da parte dell'ente, di un vantaggio concreto dovuto alla commissione del reato. In altri termini, il richiamo all'interesse dell'ente valorizza una prospettiva soggettiva della condotta delittuosa posta in essere dalla persona fisica da apprezzare *ex ante*, mentre il riferimento al vantaggio evidenzia un dato oggettivo che richiede sempre una verifica *ex*

*post* (Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265, Banca Italease s.p.a., Rv. 258575).

Le Sezioni unite, a loro volta, hanno abbracciato tale impostazione, statuendo che, in tema di responsabilità da reato degli enti, i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001 all'"interesse" o al "vantaggio", sono alternativi e concorrenti tra loro, in quanto il criterio dell'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile *ex ante*, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo, mentre quello del vantaggio ha una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito (S.U. 24 aprile 2014, n. 38343, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261114). 6.2. Ultimo tassello del ragionamento è dato dall'applicazione di tali criteri ai reati colposi.

5. Venendo specificamente alle questioni poste dalla ricorrente, il primo motivo di ricorso è infondato e va pertanto disatteso. Si sostiene che la Corte territoriale avrebbe sul punto (sussistenza del reato presupposto) confermato la sentenza di prime cure con una motivazione "palesamente illegittima", "illogica e superficiale" in quanto "in aperto contrasto con la motivazione di primo grado, priva di correlazione con la imputazione contestata". In particolare si duole del fatto che sarebbero stati introdotti argomenti di colpa inediti e rispetto ai quali la società ricorrente mai si sarebbe potuta difendere (mancanza della puntuale osservanza delle prescrizioni del Dvr e della vigilanza circa il rispetto delle modalità imposte per la sicurezza nel corso delle operazioni).

6. Osserva la Corte: contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente alla società è stato espressamente contestato di aver "omesso di predisporre ed attuare le misure di prevenzione ed i modelli di organizzazione e gestione previsti *ex lege* idonei a scongiurare la commissione di reati", contestazione che era stata avanzata anche nei confronti delle persone fisiche e che è stata evidenziata anche nella sentenza del giudice di primo grado che oltre a sottolineare l'assenza di una adeguata formazione, ha posto in rilievo anche le carenze nella valutazione del rischio e la mancanza di un protocollo standard volto a regolamentare le diverse fasi di effettuazione dell'operazione manutentiva (p. 8 della sentenza di primo grado e p. 11 della sentenza di appello dove in particolare viene sottolineato che "presso la fonderia non vi era alcun divieto di accesso al silos durante lo svolgimento della procedura"), procedendo ad una compiuta verifica della sussistenza del fatto di reato, stante la intervenuta declaratoria di prescrizione adottata nei confronti delle persone fisiche.

La sentenza impugnata, al di là di alcune inesattezze semantiche inidonee a scalfirne la tenuta complessiva e la sua congruità logica, ha altresì puntualizzato a riguardo come il personale difettesse di puntuali istruzioni su come eseguire la manovra, ed in partico-

lare sulla necessità di una continua contezza della posizione dei colleghi. E del resto, significativamente, la stessa ricorrente sin dal ricorso in appello – come dato atto dalla stessa sentenza impugnata – ha cercato di sostenere di aver provveduto ad una rituale redazione del Dvr con una apposita disciplina dell'utilizzo del carro ponte e del silo.

7. Fondato ed assorbente si appalesa invece il motivo di ricorso su cui la ricorrente aveva già formulato apposito motivo di appello. La Corte territoriale è rimasta assolutamente silente sul punto, limitandosi ad affermare (p. 4) che “la scelta di operare in orario notturno deve ragionevolmente ritenersi dovuta dalla determinazione di recare il minore intralcio possibile alla produzione, dunque essere rispondente all'interesse dell'impresa di ottimizzare la produzione, ancorché con compressione dei livelli di sicurezza dei dipendenti.

Sulla scorta dell'impostazione tracciata dalle Sezioni unite sul caso *ThyssenKrupp*, e dunque sulla base della distinzione dei due criteri che si è sopra riportata, la giurisprudenza ha stabilito come debbano essere intesi l'interesse ed il vantaggio in riferimento ai delitti colposi di cui all'art. 25-septies, d.lgs. n. 231/2001. Si è chiarito che, in tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reati colposi di evento, i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001 all'interesse o al vantaggio, sono alternativi e concorrenti tra di loro e devono essere riferiti alla condotta anziché all'evento, pertanto, ricorre il requisito dell'interesse qualora l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di conseguire un'utilità per l'ente, mentre sussiste il requisito del vantaggio qualora la persona fisica ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto (Sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2544, Gastoldi ed altri, Rv. 268065; Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 24697, Mazzotti e altro, Rv. 268066).

Occorre partire da un dato assodato, vale a dire dalla diversità ed alternatività dei criteri dell'“interesse” e del “vantaggio”. Come visto, essi rappresentano due diversi criteri di imputazione oggettiva del reato all'ente, e non è dunque possibile parlare genericamente di “interesse” per l'ente onde farvi rientrare ogni tipo di profitto patrimoniale ottenuto dall'ente medesimo a seguito della commissione del reato. L'interesse è un criterio soggettivo, il quale rappresenta l'intento del reo di arrecare un beneficio all'ente mediante la commissione del reato.

Per questo, l'interesse è indagabile solamente *ex ante* ed è del tutto irrilevante che si sia o meno realizzato il profitto sperato. Ebbene, è evidente che, nei reati colposi d'evento, affinché l'interesse per l'ente sussista, sarà certamente necessaria la consapevolezza della violazione delle norme antinfortunistiche, in quanto è proprio da tale violazione che la persona fisica ritiene di poter trarre un beneficio economico per

l'ente (vale a dire un risparmio di spesa). Evidentemente, la sussistenza di tale consapevole violazione potrà apparire più evidente nei casi di colpa c.d. cosciente, o con previsione dell'evento, nei quali la volontà dell'agente non è diretta verso l'evento ed egli, pur avendo concretamente presente la connessione causale tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, si astiene dall'agire doveroso per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo (S.U. 24 aprile 2014, n. 38343, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261104). Egli, infatti, ripone la propria fiducia nella non verificazione dell'evento, ma, d'altra parte, è pienamente consapevole della violazione delle regole cautelari, e potrebbe porre in essere tale violazione proprio allo scopo, come spesso accade, di ottenere un risparmio di spesa.

La volontà di risparmiare è dunque indispensabile affinché sussista l'interesse dell'ente. Diversamente deve ragionarsi con riferimento al vantaggio. Esso è criterio oggettivo, legato all'effettiva realizzazione di un profitto in capo all'ente quale conseguenza della commissione del reato. Per questo deve essere analizzato, a differenza dell'interesse, *ex post*. Chiaramente, come si è detto, nei reati colposi si dovrà guardare solamente al vantaggio ottenuto tramite la condotta. La condotta, nei reati colposi d'evento contro la vita e l'incolumità personale commessi sul lavoro, è rappresentata dalla violazione delle regole cautelari antinfortunistiche, ed è dunque in riferimento ad essa che bisognerà indagare se, *ex post*, l'ente abbia ottenuto un vantaggio di carattere economico.

Qualora la persona fisica abbia violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto, allora potrà ravvisarsi il vantaggio per l'ente. In tale schema, marcatamente obiettivo, non è necessario che il reo abbia volontariamente violato le regole cautelari al fine di risparmiare, in quanto la mancanza di tale volontà rappresenta la sostanziale differenza rispetto all'interesse, ma solamente che risulti integrata la violazione delle regole cautelari contestate. In questo modo, il vantaggio viene rapportato alle specifiche contestazioni mosse alla persona fisica, salvaguardandosi il principio di colpevolezza ma allo stesso tempo permettendo che venga attinto da sanzione penale anche il soggetto che, in concreto ed obiettivamente, si è giovato della violazione cautelare, vale a dire l'ente.

Quanto, poi, alla consistenza del vantaggio, deve certamente trattarsi di importo non irrisorio, il cui concreto apprezzamento è rimesso alla valutazione del giudice di merito, che resta insindacabile ove congruamente ed adeguatamente motivata. Nel caso in esame la impugnata sentenza sulla scorta delle osservazioni che precedono è assolutamente carente.

Inoltre nulla viene detto dalla Corte territoriale nonostante uno specifico motivo di gravame sulla c.d. “colpa di organizzazione”, requisito che assolve la stessa funzione che la colpa assume nel reato com-

messo dalla persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico integrato dalla violazione “colpevole” (ovvero rimproverabile) della regola cautelare. Sotto questo profilo la Suprema Corte (cfr. Sez. IV n. 32899/2021) ha efficacemente osservato che proprio l’enfasi posta sul ruolo della colpa di organizzazione e l’assimilazione della stessa ala colpa, intesa quale violazione di regole cautelari, convince che la mancata adozione e l’inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione prefigurati dal legislatore rispettivamente agli artt. 6 e 7 del decreto n. 131/2001 [*recte*: 231] ed all’art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 non può assurgere ad elemento costitutivo della tipicità dell’illecito dell’ente, ma integra una circostanza *ex lege* a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione, che va però specificamente provata dall’accusa, mentre l’ente può dare dimostrazione dell’assenza di tale colpa.

Pertanto gli elementi costitutivi dell’illecito dell’ente, oltre alla compresenza della relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l’ente (c.d. immedesimazione organica), sono la colpa di organizzazione, appunto, il reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due.

8. Nella specie quindi la Corte territoriale non ha motivato sulla concreta configurabilità di una colpa di organizzazione dell’ente, non ha approfondito l’aspetto relativo al concreto assetto organizzativo adottato dall’impresa in tema di prevenzione dei reati della specie di quelli del quale qui ci si occupa, né ha stabilito se tale elemento abbia avuto incidenza causale rispetto alla verifica del reato presupposto. La impugnata sentenza va pertanto annullata con riferimento alle osservazioni sopra formulate, restando così assorbito l’ultimo motivo di impugnazione.

*P.q.m.*, annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte d’appello di Bologna.

### **La responsabilità amministrativa degli enti derivante dalla violazione della normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro**

La sentenza in esame consente di affrontare, da una parte, la tematica della responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro e, dall’altra, quella della c.d. “colpa di organizzazione”, che è si pongono al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ragione della peculiarità della materia sotto il profilo giuridico.

La responsabilità del soggetto collettivo può configurarsi qualora sussistano i requisiti sanciti dall’art. 5 che disciplina il criterio di imputazione c.d. oggettiva, vale a dire il primo livello di ascrizione del reato all’ente. L’illecito amministrativo a carico dell’ente si configura, infatti, quando la commissione del reato presupposto – da parte delle persone fisiche che agiscono per suo conto – sia posto in essere per la realiz-

zazione di un interesse o vantaggio a favore dell’ente stesso. Siffatti concetti, secondo un oramai consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, sono alternativi e concorrenti tra loro, in quanto l’interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile *ex ante*, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo; il vantaggio ha, invece, una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivanti dalla realizzazione dell’illecito.

Al criterio di imputazione oggettiva, si aggiunge il secondo livello, basato su un criterio di imputazione stavolta a carattere soggettivo, disciplinato dai successivi artt. 6 e 7.

Sotto tale profilo, nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto apicale, il legislatore ha previsto una presunzione di colpevolezza che si traduce in un’inversione dell’onere della prova in forza del quale, ai fini dell’esonero da responsabilità, l’ente deve dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato modelli organizzativi idonei a prevenire il rischio reato; di aver conferito all’Organismo di vigilanza il compito di vigilare sull’osservanza ed esecuzione dei modelli; oppure che il reato sia stato commesso violando fraudolentemente i modelli.

Contrariamente, nel caso in cui il reato sia posto in essere da un soggetto subordinato, la responsabilità dell’ente non si configura se l’ente, prima della commissione del fatto, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo (Mog) idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

La responsabilità degli enti può dunque essere definita come una vera e propria responsabilità da colpa di organizzazione, caratterizzata dal malfunzionamento della struttura organizzativa dell’ente, la quale dovrebbe essere volta – mediante adeguati modelli – a prevenire la commissione di reati. In tal senso la giurisprudenza ha stabilito che, in tema di responsabilità da reato degli enti, “*la colpa di organizzazione, da intendersi in senso normativo. È fondata sul rimprovero derivante dall’inottemperanza da parte dell’ente dell’obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli*” (cfr. Cass., S.U. pen., 24 aprile 2014, n. 38343).

La pronuncia in esame, sottoposta al vaglio del giudice nomofilattico, trae origine dal ricorso presentato dalla ricorrente società Scm Group per essere stata condannata per i reati di cui agli artt. 5 e 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001 in relazione alle lesioni colpose patite da un dipendente della società a seguito della violazione delle norme poste a tutela della sicurezza sul lavoro. Avverso la sentenza emanata dalla Corte d’Appello di Bologna, in conformità con la sentenza

di primo grado del Tribunale di Rimini, ha proposto ricorso la società deducendo tre motivi di ricorso:

a) contraddittorietà ed illogicità della motivazione in relazione alla ritenuta sussistenza del reato presupposto;

b) violazione di legge e mancanza e manifesta illogicità della motivazione della sentenza impugnata in relazione alla sussistenza del requisito dell'interesse e del vantaggio ai sensi del d.lgs. n. 231/2001;

c) vizio di motivazione, sotto il profilo del calcolo della sanzione amministrativa e dell'importo delle quote.

Il primo motivo di ricorso risulta essere infondato, in quanto la Corte territoriale ha dettagliatamente motivato la configurazione del reato in relazione alla carente valutazione del rischio e la mancanza di un protocollo standard volto a regolamentare le diverse fasi di effettuazione dell'operazione di manutenzione, procedendo così a una compiuta verifica della sussistenza del fatto di reato.

Per quanto concerne il secondo motivo, invece, risulta essere fondato e offre lo spunto per affrontare l'annoso problema relativamente alla responsabilità degli enti derivante da reati colposi di morte o lesioni aggravate commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

L'art. 25-*septies*, introdotto successivamente all'emanazione del d.lgs. n. 231/2001, da un lato, ha colmato una grave lacuna in termini di tutela in un settore cruciale quale la criminalità d'impresa, dall'altro, ha determinato complessi problemi di armonizzazione con l'impianto del d.lgs. n. 231/2001, concepito, per alcuni aspetti, in funzione della criminalità dolosa d'impresa.

Sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate su come potesse configurarsi l'interesse o il vantaggio in presenza di reati quale morte o lesioni colpose. In tali fattispecie criminose, infatti, l'evento non è voluto dall'agente, ma si realizza per negligenza, imprudenza o imperizia o per violazione di regole cautelari e quindi l'ente non avrebbe nulla da guadagnare, né sul piano economico né su quello dell'immagine.

In ragione di ciò, una parte della dottrina aveva ritenuto incompatibile l'evento di questi reati con i concetti di interesse o vantaggio e per questo ne aveva sostenuto l'inapplicabilità della disciplina. Un'altra parte, invece, aveva elaborato una teoria di compatibilità, in forza del quale nei reati colposi i criteri di imputazione non devono essere riferiti al reato nel suo complesso – quindi comprensivo dell'evento morte o lesioni – quanto esclusivamente alla condotta.

La giurisprudenza, sin dalle prime applicazioni della disciplina del d.lgs. n. 231, ha condiviso la teoria della c.d. compatibilità tra le norme di cui agli artt. 589 e 590 c.p. e i criteri di imputazione oggettiva di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231/2001.

Pertanto, i criteri di imputazione oggettiva rappresentati dall'interesse e dal vantaggio ricorrono, rispet-

tivamente, il primo, quando il responsabile del reato sia contravvenuto la normativa cautelare con il consapevole intento di conseguire un risparmio di spesa per l'ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento; il secondo qualora l'autore del fatto criminoso abbia violato sistematicamente le norme antinfortunistiche, ricavandone oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso.

L'interesse si presenta come un criterio soggettivo che, nei reati di cui all'art. 25-*septies*, affinché si verifichi è necessario che ci sia la consapevolezza della violazione delle norme antinfortunistiche, in quanto è proprio da tale violazione che la persona fisica ritiene di poter trarre un beneficio economico per l'ente, l'infrazione potrà risultare più evidente nei casi di colpa c.d. cosciente o con previsione dell'evento. Contrariamente il vantaggio è un criterio oggettivo, legato all'effettiva realizzazione di un profitto in capo all'ente quale conseguenza della commissione del reato. Quanto poi alla consistenza del vantaggio deve trattarsi di un importo non irrisorio, il cui concreto apprezzamento è rimesso alla valutazione del giudice di merito, che resta insindacabile ove congruamente ed adeguatamente motivata.

Questa ricostruzione, effettuata dalla giurisprudenza di legittimità nella nota sentenza *Thyssenkrupp*, garantisce la compatibilità della responsabilità amministrativa degli enti derivante da fattispecie colpose con i dettami costituzionali dell'ordinamento penale e, in particolare, con il principio della responsabilità per fatto proprio.

Venendo specificatamente alle questioni poste dalla ricorrente, sulla scorta delle osservazioni che precedono, la sentenza impugnata è assolutamente carente.

Inoltre, la Corte territoriale rimane silente anche relativamente alla "colpa di organizzazione", nonostante costituisca un autonomo motivo di gravame. Tale requisito, come definito dalla giurisprudenza "*assolve la stessa funzione che la colpa assume nel reato commesso dalla persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico integrato dalla violazione 'colpevole' (ovvero rimproverabile) della regola cautelare*" (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899).

Sotto questo profilo, la Suprema Corte, ha efficacemente osservato che proprio l'enfasi posta sul ruolo della colpa di organizzazione e l'assimilazione della stessa alla colpa convince che la mancata adozione e l'inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione prefigurati dal legislatore non può assurgere ad elemento costitutivo della tipicità dell'ente, ma integra una circostanza *ex lege* a dimostrare che sussista la colpa di organizzazione, che va però specificatamente provata dall'accusa, mentre l'ente può dare dimostrazione dell'assenza di tale colpa.

Nella specie la Corte territoriale non ha motivato sulla concreta configurabilità di una colpa di organiz-

zazione dell'ente; pertanto, il giudice di nomofilachia, rimanendo così assorbito l'ultimo motivo di impugnazione, ha proceduto ad annullare la sentenza in esame.

La pronuncia in esame, quindi, si pone nel solco di quella giurisprudenza che al fine di rendere effettivo il sistema di prevenzione, posta alla base della *ratio* del d.lgs. n. 231/2001, richiede l'adozione di Modelli su misura con la realtà dell'ente ed effettivamente adeguati rispetto alla colpa di organizzazione che si vuole prevenire.

SAMANTHA MIRIELLO

\* \* \*