

FONDATO NELL'ANNO 1876
DA ENRICO SCIALOJA

ORRORE L'ITALIANO



ANNO CXLIX
N. 10 - OTTOBRE 2024

I: 2533-2844
II: 521-600
III: 485-536
IV: 453-504
V: 361-392

SI SEGNALANO IN QUESTO FASCICOLO

Confisca dell'immobile abusivo e salvezza dell'ipoteca
Corte cost. 3 ottobre 2024, n. 160 (I, 2543)

**Demolizione di edificio con ricostruzione
e distanze legali legittimamente preesistenti**
Cass., ord. 16 settembre 2024, n. 24764 (I, 2652)

Criptofonini e indagini digitali transfrontaliere
*Cass., sez. un., 29 febbraio-14 giugno 2024, nn. 23756
e 23755, Giorgi e Gjuzi (II, 526)*

**Social network e obbligo di vigilanza
sui contenuti pubblicati da terzi**
Agcm 5 marzo 2024, n. 31124 (III, 507)

**Clausola di parità delle tariffe nei contratti
conclusi tra piattaforma di prenotazione online
e strutture alberghiere**
Corte giust. 19 settembre 2024, causa C-264/23 (IV, 460)

continua SEGNALAZIONI

Sui presupposti di straordinaria necessità
e urgenza dei decreti legge
Corte cost. 25 luglio 2024, n. 146 (I, 2575)

In tema di rettificazione di sesso
Corte cost. 23 luglio 2024, n. 143 (I, 2583)

Governo del territorio e limiti dei poteri legislativi
di regioni e province autonome
*Corte cost. 15 luglio 2024, n. 125, e 4 luglio 2024,
n. 119 (I, 2615)*

**Pensione anticipata e computabilità
della contribuzione figurativa**
Cass. 17 settembre 2024, n. 24952 (I, 2649)

Passaggio transfrontaliero di cartella ipotecaria
al portatore (di diritto svizzero)
Cass. 5 settembre 2024, n. 23865 (I, 2671)

Fideiussione del socio, impresa familiare
e status di consumatore
Cass., ord. 2 settembre 2024, n. 23533 (I, 2685)

Requisiti per l'accesso alla Naspi e interpretazione della legge
Cass. 19 agosto 2024, n. 22922 (I, 2700)

In tema di tutela della Dop
Cass., ord. 26 luglio 2024, n. 20927 (I, 2710)

Donazione indiretta, azione di riduzione e collazione
Cass., ord. 12 luglio 2024, n. 19230 (I, 2718)

Cariche pubbliche elettive e obblighi contributivi
Cass., ord. 5 luglio 2024, n. 18396 (I, 2727)

Contratti di finanziamento: mancata indicazione del Tan
e determinabilità del tasso di interesse
Cass., ord. 13 giugno 2024, n. 16456 (I, 2730)

Pubblico impiego e ripetibilità dell'indebito oggettivo
*Cass., ord. 11 giugno 2024, n. 16150,
e 4 giugno 2024, n. 15597 (I, 2745)*

Fallimento in estensione (al socio apparente
e al socio occulto)
*Cass., ord. 6 maggio 2024, n. 12134, e 29 aprile 2024,
n. 11342 (I, 2761)*

In tema di conseguenze sulla dichiarazione
di fallimento della desistenza
dell'unico creditore istante
Cass., ord. 16 aprile 2024, n. 10175 (I, 2727)

**In tema di estinzione di società
e legittimazione degli ex soci**
Cass. 2 aprile 2024, n. 8633 (I, 2779)

Clausola contrattuale atipica
e giudizio di meritevolezza
Cass., ord. 20 marzo 2024, n. 7447 (I, 2788)

Sinistro stradale, rimborso dell'Iva
sul costo delle riparazioni
e danno da fermo del veicolo incidentato
Cass., ord. 21 settembre 2023, n. 27052 (I, 2801)

Ancora di pandori e pubblicità ingannevole
Trib. Torino, decr. 23 aprile 2024 (I, 2826)

In tema di rifiuti tessili
*Cass. 29 maggio-18 settembre 2024, n. 35000,
Lazzarin (II, 521)*

**Disciplina applicabile alle opere
parzialmente eseguite
in virtù di titolo edilizio decaduto
e non completate con nuovo titolo edilizio**
Cons Stato, ad. plen., 30 luglio 2024, n. 14 (III, 490)

Protezione dei consumatori
e indicazione dei prezzi dei prodotti
Corte giust. 26 settembre 2024, causa C-330/23 (IV, 453)

In tema di responsabilità solidale delle società
beneficiarie di una scissione
Corte giust. 29 luglio 2024, causa C-713/22 (IV, 476)

DIREZIONE, REDAZIONE E AMMINISTRAZIONE:

SOCIETÀ EDITRICE IL FORO ITALIANO
VIA LUDOVISI, 16 - 00187 ROMA

TEL. 06/3222992 - 3242027 - 3213606 - EMAIL: INFO@ILFOROITALIANO.IT

INFORMAZIONI E ABBONAMENTI: WWW.FOROITALIANO.IT - EMAIL: ORDINIFORO@LATRIBUNA.IT - TEL. 02/88184121

Autorizzazione del Tribunale di Perugia con decreto n. 30 del 23 dicembre 1952
Città di Castello - Tipografia SKA grafica srls - 2024

Spedizione in A.P. -45% - art. 2, comma 20/b, legge 662/96 - Filiale di Perugia; pubblicazione mensile; contiene inserto pubblicitario

NEL PROSSIMO FASCICOLO:

La nozione di realtà torna di moda sulla scorta delle variabili di mutuo che la pratica bancaria periodicamente provvede a coniare. Con un **quintetto di decisioni** (Cass., decr. 10 ottobre 2024, ord. 23 settembre 2024, n. 25458, 25 luglio 2024, n. 20764, 10 luglio 2024, n. 18903, e 30 gennaio 2024, n. 2779) che inducono a confrontarsi col c.d. **mutuo solutorio**, cioè ad estinzione di un debito pregresso nei confronti del mutuante, e col **mutuo condizionato**, ossia di una provvista erogata e al tempo stesso messa in deposito cauzionale, si vanno a scandagliare due fra le più turbolente problematiche d'area, che hanno finito per diventare l'epicentro di un conflitto fra creditori, con gli art. 2741 c.c. e 474 c.p.c. trasformati nel crocevia di una dinamica rimediale le cui traiettorie intercettano altrettanti luoghi classici delle tecniche di tutela: dalla revocatoria, ordinaria e fallimentare al mutuo notarile come titolo esecutivo, passando per il medio di una distinzione, tra frode alla legge e frode ai creditori, che, complice la nozione di causa in concreto, ha finito per ingarbugliare ancora di più uno scenario nel quale è revocata in dubbio persino la meritevolezza di mutui in apparenza senza erogazione o amputati del requisito della *traditio*. Le sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi su quando la *traditio* possa divenire sinonimo di disponibilità giuridica e sui presupposti a che un mutuo *sub condicione* valga da titolo esecutivo.

Cass., ord. 14 marzo 2024, n. 6871, esclude i consorzi tra enti locali di cui all'art. 31 Tuel dall'ambito applicativo dell'art. 6, comma 19, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, che dettava il c.d. **divieto di soccorso finanziario** nei confronti delle società a partecipazione pubblica (ora invece previsto, con formulazione molto simile, dall'art. 14, comma 5, Tusp). Questa norma vieta alle amministrazioni di erogare contributi straordinari nei confronti delle società partecipate che versino nella condizione di c.d. "perdita sistematica" (ovvero la reiterazione di perdite per tre esercizi consecutivi), a meno che l'operazione non sia contemplata da un idoneo piano di risanamento che rispetti i requisiti indicati dall'art. 14, comma 5, Tusp. Secondo l'ordinanza, quindi, agli enti locali è consentito sostenere finanziariamente i consorzi a cui partecipano, anche quando essi abbiano registrato perdite reiterate, purché l'operazione risponda a canoni di razionalità economica. Il principio espresso riveste una notevole importanza ai fini della corretta gestione finanziaria delle amministrazioni, in particolare di quelle locali, perché incide sensibilmente sul mantenimento di sane relazioni finanziarie con i loro (spesso numerosi) organismi partecipati o strumentali, e quindi sulla capacità delle amministrazioni di perseguire l'obiettivo dell'equilibrio di bilancio e di contribuire al rispetto dei vincoli di finanza pubblica (art. 97 e 119 Cost. e art. 1 l. 31 dicembre 2009 n. 196).

Cass. 26 marzo - 16 luglio 2024, n. 28594, Boenzi, prende posizione sugli effetti da riconoscersi a un **mutamento nella giurisprudenza delle sezioni unite** della Cassazione rispetto a fatti commessi dopo la pubblicazione di una prima sentenza che ne sanciva l'irrelevanza penale ma prima della pubblicazione di una successiva decisione che, in discontinuità rispetto a quella precedente, aveva attuato un **overruling in malam partem**. Il contesto è quello dell'accesso abusivo a sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.), sulla cui interpretazione, appunto, si sono pronunciate due volte le sezioni unite: in particolare, il secondo arresto viene descritto come un'inattesa "correzione di rotta" rispetto alla precedente lettura della norma incriminatrice. La corte decide, richiamando ampi stralci della storica Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, di **scusare l'imputato**, il quale ha agito confidando di porre in essere un atto lecito in ragione di una norma "vivente" dotata di particolare stabilità perché frutto proprio di un primo e, al tempo, unico pronunciamento delle sezioni unite.

Un paio di anni or sono Cons. Stato, sez. VI, ord. 10 ottobre 2022, n. 8650, rimetteva alla Corte di giustizia più questioni pregiudiziali in ordine all'esatta interpretazione del **concetto di «consumatore medio»** nella direttiva 2005/29/Ce. L'ordinanza chiedeva alla corte di precisare, in particolare, se nel delineare il concetto ci si dovesse attenere al modello dell'*homo oeconomicus*, di intrinseca razionalità, o a quello, emerso dalla più recenti acquisizioni di scienze cognitive e neuroscienze, di un uomo dotato di razionalità limitata. In attesa della pronuncia europea, la sesta sezione del **Consiglio di Stato** torna sul tema con due sentenze, rese l'una in data **17 maggio 2024, n. 4422**, e l'altra il **1° ottobre 2024, n. 7869**. Un doppio ritorno, che segna, però, un passo in avanti: se, infatti, la nozione di consumatore medio rimane, per così dire, *sub iudice*, in attesa di lumi dal Kirchberg, il Supremo consesso amministrativo statuisce che, là dove le norme già impongono di considerare tutte le circostanze del caso, nulla osta a considerare il consumatore per quel che concretamente può essere: un soggetto non sempre perfettamente razionale.

Lassanna Diarra è stato **calciatore professionista** tra il 2004 e il 2019. Nel mese di agosto 2013 aveva firmato un contratto quadriennale con un club di calcio professionistico russo, che appena un anno più tardi, nel mese di agosto 2014, dopo avergli contestato una serie di inadempimenti, ha chiesto alla Camera di risoluzione delle controversie della Fifa di condannare il calciatore alla corresponsione di una cospicua indennità (20 milioni di euro) per risoluzione del contratto senza giusta causa ai sensi dell'art. 17 del regolamento Fifa sullo *status* e sui trasferimenti dei giocatori. A detta del giocatore, però, l'operare congiunto di tali regole costituiva, da un lato, una restrizione alla libera circolazione dei calciatori nella misura in cui rendeva oltremodo difficile per i giocatori sotto contratto liberarsi da quest'ultimo e rispondere ad offerte di lavoro di altri club situati in altri Stati membri; e, dall'altro lato, una restrizione della concorrenza nella misura in cui dissuadeva i club dal farsi concorrenza sul mercato dei giocatori sotto contratto. Di qui un contenzioso che ha portato alla pronuncia della **Corte di giustizia in data 4 ottobre 2024**: pronuncia resa in esito a una procedura pregiudiziale, che tuttavia spazza ogni dubbio sul fatto che l'**attuale sistema Fifa**, codificato nel citato art. 17 Fifa Rstp, **non potrà più essere applicato**, perlomeno nelle ipotesi di risoluzione del contratto senza giusta causa da parte del calciatore (sempre che la fattispecie rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea), e dovrà essere sostituito con un nuovo meccanismo proporzionato all'obiettivo perseguito. L'intreccio tra sport e diritto va sempre più a complicarsi.

Hanno collaborato alla redazione di questo fascicolo:

Marco Annecchino – Vincenzo Ansanelli – Carlo Bona – Bruno Brancati – Domenico M. Callipo – Ermanno Calzolaio – Bruno Capponi – Leonardo Carbone – Geremia Casaburi – Paolo Comoglio – Giorgio Costantino – Valerio D’Alessandro – Gaetano D’Auria – Luigi de Angelis – Ciro De Lorenzo – Nicola de Luca – Maurizio De Paolis – Lorella Di Carlo – Sergio Di Paola – Angelo Dondi – Antonio Francesco Esposito – Massimo Fabiani – Elena Falletti – Maurizio Ferrari – Vincenzo Ferrari – Giovanni Fiandaca – Federica Floriana Ilacqua – Paolo Laghezza – Paola Maggio – Anastasia Palma – Vincenzo Paone – Angelina-Maria Perrino – Domiziano Pierantoni – Domenico Piombo – Vito Poli – Andrea Puliga – Giancarlo Ricci – Roberto Romboli – Luca Sabelli – Paolo Santarelli – Daniela Santarpia – Antonio Paolo Seminara – Antonio Tizzano – Aldo Travi – Veronica Virga – Emanuela Zito

Michele Scialoja, direttore responsabile
Roberto Pardolesi, condirettore
Valentina Cecconi, coordinatrice

Copyright e limitazioni d'utilizzo

Non è consentito l'utilizzo dei contenuti della rivista, senza accordo preventivo scritto con la società editrice del Foro italiano a r.l., per lo sviluppo di software o programmi applicativi, inclusi quelli per l'addestramento di machine learning e sistemi di intelligenza artificiale.

Procedura di valutazione

Il Foro italiano effettua una rigorosa selezione dei contributi (note, articoli, ecc.) destinati alla pubblicazione. Quelli che superano il vaglio dei responsabili d'area e sono caratterizzati da una dimensione consistente (eccedente i 20.000 caratteri) vengono sottoposti a referaggio anonimo "doppio cieco". La procedura di affidamento e compilazione dei referaggi è automatizzata e viene attuata nella parte riservata del sito della rivista (www.foroitaliano.it), cui il valutatore indipendente accede con apposite credenziali. Sul sito è inoltre consultabile l'elenco dei componenti il comitato di referaggio.

Il Foro italiano

già diretto da:

Nicola De Crescenzo, Ferdinando Mecacci, Enrico Scialoja (1876-1877)

Nicola De Crescenzo, Enrico Scialoja (1878-1889)

Enrico Scialoja, Giunio Sabbatini (1890-1908)

Enrico Scialoja, Giunio Sabbatini, Vincenzo Romano (1909-1912)

Enrico Scialoja, Giunio Sabbatini (1913-1925)

Enrico Scialoja, Giunio Sabbatini, Luigi Busatti (1926)

Vittorio Scialoja, Giunio Sabbatini, Luigi Busatti (1927-1928)

Vittorio Scialoja, Luigi Busatti (1929-1933)

Luigi Busatti, Ugo Forti, Antonio Scialoja (1934-1938)

Luigi Busatti, Antonio Scialoja (1939-1943)

Luigi Busatti, Ugo Forti, Antonio Scialoja, Virgilio Andrioli, Carlo Ottolenghi, Adolfo Parpagliolo (1944-46)

Ugo Forti, Antonio Scialoja, Virgilio Andrioli, Carlo Ottolenghi, Adolfo Parpagliolo (1947-1950)

Antonio Scialoja, Virgilio Andrioli (1951-1960)

Antonio Scialoja, Virgilio Andrioli, Giuseppe Branca (1961-1963)

Virgilio Andrioli, Giuseppe Branca, Carlo Scialoja (1964-1976)

Carlo Scialoja, Giuseppe Branca (1977-1982)

Carlo Scialoja (1983-1998)

Michele Scialoja (1999-2011)

Andrea Proto Pisani, Michele Scialoja, Maurizio Converso (2012-2013)

Carlo Maria Barone, Onofrio Fanelli, Roberto Pardolesi, Andrea Proto Pisani, Michele Scialoja (2014-2015)

Carlo Maria Barone, Onofrio Fanelli, Roberto Pardolesi, Michele Scialoja (2016-2018)

Onofrio Fanelli, Roberto Pardolesi, Michele Scialoja (2019-2021)

Roberto Pardolesi, Michele Scialoja (2022-2023)

direzione:

Domenico Dalfino, Giuseppe De Marzo, Stefano Pagliantini, Alessandro Palmieri, Roberto Pardolesi, Michele Scialoja

Il Foro italiano®

marchio registrato della società editrice del Foro italiano

(fascicolo 10 – ottobre 2024)

Parte II

CORTE DI CASSAZIONE

CORTE DI CASSAZIONE

Parte III

sez. lav. 19 agosto 2024, n. 22922	»	2700	AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA	
sez. II 1° agosto 2024, n. 21693	»	2705	E DEL MERCATO	
sez. II ord. 26 luglio 2024, n. 20927	»	2710		
sez. I ord. 23 luglio 2024, n. 20349	»	2714	provv. 5 marzo 2024, n. 31124	col. 507

ENSE

sez. I ord. 13 giugno 2024, n. 16456	» 2730		
sez. I ord. 11 giugno 2024, n. 16150	» 2745	sent. 4 marzo 2024, n. 52	col. 525

Parte IV

sez. I 2 aprile 2024, n. 8633	»	2779	CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA		
sez. II ord. 20 marzo 2024, n. 7447	»	2788			
sez. III ord. 21 settembre 2023, n. 27052	»	2801	sent. 26 settembre 2024, causa C-330/23	col.	453
			sent. 19 settembre 2024, causa C-264/23	»	460
			sent. 29 luglio 2024, causa C-713/22	»	476

TRIBUNALI

Firenze ord. 3 settembre 2024	col. 2659		
Roma ord. 27 agosto 2024	» 2807	CORTE D'APPELLO FEDERALE U.S. PER IL SECONDO CIRCUITO	
Livorno ord. 11 giugno 2024	» 2820		
Torino decr. 23 aprile 2024	» 2826	ord. 30 gennaio 2024, n. 22-2057	col. 496

(fascicolo 10 – ottobre 2024)

Articoli, note, osservazioni

CIRO DE LORENZO — <i>Ipoteca e confisca edilizia: vince il creditore</i> (Nota a Corte cost. 3 ottobre 2024, n. 160) ..	I,	2554	BRUNO CAPPONI — <i>La reclamabilità dei provvedimenti negativi ex art. 648 e 649 c.p.c.: norme che mancano, o norme da interpretare?</i> (Nota a Trib. Roma, ord. 27 agosto 2024).....	I,	2818
STEFANO PAGLIANTINI — <i>Confisca edilizia e tutela del creditore ipotecario incolpevole: il vincolo del diritto vivente e il ricamo, nei toni del chiaroscuro, della Consulta</i> (Nota a Corte cost. 3 ottobre 2024, n. 160)	I,	2558	ANTONIO PAOLO SEMINARA — <i>Ancora sul caso «pandoro pink» e sulla tutela collettiva contro la pubblicità ingannevole</i> (Nota a Trib. Torino, decr. 23 aprile 2024) ..	I,	2834
STEFANO PAGLIANTINI — <i>Fideiussione del socio e impresa di famiglia: dal professionista di rimbalzo alla cointeressenza familiare</i> (Nota a Cass., ord. 2 settembre 2024, n. 23533)	I,	2695	STEFANO PAGLIANTINI - ROBERTO PARDOLESI — <i>Il Pandorogate alla luce del private enforcement dell'art. 27, comma 15 bis, cod. consumo: alla ricerca del rimedio compensativo azionabile</i> (Nota a Trib. Torino, decr. 23 aprile 2024)	I,	2839
VINCENZO FERRARI — <i>Et in claris fit interpretatio</i> (Nota a Cass. 19 agosto 2024, n. 22922)	I,	2703	VERONICA VIRGA — <i>Criptofonini e indagini digitali transfrontaliere su larga scala: un difficile equilibrio tra privacy, fairness processuale ed esigenze di repressione dei reati</i> (Nota a Cass. 29 febbraio - 14 giugno 2024, n. 23756, Giorgi, e 29 febbraio - 14 giugno 2024, n. 23755, Gjuzi)	II,	566
EMANUELA ZITO — <i>Omissione del Tan nei contratti di finanziamento: dalla trasparenza alla “determinabilità” bancaria</i> (Nota a Cass., ord. 13 giugno 2024, n. 16456)	I,	2739	PAOLA MAGGIO — <i>I risvolti processuali della trattativa Stato-mafia</i> (Nota a Cass. 27 aprile - 10 novembre		
ANASTASIA PALMA — <i>Declinazioni della ripetibilità dell'indebito oggettivo, tra imperativi normativi del pubblico impiego e norme speciali della previdenza</i> (Nota a Cass., ord. 11 giugno 2024 n. 16150, e 4 giugno 2024, n. 15597)	I,	2756			

2023, n. 45506, Bagarella).....	II,	576
CARLO BONA — <i>Urbanistica, ambiente e interpretazione costituzionalmente orientata</i> (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2024, n. 14).....	III,	498
ELENA FALLETTI — <i>Profilazione algoritmica, patrimonializzazione dei dati e condizionamento delle persone vulnerabili: il caso delle sfide virali su TikTok</i> (Nota a Autorità garante della concorrenza e del mercato 5 marzo 2024, n. 31124).....	III,	517
<i>Rassegna dei pareri del Consiglio di Stato</i> (a cura di M. DE PAOLIS) (1° giugno - 31 agosto 2024).....	III,	529
NICOLA DE LUCA — <i>La sorte delle “passività non assegnate” nella scissione di società. La Corte di giustizia nel caso Snia-LivaNova</i> (Nota a Corte giust. 29 luglio 2024, causa C-713/22).....	IV,	489
ANGELO DONDI - VINCENZO ANSANELLI - PAOLO COMOGLIO — <i>Responsabilità dell’avvocato nell’utilizzazione di ChatGPT. Aspetti di etica della difesa nel contesto statunitense. (Nota a Corte d’appello federale U.S. per il secondo circuito, ord. 30 gennaio 2024, n. 22-2057)</i>	IV,	497
DANIELA SANTARPIA — <i>Le traiettorie impercettibili della clausola penale nel diritto vivente della Cassazione: appunti per una ricerca</i>	V,	361
MAURIZIO FERRARI — <i>Realtà algoritmica e norme “tecnogiuuridiche”</i>	V,	372
BRUNO CAPPONI — <i>Sequestro conservativo di (mobili e) crediti: dieci anni di questioni e dubbi</i>	V,	380
ERMANN CALZOLAIO — <i>La proposta di legge del Regno unito sui “beni digitali”</i>	V,	385

Giurisprudenza
(in neretto le voci del Repertorio del Foro italiano)

Acque pubbliche e private
V. *Unione europea*.

Agricoltura
Messa in commercio di formaggio con nome evocativo della Dop — Fattispecie (Cass., ord. 26 luglio 2024, n. 20927). I, 2710.

Ambiente (tutela dell’)
Incentivi al turismo di prossimità e all’aria aperta — Omesso coinvolgimento della regione — Incostituzionalità (Corte cost. 16 luglio 2024, n. 130). I, 2608.
Turismo intermodale — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2609.
Riduzione del fondo unico nazionale per il turismo — Questioni inammissibili di costituzionalità (*id.*). I, 2609.

Arbitrato e compromesso
Collegio arbitrale a composizione mista — Compenso degli arbitri — Criteri di liquidazione (Cass., ord. 23 luglio 2024, n. 20349). I, 2714.

Avvocato
Patto di quota lite — Compenso a percentuale — Ammissibilità — Limiti (Cass. 4 settembre 2024, n. 23738). I, 2680.
Difensore di fiducia o d’ufficio — Mancata partecipazione all’udienza — Illecito disciplinare — Assenza di conseguenze negative per l’assistito — Irrilevanza (Cons. naz. forense 4 marzo 2024, n. 52). III, 525.
Illecito disciplinare — Elemento soggettivo — Volontà consapevole dell’atto (*id.*). III, 525.
V. *Diritto comparato e legislazione straniera*.

Beni in genere
V. *Diritto comparato e legislazione straniera*.

Beni culturali, paesaggistici e ambientali
V. *Regione*.

Circolazione stradale V. <i>Danni in materia civile</i> .
Circostanze di reato V. <i>Oltraggio, violenza, resistenza a pubblico ufficiale o autorità</i> .
Comune e provincia Professionista svolgente incarico pubblico elettivo — Obbligo di versamento di oneri previdenziali, assistenziali e assicurativi da parte dell’ente pubblico — Sospensione dell’attività libero professionale — Irrilevanza (Cass. 5 luglio 2024, n. 18396). I, 2727. Via comunale — Denominazione invalsa nella prassi — Attribuzione del nome — Procedimento (Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2024, n. 6260). III, 501.
Concorrenza (disciplina della) Pratica commerciale scorretta — Pubblicità ingannevole — Fattispecie (Trib. Torino, decr. 23 aprile 2024). I, 2826 (con <i>note</i> di Antonio Paolo Seminara e di Stefano Pagliantini - Roberto Pardolesi). Social network — Obbligo di vigilanza sui contenuti pubblicati da terzi — Pratiche commerciali scorrette — Fattispecie (Autorità garante della concorrenza e del mercato 5 marzo 2024, n. 31124). III, 507 (con <i>nota</i> di ELENA FALLETTI). V. <i>Unione europea</i> .
Concorso di persone nel reato Concorso morale — Estremi (Cass. 27 aprile - 10 novembre 2023, n. 45506, Bagarella). II, 575 (con <i>nota</i> di PAOLA MAGGIO).
Consiglio di Stato e tribunali amministrativi <i>Rassegna dei pareri del Consiglio di Stato</i> (a cura di M. DE PAOLIS) (1° giugno - 31 agosto 2024), III, 529.
Consumatori e utenti Contratti del consumatore — Impresa di famiglia — Fideiussione del socio — Nozione di consumatore — Esclusione (Cass., ord. 2 settembre 2024, n. 23533). I, 2685 (con <i>nota</i> di STEFANO PAGLIANTINI). V. <i>Unione europea</i> .
Contratti bancari Interessi — Tasso annuo nominale — Mancata indicazione — Determinazione <i>per relationem</i> (Cass., ord. 13 giugno 2024, n. 16456). I, 2730 (con <i>nota</i> di EMANUELA ZITO).
Contratto in genere, atto e negozio giuridico DANIELA SANTARPIA, <i>Le traiettorie impercettibili della clausola penale nel diritto vivente della Cassazione: appunti per una ricerca</i> . V, 361. Interpretazione — Clausola atipica — Giudizio di meritevolezza del giudice — Fattispecie (Cass., ord. 20 marzo 2024, n. 7447). I, 2788 (con <i>nota</i> di VALERIO D’ALESSANDRO).
Costituzione della Repubblica V. <i>Ambiente (tutela dell’)</i> — <i>Edilizia e urbanistica</i> — <i>Legge, decreto e regolamento</i> — <i>Pubblica sicurezza (amministrazione della)</i> — <i>Regione</i> — <i>Sanità pubblica e sanitari</i> — <i>Stato civile</i> — <i>Trentino-Alto Adige</i> .
Danni in materia civile Sinistro stradale — Risarcimento dei danni al veicolo — Liquidazione dell’Iva sul costo delle riparazioni (Cass., ord. 21 settembre 2023, n. 27052). I, 2801. Fermo tecnico del veicolo — Onere della prova (<i>id.</i>). I, 2801.
Diritto comparato e legislazione straniera ERMANN CALZOLAIO, <i>La proposta di legge del Regno unito sui “beni digitali”</i> . V, 385. Usa — Avvocato — Atti processuali — Intelligenza artificiale generativa (ChatGPT) — Doveri di controllo (Corte d’appello federale U.S. per il secondo circuito, ord. 30 gennaio 2024, n. 22-2057). IV, 496 (con <i>nota</i> di ANGELO DONDI - VINCENZO ANSANELLI - PAOLO COMOGLIO).
Distanze legali Demolizione con ricostruzione — Distanze legittimamente preesistenti (Cass., ord. 16 settembre 2024, n. 24764). I, 2652.
Donazione Donazione indiretta — Natura liberale — Prova (Cass., ord. 12 luglio 2024, n. 19230). I, 2718. V. <i>Successione ereditaria</i> .

Edilizia popolare, economica e sovvenzionata

V. Regione.

Edilizia e urbanistica

Immobile abusivo — Ingiunzione a demolire — Inottemperanza — Acquisizione al patrimonio comunale — Estinzione dell'ipoteca iscritta sul bene prima della trascrizione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza — Incostituzionalità (Corte cost. 3 ottobre 2024, n. 160). I, 2543 (con *note* di CIRO DE LORENZO e di STEFANO PAGLIANTINI).

Immobile abusivo — Ingiunzione a demolire — Inottemperanza — Acquisizione al patrimonio comunale — Estinzione dell'ipoteca iscritta sul bene prima della trascrizione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza — Questioni inammissibili di costituzionalità (*id.*). I, 2544 (con *note* di CIRO DE LORENZO e di STEFANO PAGLIANTINI).

Immobile abusivo — Ingiunzione a demolire — Inottemperanza — Acquisizione al patrimonio comunale — Estinzione dell'ipoteca iscritta sul bene prima della trascrizione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza — Incostituzionalità (*id.*). I, 2544 (con *note* di CIRO DE LORENZO e di STEFANO PAGLIANTINI).

Decadenza del permesso di costruire — Opere non completate — Opere prive dei requisiti di autonomia e funzionalità — Demolizione e riduzione in pristino (Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2024, n. 14). III, 490 (con *nota* di CARLO BONA).

Decadenza del permesso di costruire — Realizzazione di parte di una pluralità di costruzioni funzionalmente autonome — Legittimità (*id.*). III, 491 (con *nota* di CARLO BONA).

Decadenza del permesso di costruire — Realizzazione di costruzione priva di opere marginali — Legittimità — Requisiti (*id.*). III, 491 (con *nota* di CARLO BONA).

Decadenza del permesso di costruire — Realizzazione di costruzione funzionalmente autonoma, ma con difformità non gravi — Sanzione (*id.*). III, 491 (con *nota* di CARLO BONA).

Decadenza del permesso di costruire — Realizzazione di costruzione difforme — Sanatoria (*id.*). III, 491 (con *nota* di CARLO BONA).

V. Regione — Trentino-Alto Adige.

Energia elettrica ed energia in genere

V. Unione europea.

Fallimento

Società di persone — Estensione al socio occulto — Termine annuale — Inapplicabilità (Cass., ord. 6 maggio 2024, n. 12134). I, 2761.

Società di persone — Estensione al socio apparente — Esteriorizzazione del rapporto — Tutela dei terzi — Affidamento (Cass., ord. 29 aprile 2024, n. 11342). I, 2761.

Società di persone — Perdita della qualità di socio — Estensione al socio illimitatamente responsabile — Decorrenza del termine annuale — Iscrizione del fatto nel registro delle imprese (*id.*). I, 2761.

Pagamento dell'unico creditore istante — Desistenza — Perdita della legittimazione — Revoca della sentenza di fallimento (Cass., ord. 16 aprile 2024, n. 10175). I, 2775.

Famiglia (regime patrimoniale della)

V. Consumatori e utenti.

Fideiussione e mandato di credito

V. Consumatori e utenti.

Giustizia amministrativa

Azione di annullamento — Sopravvenuta carenza d'interesse — Interesse morale — Dichiarazione della parte — Necessità (Cons. Stato, sez. I, 30 agosto 2024, n. 99/23). III, 485.

V. Ricorsi amministrativi.

Impiegato dello Stato e pubblico in genere

Ente pubblico non economico — Mansioni superiori — Contratto collettivo del settore privato — Differenze retributive — Esclusione (Cass., ord. 11 giugno 2024, n. 16150). I, 2745 (con *nota* di ANASTASIA PALMA).

Indennità di buonuscita — Mansioni superiori — Errore di liquidazione — Ricalcolo — Termine decadenziale — Decorrenza (Cass., ord. 4 giugno 2024, n. 15597). I, 2745 (con *nota* di ANASTASIA PALMA).

Informatica, telematica e Internet

MAURIZIO FERRARI, *Realtà algoritmica e norme "techo-giuridiche"*. V, 372.

Ingiunzione (procedimento per)

Ordinanze di rigetto — Reclamabilità — Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione (Trib. Roma, ord. 27 agosto 2024). I, 2807 (con *nota* di BRUNO CAPPONI).

Ipoteca

V. Edilizia e urbanistica — Provvedimenti di urgenza.

Lazio

V. Regione.

Legge, decreto e regolamento

Decreto legge — Evidente mancanza dei presupposti della straordinaria necessità e urgenza — Incostituzionalità (Corte cost. 25 luglio 2024, n. 146). I, 2575.

Interpretazione — Superamento del canone letterario (Cass. 19 agosto 2024, n. 22922). I, 2700 (con *nota* di VINCENZO FERRARI).

Oltraggio, violenza, resistenza a pubblico ufficiale o autorità

Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario — Minaccia rivolta al governo della repubblica — Reato — Configurabilità (Cass. 27 aprile - 10 novembre 2023, n. 45506, Bagarella). II, 575 (con *nota* di PAOLA MAGGIO).

Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario — Minaccia rivolta al governo della repubblica — Minaccia rivolta a un singolo componente — Reato — Configurabilità (*id.*). II, 575 (con *nota* di PAOLA MAGGIO).

Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario — Tentativo — Configurabilità (*id.*). II, 575 (con *nota* di PAOLA MAGGIO).

Violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario — Tentativo — Circostanze aggravanti — Violenza commessa da più persone — Esclusione (*id.*). II, 575 (con *nota* di PAOLA MAGGIO).

Persona fisica e diritti della personalità

Servizi di comunicazione elettronica — Acquisizione di dati di traffico — Autorizzazione del giudice — Disciplina (Cass. 29 febbraio - 14 giugno 2024, n. 23755, Gjuzi). II, 527 (con *nota* di VERONICA VIRGA).

Piemonte

V. Regione.

Porti, spiagge, fari

V. Regione.

Previdenza e assistenza sociale

Pensione anticipata — Requisito contributivo — Accrediti figurativi per malattia e disoccupazione — Computabilità (Cass. 17 settembre 2024, n. 24952). I, 2649.

Naspi — Requisito di anzianità minima — Lavoro effettivo — Nozione (Cass. 19 agosto 2024, n. 22922). I, 2700 (con *nota* di VINCENZO FERRARI).

Procedimenti cautelari

V. Ingiunzione (procedimento per).

Procedimento civile

Società — Successione a titolo particolare nel diritto controverso per atto tra vivi — Estinzione postuma della società cedente — Ex soci — Successione a titolo universale — Legittimazione alla prosecuzione del processo (Cass. 2 aprile 2024, n. 8633). I, 2779.

Professioni intellettuali

V. Comune e provincia.

Prova penale in genere

Chat — Contenuti di attività di messaggistica su sistema Sky - ECC o Encrochat — Decrittazione — Criptofonini — Ordine europeo d'indagine (Cass. 29 febbraio - 14 giugno 2024, n. 23756, Giorgi). II, 526 (con *nota* di VERONICA VIRGA).

Provvedimenti di urgenza

Ipoteca — Riduzione in via d'urgenza — Presupposti (Trib. Livorno, ord. 11 giugno 2024). I, 2820.

Pubblica sicurezza (amministrazione della)

Indennità di impiego operativo — Applicabilità al personale dirigenziale della polizia di Stato — Esclusione — Questione infondata di costituzionalità (Corte cost. 18 luglio 2024, n. 134). I, 2594.

Indennità di impiego operativo — Applicabilità al personale dirigenziale della polizia di Stato — Decorrenza — Esclusione — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2594.

Regione in genere e regioni a statuto ordinario

Piemonte — Edilizia residenziale pubblica — Requisiti di accesso — Prolungata residenza anagrafica o attività lavorativa nel territorio — Incostituzionalità (Corte cost. 25 luglio 2024, n. 147). I, 2571.

Autorità portuale — Imposta sulle concessioni demaniali marittime — Determinazione — Questione infondata di costituzionalità (Corte cost. 16 luglio 2024, n. 131). I, 2602.

Autorità portuale — Imposta sulle concessioni demaniali marittime — Imposta di registro — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2603.

Lazio — Autorità portuale — Imposta sulle concessioni demaniali marittime — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2603.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Riuso e riqualificazione di immobili condonati — Incostituzionalità (Corte cost. 4 luglio 2024, n. 119). I, 2615.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Premialità volumetriche — Dereghe alle norme di piano — Dereghe agli standard urbanistici — Incostituzionalità (*id.*). I, 2615.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Recupero abitativo dei sottotetti — Incostituzionalità (*id.*). I, 2615.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Recupero dei sottotetti — Dereghe alle norme di piano — Incostituzionalità (*id.*). I, 2616.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Definizione delle variazioni essenziali — Incostituzionalità (*id.*). I, 2616.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Zone comuni degli edifici a destinazione residenziale e piani «pilotis» — Dereghe alle norme di piano — Dereghe agli standard urbanistici — Incostituzionalità (*id.*). I, 2616.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Vasche per la riabilitazione di persone con disabilità — Dereghe alle norme di piano — Questione inammissibile di costituzionalità (*id.*). I, 2616.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Dereghe al piano regolatore generale — Effetti sulla disciplina paesaggistica — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2617.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Incrementi di superficie e volume — Effetti sulla disciplina paesaggistica — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2617.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Recupero abitativo dei sottotetti — Dereghe alle altezze minime dei sottotetti — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2617.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Variante urbanistica semplificata — Effetti sulla disciplina paesaggistica — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2617.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Definizione delle variazioni essenziali — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2617.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Interventi in deroga ai piani urbanistici — Effetti sulla disciplina paesaggistica — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2618.

Piemonte — Edilizia e urbanistica — Installazione di vasche per l'idroterapia — Dereghe ai piani urbanistici — Effetti sulla disciplina paesaggistica — Questione infondata di costituzionalità (*id.*). I, 2618.

V. *Ambiente (tutela dell')*.

Registro (imposta di)

V. *Regione*.

Riciclaggio di proventi illeciti e finanziamento del terrorismo (prevenzione)

Cartella ipotecaria al portatore — Passaggio alla frontiera — Mancata dichiarazione — Non sanzionabilità (Cass. 5 settembre 2024, n. 23865). I, 2671.

Ricorsi amministrativi

Ricorso straordinario al presidente della repubblica — Azione di annullamento — Improcedibilità — Interesse ad agire — Permanen-

za ai soli fini risarcitori — Esclusione (Cons. Stato, sez. I, 30 agosto 2024, n. 99/23). III, 485.

Ricorso straordinario al presidente della repubblica — Carattere impugnatorio — Domanda di risarcimento dei danni — Inammissibilità (*id.*). III, 485.

Sanità pubblica e sanitari

Procreazione medicalmente assistita — Accesso — Donne singole — Esclusione — Questione non manifestamente infondata di costituzionalità (Trib. Firenze, ord. 3 settembre 2024). I, 2659.

Gestione dei rifiuti — Indumenti usati — Qualificazione come sottoprodotto o come rifiuto “cessato” — Esclusione (Cass. 29 maggio - 18 settembre 2024, n. 35000, Lazzarin). II, 521.

Sequestro conservativo, giudiziale e convenzionale

BRUNO CAPPONI, *Sequestro conservativo di (mobili e) crediti: dieci anni di questioni e dubbi*. V, 380.

Società

V. *Procedimento civile — Unione europea*.

Stato civile

Domanda di rettificazione di sesso — Caratteri sessuali — Modificazioni pregresse — Sufficienza — Trattamento medico-chirurgico — Autorizzazione giudiziale — Necessità — Incostituzionalità (Corte cost. 23 luglio 2024, n. 143). I, 2583.

Sentenza di rettificazione di sesso — Attribuzione di sesso né maschile né femminile — Mancata previsione — Questioni inammissibili di incostituzionalità (*id.*). I, 2584.

Atto di nascita — Doppia genitorialità femminile — Azione di rettifica — Ricorso per cassazione — Legittimazione attiva — Madre genetica — Genitori — Inammissibilità — Fattispecie (Cass. 11 settembre 2024, n. 24369). I, 2659.

Successione ereditaria

Legittima e legittimari — Riduzione — Collazione (Cass., ord. 12 luglio 2024, n. 19230). I, 2718.

Tentativo

V. *Oltraggio, violenza, resistenza a pubblico ufficiale o autorità*.

Trasporti e autoservizi

Trasporto merci per conto terzi — Licenza comunitaria — Mancanza a bordo del veicolo — Sanzioni amministrative (Cass. 1° agosto 2024, n. 21693). I, 2705.

Trentino-Alto Adige

Edilizia e urbanistica — Sanatoria di immobili privi della c.d. “doppia conformità” — Incostituzionalità (Corte cost. 15 luglio 2024, n. 125). I, 2615.

Turismo

V. *Ambiente (tutela dell')*.

Unione europea

Impianti di piccole derivazioni idroelettriche — Direttiva relativa ai servizi nel mercato interno — Applicabilità — Differenza fra grandi e piccoli impianti — Proroga della concessione — Rimessione alla Corte di giustizia (Corte cost., ord. 7 ottobre 2024, n. 161). I, 2533.

Tutela dei consumatori — Indicazione dei prezzi dei prodotti — Riduzione di prezzo — Annuncio — Determinazione sulla base del prezzo precedente (Corte giust. 26 settembre 2024, causa C-330/23). IV, 453.

Concorrenza — Contratti conclusi tra una piattaforma di prenotazione online e strutture alberghiere — Clausole di parità delle tariffe — Carattere accessorio — Esclusione (Corte giust. 19 settembre 2024, causa C-264/23). IV, 460.

Concorrenza — Contratti conclusi tra una piattaforma di prenotazione online e strutture alberghiere — Definizione del mercato rilevante (*id.*). IV, 460.

Società per azioni — Scissione — Responsabilità solidale delle beneficiarie (Corte giust. 29 luglio 2024, causa C-713/22). IV, 476.

A

Provvedimenti normativi di recente pubblicazione (*)

1. – **Decreto-legge 1° ottobre 2024, n. 137**, misure urgenti per contrastare i fenomeni di violenza nei confronti dei professionisti sanitari, socio-sanitari, ausiliari e di assistenza e cura nell'esercizio delle loro funzioni nonché di danneggiamento dei beni destinati all'assistenza sanitaria (*Gazzetta ufficiale*, 1° ottobre 2024, n. 230).

2. – **Decreto legislativo 4 settembre 2024, n. 138**, recepimento della direttiva (UE) 2022/2555, relativa a misure per un livello comune elevato di cibersecurity nell'Unione, recante modifica del regolamento (UE) n. 910/2014 e della direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la direttiva (UE) 2016/1148 (*Gazzetta ufficiale*, 1° ottobre 2024, n. 230).

3. – **Decreto legislativo 18 settembre 2024, n. 139**, disposizioni per la razionalizzazione dell'imposta di registro, dell'imposta sulle successioni e donazioni, dell'imposta di bollo e degli altri tributi indiretti diversi dall'Iva (*Gazzetta ufficiale*, 2 ottobre 2024, n. 231).

4. – **Decreto del Presidente della Repubblica 4 settembre 2024, n. 140**, regolamento recante adeguamento e coordinamento delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 90, con il codice dell'ordinamento militare, di cui al decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (*Gazzetta ufficiale*, 2 ottobre 2024, n. 231).

5. – **Decreto legislativo 26 settembre 2024, n. 141**, disposizioni nazionali complementari al codice doganale dell'Unione e revisione del sistema sanzionatorio in materia di accise e altre imposte indirette sulla produzione e sui consumi (*Gazzetta ufficiale*, 3 ottobre 2024, n. 232).

6. – **Legge 7 ottobre 2024, n. 143**, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 agosto 2024, n. 113, recante misure urgenti di carattere fiscale, proroghe di termini normativi ed interventi di carattere economico (*Gazzetta ufficiale*, 8 ottobre 2024, n. 236).

7. – **Decreto legislativo 7 ottobre 2024, n. 144**, norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (*Gazzetta ufficiale*, 10 ottobre 2024, n. 238).

8. – **Decreto-legge 11 ottobre 2024, n. 145**, disposizioni urgenti in materia di ingresso in Italia di lavoratori stranieri, di tutela e assistenza alle vittime di caporalato, di gestione dei flussi migratori e di protezione internazionale, nonché dei relativi procedimenti giurisdizionali (*Gazzetta ufficiale*, 11 ottobre 2024, n. 239).

9. – **Legge 1° ottobre 2024, n. 150**, revisione della disciplina in materia di valutazione delle studentesse e degli studenti, di tutela dell'autorevolezza del personale scolastico, nonché di indirizzi scolastici differenziati (*Gazzetta ufficiale*, 16 ottobre 2024, n. 243).

10. – **Legge 7 ottobre 2024, n. 152**, disposizioni in materia di manifestazioni di rievocazione storica e delega al Governo per l'adozione di norme per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (*Gazzetta ufficiale*, 17 ottobre 2024, n. 244).

11. – **Decreto-legge 17 ottobre 2024, n. 153**, disposizioni urgenti per la tutela ambientale del Paese, la razionalizzazione dei procedimenti di valutazione e autorizzazione ambientale, la promozione dell'economia circolare, l'attuazione di interventi in materia di bonifiche di siti contaminati e dissesto idrogeologico (*Gazzetta ufficiale*, 17 ottobre 2024, n. 244).

12. – **Decreto-legge 19 ottobre 2024, n. 155**, misure urgenti in materia economica e fiscale e in favore degli enti territoriali (*Gazzetta ufficiale*, 19 ottobre 2024, n. 246).

13. – **Decreto legislativo 7 ottobre 2024, n. 156**, adeguamento della disciplina sanzionatoria prevista dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, al regolamento (UE) n. 1259/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013, che modifica il regolamento (CE) n. 111/2005 del Consiglio recante norme per il controllo del commercio dei precursori di droghe tra la comunità e i paesi terzi (*Gazzetta ufficiale*, 21 ottobre 2024, n. 247).

14. – **Decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158**, disposizioni urgenti in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale (*Gazzetta ufficiale*, 23 ottobre 2024, n. 249).

15. – **Decreto-legge 28 ottobre 2024, n. 160**, disposizioni urgenti in materia di lavoro, università, ricerca e istruzione per una migliore attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (*Gazzetta ufficiale*, 28 ottobre 2024, n. 253).

16. – **Legge 28 ottobre 2024, n. 162**, disposizioni per la promozione e lo sviluppo delle start-up e delle piccole e medie imprese innovative mediante agevolazioni fiscali e incentivi agli investimenti (*Gazzetta ufficiale*, 7 novembre 2024, n. 261).

17. – **Decreto legislativo 31 ottobre 2024, n. 164**, disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata (*Gazzetta ufficiale*, 11 novembre 2024, n. 264).

18. – **Legge 23 ottobre 2024, n. 165**, istituzione del Museo del Ricordo in Roma (*Gazzetta ufficiale*, 12 novembre 2024, n. 265).

19. – **Legge 14 novembre 2024, n. 166**, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano (*Gazzetta ufficiale*, 14 novembre 2024, n. 267).

20. – **Decreto-legge 14 novembre 2024, n. 167**, misure urgenti per la riapertura dei termini di adesione al concordato preventivo biennale e l'estensione di benefici per i lavoratori dipendenti, nonché disposizioni finanziarie urgenti per la gestione delle emergenze (*Gazzetta ufficiale*, 14 novembre 2024, n. 267).

(*) I. – Aggiornamento alla *Gazzetta ufficiale* del 14 novembre 2024, n. 267.
II. – A cura di Antonio Francesco Esposito.

B

Disegni di legge di recente presentazione (*)

Ambiente (tutela dell')

256. – Conversione in legge del decreto-legge 17 ottobre 2024, n. 153, recante disposizioni urgenti per la tutela ambientale del Paese, la razionalizzazione dei procedimenti di valutazione e autorizzazione ambientale, la promozione dell'economia circolare, l'attuazione di interventi in materia di bonifiche di siti contaminati e dissesto idrogeologico

Pres. consiglio

S1272

Senato. In corso di esame da parte della comm. ambiente in sede referente.

Circolazione stradale

257. – Interventi in materia di sicurezza stradale e delega al Governo per la revisione del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285

Min. infrastrutture e trasporti

C1435

S1086

Senato. Concluso l'esame da parte della comm. comunicazioni in sede referente.

Contabilità e bilancio dello Stato

258. – Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2025 e bilancio pluriennale per il triennio 2025-2027

Min. economia

C2112-bis

Camera. Assegnato alla comm. bilancio in sede referente.

Diritto in genere

259. – Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale

Pres. consiglio

S1146

Senato. In corso di esame da parte delle comm. riunite innovazione tecnologica e affari sociali in sede referente.

Economia nazionale e programmazione economica

260. – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 agosto 2024, n. 113, recante misure urgenti di carattere fiscale, proroghe di termini normativi ed interventi di carattere economico

Pres. consiglio

S1222

C2066

Camera. Approvato definitivamente (legge 7 ottobre 2024, n. 143 - *Gazzetta ufficiale*, 8 ottobre 2024, n. 236).

261. – Conversione in legge del decreto-legge 19 ottobre 2024, n. 155, recante misure urgenti in materia economica e fiscale e in favore degli enti territoriali

Pres. consiglio

S1274

Senato. In corso di esame da parte della comm. bilancio in sede referente.

262. – Conversione in legge del decreto-legge 28 ottobre 2024, n. 160, recante disposizioni urgenti in materia di lavoro, università, ricerca e istruzione per una migliore attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza

Pres. consiglio

C2119

Camera. In corso di esame da parte delle comm. riunite cultura e lavoro in sede referente.

(*) I. – La rassegna segnala, nell'ordine, la voce del Repertorio del Foro italiano attinente alla materia trattata dal disegno di legge, il numero di rassegna assegnato dai curatori (progressivo per la legislatura in corso), il titolo del disegno stesso, l'indicazione del proponente o del primo firmatario, nonché del gruppo di appartenenza (riferito al momento in cui l'iniziativa è stata assunta), l'indicazione del numero che esso reca in ciascun ramo del parlamento, lo stato di avanzamento dell'*iter* legislativo.

La presente rassegna copre il periodo dall'11 settembre al 10 ottobre 2024 (con l'integrazione dei riferimenti alla *Gazzetta ufficiale* intervenuti in data successiva).

II. – Per ulteriori informazioni cfr.:

<<http://www.senato.it/lavori/index.htm>>,

<<http://www.camera.it/altresezionism/8382/oggiallacamera.asp>>,

<<http://www.rapportiparlamento.gov.it>>.

III. – A cura di Maurizio Converso e Antonio Francesco Esposito.

Intercettazione di conversazioni o comunicazioni

263. – Modifiche alla disciplina in materia di durata delle operazioni di intercettazione

Zanettin (FI)

S932

C2084

Camera. Assegnato alla comm. giustizia in sede referente.

[N.d.r.: *Modifica* l'articolo 267 c.p.p.]

Lavoro (rapporto di)

264. – Disposizioni in materia di lavoro

Min. lavoro

C1532-bis

S1264

Senato. In corso di esame da parte della comm. lavoro in sede referente.

Legge, decreto e regolamento

265. – Misure per la semplificazione normativa e il miglioramento della qualità della normazione e deleghe al Governo per la semplificazione, il riordino e il riassetto in determinate materie

Pres. consiglio

S1192

Senato. In corso di esame da parte della comm. affari cost. in sede referente.

Pubblica sicurezza

266. – Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario

Min. interno

C1660

S1236

Senato. In corso di esame da parte delle comm. riunite affari cost. e giustizia in sede referente.

Sanità pubblica e sanitari

267. – Conversione in legge del decreto-legge 1° ottobre 2024, n. 137, recante misure urgenti per contrastare i fenomeni di violenza nei confronti dei professionisti sanitari, socio-sanitari, ausiliari e di assistenza e cura nell'esercizio delle loro funzioni, nonché di danneggiamento dei beni destinati all'assistenza sanitaria

Pres. consiglio

S1256

Senato. Concluso l'esame da parte della comm. giustizia in sede referente.

Straniero

268. – Conversione in legge del decreto-legge 11 ottobre 2024, n. 145, recante disposizioni urgenti in materia di ingresso in Italia di lavoratori stranieri, di tutela e assistenza alle vittime di caporalato, di gestione dei flussi migratori e di protezione internazionale, nonché dei relativi procedimenti giurisdizionali

Pres. consiglio

C2088

Camera. In corso di esame da parte della comm. affari cost. in sede referente.

269. – Conversione in legge del decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158, recante disposizioni urgenti in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale

Pres. consiglio

S1280

Senato. In corso di esame da parte della comm. affari cost. in sede referente.

Unione europea

270. – Conversione in legge del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano

Pres. consiglio

C2038

Camera. All'esame dell'assemblea.

271. – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano

Pres. consiglio

C2038

S1287

Senato. Approvato definitivamente (legge 14 novembre 2024, n. 166 - *Gazzetta ufficiale*, 14 novembre 2024, n. 267).

stabilire la tariffa doganale comune; è assimilata ai beni materiali nel quadro della disciplina concernente l'imposta sul valore aggiunto (art. 15 della direttiva 2006/112/Ce). La sua importazione ed esportazione sono assoggettate alle regole sulla libera circolazione delle merci (Corte giust. 23 ottobre 1997, causa C-158/94, *Commissione Ce c. Italia*, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., n. 849; annotata da S. SANTI, *Diritti esclusivi di importazione e di esportazione di energia elettrica e nozione di servizio d'interesse economico generale in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1997, 860; N. RANGONE, *I tentativi di «erosione» dei monopoli di importazione ed esportazione di elettricità*, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 317; G. AMORELLI, *Verso il nuovo regime degli scambi transfrontalieri di energia elettrica*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 334; 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Gemeente Almelo c. Energiebedrijf IJsselmij*, in *Foro it.*, 1995, IV, 45, con nota di L. VASQUEZ; e in *Rass. giur. energia elettrica*, 1994, 786, con nota di G.P. TAGARIELLO, *Accordi che ostacolano l'importazione di elettricità e nozione di servizio d'interesse generale in una recente decisione della Corte di giustizia*).

Ancora, l'elettricità è stata considerata un «prodotto», sia dal legislatore Ue (in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi: cfr. art. 2 della direttiva 85/374/Cee; nel contesto del vocabolario comune per gli appalti pubblici, come si evince dal codice 09310000-5 di cui all'allegato I al regolamento (Ce) 213/2008), sia dalla Corte di giustizia (sent. 28 maggio 2020, causa C-727/17, *Syndyk Masy*, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce cit., n. 1069, dove, pertanto, si è affermato che la norma nazionale con cui si subordina l'installazione di una centrale eolica al rispetto di una distanza minima tra quest'ultima e gli edifici con destinazione d'uso residenziale non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/Ce).

A fronte di questa molteplicità di fattori che militano a sostegno della tesi che nega l'inquadramento della produzione di energia elettrica tra i servizi, si individua nondimeno un elemento distonico, rappresentato dalla qualificazione in termini di servizio della gestione di una centrale elettrica nell'ambito del predetto vocabolario comune per gli appalti pubblici (lo rivela il codice 65410000-0 di cui al citato allegato I al regolamento (Ce) 213/2008).

Nonostante la bilancia penda verso la qualificazione dell'energia elettrica come bene, la Corte costituzionale, nell'ottica della leale collaborazione, ritiene doveroso attribuire alla Corte di giustizia il compito di sciogliere il dubbio. Peraltro, anche nell'ipotesi di qualificazione come servizio, la partita non sarebbe chiusa in senso sfavorevole alla disposizione di legge regionale. L'ordinanza in epigrafe formula infatti due ulteriori interrogativi, ciascuno da vagliare soltanto se lo richiederà la risposta data al quesito che lo precede. Non si esclude, dunque, che persino in quest'ultimo scenario i giudici di Lussemburgo possano comunque individuare una giustificazione per la proroga delle concessioni in esame.

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza 3 ottobre 2024, n. 160 (*Gazzetta ufficiale*, 1^a serie speciale, 9 ottobre 2024, n. 41); Pres. BARBERA, Est. NAVARRETTA; Soc. Brera Servizi Aziendali in liquidazione c. G.S., C.Z.M., Comune di Agrigento; interv. Pres. cons. ministri (Avv. dello Stato). *Ord. Cass.*, sez. un., 8 gennaio 2024 (G.U., 1^a s.s., n. 10 del 2024).

Edilizia e urbanistica — Immobile abusivo — Ingiunzione a demolire — Inottemperanza — Acquisizione al patrimonio comunale — Estinzione dell'ipoteca iscritta sul bene prima della trascrizione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza — Incostituzionalità (Cost., art. 3, 24, 42; • cod. civ., art. 826, 2741, 2743, 2808, 2858; • l. 28 febbraio 1985 n. 47, norme in materia di controllo dell'atti-

vità urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, art. 7).

È incostituzionale l'art. 7, comma 3, l. 28 febbraio 1985 n. 47, nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire. (1)

Edilizia e urbanistica — Immobile abusivo — Ingiunzione a demolire — Inottemperanza — Acquisizione al patrimonio comunale — Estinzione dell'ipoteca iscritta sul bene prima della trascrizione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza — Questioni inammissibili di costituzionalità (Cost., art. 3, 24, 42, 117; • cod. civ., art. 826, 2741, 2743, 2808, 2858; • l. 4 agosto 1955 n. 848, ratifica ed esecuzione della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del protocollo addizionale alla convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952: protocollo addizionale, art. 1; • l. 28 febbraio 1985 n. 47, art. 7; • d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (testo A), art. 31).

Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 3, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, in riferimento agli art. 3, 24, 42 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo. (2)

Edilizia e urbanistica — Immobile abusivo — Ingiunzione a demolire — Inottemperanza — Acquisizione al patrimonio comunale — Estinzione dell'ipoteca iscritta sul bene prima della trascrizione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza — Incostituzionalità (Cost., art. 3, 24, 42; • cod. civ., art. 826, 2741, 2743, 2808, 2858; • l. 11 marzo 1953 n. 87, norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale; • d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, art. 31).

È incostituzionale, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87, l'art. 31, comma 3, primo e secondo periodo, d.p.r. n. 380 del 2001 nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire. (3)

Diritto

1. — Con ordinanza iscritta al n. 26 del registro ordinanze 2024, la Corte di cassazione, sezioni unite civili, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985 e dell'art. 31, comma 3, del d.p.r. n. 380 del 2001, per violazione degli art. 3, 24, 42 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale Cedu, nella parte in cui «non prevedono — in caso di iscrizione di ipoteca giudiziale su di un terreno sul quale sia stato costruito un immobile abusivo, immobile gratuitamente acquisito al patrimonio del comune — la permanenza dell'ipoteca sul terreno a garanzia del creditore ipotecario».

1.1. — La corte rimettente riferisce che la società Brera Servizi Aziendali, cessionaria di un credito garantito da ipoteca iscritta su un terreno sul quale i debitori avevano realizzato un immobile abusivo, chiedeva — a seguito del pignoramento sia dell'immobile sia del terreno — la vendita dei beni staggiti.

Il giudice dell'esecuzione presso il Tribunale di Agrigento respingeva l'istanza e dichiarava improcedibile l'esecuzione forzata, in quanto l'immobile abusivo, l'area di sedime e quella circostante erano stati acquisiti al patrimonio comunale, ai

sensi dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, con conseguente estinzione del diritto di ipoteca iscritto sul fondo.

Nel successivo giudizio di opposizione agli atti esecutivi proposto dalla società, l'ordinanza del giudice dell'esecuzione veniva confermata dal Tribunale di Agrigento con sentenza del 9 luglio 2019, avverso la quale la società proponeva ricorso per cassazione.

La sezione III civile della Corte di cassazione ravvisava, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., una questione di massima di particolare importanza, concernente il consolidato orientamento di legittimità, secondo cui l'acquisto a titolo originario dell'immobile abusivo e dell'area di sedime estingue gli eventuali diritti di garanzia iscritti in precedenza sul terreno.

2. – Le sezioni unite, investite della questione, hanno ritenuto di non potersi discostare da tale consolidato orientamento (Cass., n. 33570 del 2021, *ForoPlus*; n. 23583 del 2017, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Fallimento*, n. 365; n. 23453 del 2017, *id.*, Rep. 2017, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 296; n. 1693 del 2006, *id.*, 2006, I, 1756), avallato anche dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, ad. plen., n. 16 del 2023, *id.*, 2023, III, 504; sez. VI n. 3697 del 2020, *ForoPlus*; sez. IV n. 398 del 2019, *ibid.*; sez. V n. 220 del 1997, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 730).

Hanno, dunque, promosso incidente di costituzionalità con riguardo sia all'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, sia all'art. 31, comma 3, d.p.r. n. 380 del 2001, per come ricostruiti dal diritto vivente.

2.1. – Il rimettente, dopo aver escluso la percorribilità di interpretazioni conformi alla Costituzione, ha ravvisato la rilevanza delle questioni, sul presupposto che «il collegio è chiamato necessariamente a fare applicazione, nel giudizio sottoposto al suo esame», della disciplina della cui legittimità costituzionale dubita.

2.2. – In ordine poi alla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* ha reputato le norme censurate contrastanti con diversi parametri costituzionali.

L'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985 e l'art. 31, comma 3, d.p.r. n. 380 del 2001, come interpretati, sarebbero contrari all'art. 3 Cost., poiché irragionevolmente sacrificerebbero l'ipoteca sul fondo, anche quando il creditore non abbia alcuna responsabilità nella realizzazione dell'abuso edilizio e nella demolizione dell'immobile.

Inoltre, le norme censurate lederebbero l'art. 24 Cost., poiché il creditore vedrebbe gravemente pregiudicata la possibilità di soddisfarsi in via esecutiva sul bene oggetto di un diritto reale di garanzia, che gli attribuisce lo *ius sequelae* e il diritto a essere soddisfatto con preferenza in sede espropriativa.

Infine, le medesime norme si porrebbero in conflitto con l'art. 42 Cost. e con l'art. 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale Cedu. A tal riguardo, il giudice *a quo* richiama la giurisprudenza della Corte Edu sul diritto al rispetto dei beni, ivi inclusi i crediti e le legittime aspettative, e sulla necessità di garantire un giusto equilibrio tra l'interesse generale alla regolamentazione dei beni e la salvaguardia dei diritti fondamentali. Nel caso della disciplina censurata, tale equilibrio non sarebbe assicurato, poiché il diritto di ipoteca verrebbe interamente sacrificato, senza che vi sia alcuna proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefigurato.

3. – È intervenuto nel giudizio il presidente del consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'avvocatura generale dello Stato, che ha chiesto di dichiarare le questioni inammissibili e, in ogni caso, non fondate.

4. – In via preliminare, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa statale.

4.1. – Secondo il presidente del consiglio dei ministri, l'ordinanza delle sezioni unite sarebbe adesiva al diritto vivente in base al quale la confisca amministrativa determina in capo al comune un acquisto a titolo originario della proprietà dell'immobile abusivo e dell'area di sedime. Da tale conferma deriverebbe l'impossibilità di coniugare, sia logicamente sia giuridicamente, «l'originarietà del titolo di acquisto con la sopravvivenza delle garanzie reali esistenti sull'immobile e

sull'area oggetto dell'ablazione, perché esse *simul stabunt, simul cadent*».

L'avvocatura dello Stato desume l'inammissibilità della censura.

4.2. – L'eccezione non è fondata.

L'avvocatura generale dello Stato postula una radicale incompatibilità, logica e giuridica, fra il titolo originario dell'acquisto e la possibile permanenza di garanzie reali, desumendo tale inconciliabilità dal brocardo *simul stabunt, simul cadent*.

Sennonché, la sorte di un diritto reale minore non è in sé pregiudicata dalla natura originaria dell'acquisto, bensì dipende dalla funzione di quest'ultimo e da come viene regolamentato dal legislatore.

Emblematico, in tal senso, è il dibattito che si è storicamente sviluppato intorno alla fattispecie acquisitiva dell'usucapione e che ha visto, da parte di numerosi interpreti, dubitare della configurabilità della cosiddetta *usucapio libertatis*. La sorte dei diritti reali minori dipende — nella fattispecie acquisitiva dell'usucapione ordinaria — dalle caratteristiche concrete del possesso e dal suo essere incompatibile o meno con la permanenza di diritti reali minori (si pensi a ipoteche o a servitù), nonostante l'estinzione del pregresso diritto dominicale (art. 1158 c.c.). Analogamente, nell'usucapione abbreviata, il destino dei diritti reali minori è condizionato da quanto si evince dal titolo astrattamente idoneo al trasferimento, che può far salvi diritti reali minori, benché venga meno il precedente titolo dominicale (art. 1159 c.c.).

Per tali ragioni, non è implausibile quanto argomentano le sezioni unite della Cassazione, che chiedono a questa corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, nella parte in cui omettono di preservare il diritto di ipoteca iscritto su un terreno, sul quale venga realizzato un abuso edilizio che, di seguito, sia acquisito a titolo originario dal comune insieme con il terreno stesso.

5. – Rigettata l'eccezione di inammissibilità, occorre, sempre in rito, rilevare d'ufficio che il giudice rimettente censura due norme, che si sono succedute nel tempo: l'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985 (articolo attualmente abrogato dall'art. 136, comma 2, lett. f, t.u. edilizia) e l'art. 31, comma 3, t.u. edilizia, previsione di identico tenore (di seguito integrata, con l'aggiunta di un terzo periodo, dal d.l. 29 maggio 2024 n. 69, recante «disposizioni urgenti in materia di semplificazione edilizia e urbanistica», convertito, con modificazioni, nella l. 24 luglio 2024 n. 105).

Solo l'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985 è, tuttavia, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto del giudizio *a quo* e, dunque, sono rilevanti unicamente le censure poste con riguardo alla norma recata da tale disposizione.

6. – Nel merito, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, sollevate in riferimento agli art. 3, 24 e 42 Cost., sono fondate nei termini che seguono.

7. – La norma censurata si colloca nel quadro di una disciplina che regola le conseguenze di violazioni particolarmente gravi della normativa urbanistico-edilizia, che consistono nella realizzazione di opere: in assenza di concessione (oggi, permesso di costruire); in totale difformità dalla medesima (secondo quanto specifica il comma 1 dell'art. 7 l. n. 47 del 1985); ovvero con variazioni essenziali (come determinate ai sensi dell'art. 8 della medesima legge).

Il competente organo comunale, una volta accertate le su citate violazioni, se non provvede direttamente alla demolizione dell'abuso e al ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile (art. 4, commi 1, 2 e 4, e 6 l. n. 47 del 1985, nonché, analogamente, art. 27, comma 2, e 29, comma 1, t.u. edilizia), ingiunge a quest'ultimo di demolire l'abuso con un provvedimento che ha funzione ripristinatoria (art. 7, comma 2, l. n. 47 del 1985 e, nel t.u. edilizia, art. 31, comma 2, secondo cui l'ingiunzione è rivolta sia al responsabile dell'abuso sia al proprietario dell'immobile).

Se il responsabile dell'abuso «non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acqui-

siti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita» (è quanto dispone il censurato art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, non diversamente da quanto testualmente prevede l'art. 31, comma 3, t.u. edilizia).

Il provvedimento di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, previamente notificato all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari dell'acquisto in capo al comune (art. 7, comma 4, l. n. 47 del 1985 e, nei medesimi termini, art. 31, comma 4, t.u. edilizia).

Il responsabile dell'abuso può, comunque, impedire che si integri il meccanismo acquisitivo da parte del comune se, entro il citato termine di novanta giorni dall'ingiunzione, ottiene la concessione in sanatoria (art. 13 della legge n. 47 del 1985 e, con formulazione analoga, art. 36, comma 1, t.u. edilizia).

Viceversa, in caso di acquisizione dell'opera, il comune deve disporre, con ordinanza, la demolizione a spese del responsabile dell'abuso, «salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali» (art. 7, comma 5, l. n. 47 del 1985 e, con minime variazioni, art. 31, comma 5, t.u. edilizia).

La richiamata disciplina, prevista con l. n. 47 del 1985 (e riprodotta con minime variazioni nel t.u. edilizia), non ha introdotto *ex novo* la cosiddetta confisca edilizia, ma ha apportato significative innovazioni all'istituto, rispetto a quanto già in precedenza disponeva l'art. 15 l. 28 gennaio 1977 n. 10 («norme per la edificabilità dei suoli»). In particolare, si segnala che l'art. 7 l. n. 47 del 1985 non prevede più che le opere gratuitamente acquisite dal comune entrino a far parte del patrimonio indisponibile dell'ente pubblico e non subordina più l'acquisizione del bene e dell'area di sedime all'adozione di un'ordinanza motivata del sindaco, vidimata e resa esecutiva dall'autorità giudiziaria (come invece statuiva l'art. 15, commi 3, 4 e 5, l. n. 10 del 1977).

8. – Delineati i tratti essenziali della normativa nella quale si colloca l'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, occorre evidenziare che i dubbi di legittimità costituzionale traggono origine dall'inquadramento della confisca fra gli acquisti a titolo originario della proprietà.

8.1. – Tale qualificazione è stata sostenuta dalla Corte di cassazione sin dal 2006 (Cass. n. 1693 del 2006, cit.) ed era stata anche in precedenza evocata, in un *obiter dictum*, da un'altra sentenza resa a sezioni unite (Cass., sez. un., 12 giugno 1999, n. 322, *id.*, 1999, I, 3245).

Nel riferimento normativo all'acquisizione «di diritto» al patrimonio del comune, la giurisprudenza di legittimità ha ravvisato un meccanismo autonomo che prescinde da «una qualsivoglia vicenda di trasferimento dal precedente titolare del bene». Pertanto — conclude la citata pronuncia n. 1693 del 2006 — «questo, e non altro, risulta il significato da attribuire al sintagma normativo che predica l'acquisizione «di diritto»».

L'interpretazione appena richiamata ha trovato, di seguito, conferma anche nella ricostruzione del successivo art. 31, comma 3, d.p.r. n. 380 del 2001 e si è venuta a consolidare nel tempo ad opera sia della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 33570 del 2021, cit.; sez. II, ord. 30 gennaio 2020, n. 2194; nonché le già citate n. 23583 del 2017; n. 23453 del 2017; n. 1693 del 2006) sia di quella del Consiglio di Stato (sez. VII, sent. 8 marzo 2023, n. 2459, *ForoPlus*; e le già citate ad. plen. n. 16 del 2023; sez. VI n. 3697 del 2020; sez. IV n. 398 del 2019; sez. quinta, n. 220 del 1997).

Da tale qualificazione — e in assenza di una previsione di legge che specifichi la sorte dei diritti reali minori — il diritto vivente ha, altresì, dedotto che «eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione» (Cons. Stato, citata sentenza n. 16 del 2023 e, in precedenza, la giurisprudenza della Corte di cassazione sin dalla sentenza n. 1693 del 2006, cit.). La confisca viene, in sostanza, assimilata, «*quoad effecta*, al «perimento del bene», vicenda della quale l'art. 2878 c.c. predica, come con-

seguenza, l'estinzione del diritto reale di garanzia» (Cass. n. 1693 del 2006); ciò renderebbe irrilevanti le norme sull'ipoteca, che attribuiscono al creditore ipotecario il diritto di sequela sul bene e il diritto a essere soddisfatto con preferenza in sede espropriativa.

8.2. – Questa corte — preso atto che, a favore della qualificazione della confisca edilizia come acquisto a titolo originario, si è formato un diritto vivente, confermato e ulteriormente motivato dalle sezioni unite della Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione — assume la norma censurata come ricostruita dal diritto vivente.

Sotto il profilo delle implicazioni di tale inquadramento, va ribadito — come già precisato nell'esame dell'eccezione di rito (*supra*, punto 4.2 del considerato in diritto) e come presupposto dalla stessa ordinanza di rimessione delle sezioni unite — che la natura originaria dell'acquisto non è in sé logicamente e ontologicamente incompatibile con una disciplina che espressamente preveda (o — come nel caso dell'usucapione — consenta di desumere dai presupposti normativi che compongono la fattispecie acquisitiva) la salvezza di pregressi diritti reali.

Quanto all'onere della trascrizione, l'art. 7, comma 4, l. n. 47 del 1985 lascia trasparire una funzione della pubblicità di natura dichiarativa (diversa da quella di cui all'art. 2651 c.c. prevista in materia di usucapione), là dove considera il provvedimento che accerta l'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, notificato all'interessato, titolo sia per l'immissione nel possesso sia per la trascrizione. Il Consiglio di Stato (ancora sentenza n. 16 del 2023) sottolinea, al riguardo, che dare adempimento all'onere di trascrizione «rappresenta un atto indispensabile al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi l'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà e consolidarne gli effetti».

9. – Tanto premesso, i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dall'ordinanza di rimessione in riferimento agli art. 3, 24 e 42 Cost. riguardano l'asserita irragionevolezza del sacrificio imposto dal meccanismo acquisitivo a titolo originario al creditore «che abbia iscritto ipoteca sul fondo, senza avere alcuna responsabilità nell'abuso edilizio e nel conseguente rifiuto di procedere alla demolizione dell'immobile».

La censura si focalizza, dunque, sull'irragionevole sacrificio imposto al creditore ipotecario non responsabile dell'abuso edilizio.

9.1. – Il credito garantito da ipoteca gode nell'ordinamento giuridico di una protezione peculiare, che discende dalla realtà del diritto di garanzia e dalla sua accessibilità al credito.

Il diritto di ipoteca attribuisce al titolare: lo *ius sequelae*, che consente di far valere la garanzia anche nei confronti dei terzi acquirenti del bene (ai sensi e nei limiti di cui agli art. 2858 ss. c.c.); lo *ius distrahendi*, che permette al creditore di far espropriare i beni vincolati a garanzia del suo credito; e lo *ius praelationis*, che comporta la facoltà di soddisfare la pretesa creditoria con preferenza sul prezzo ricavato dalla vendita forzata (art. 2741, comma 1, e 2808 c.c., nonché art. 510, comma 2, c.p.c.). Al contempo, in caso di cessione del credito, l'accessibilità della garanzia fa sì che il diritto reale si trasferisca insieme con il credito (art. 1263, comma 1, c.c.).

L'ipoteca, dunque, compone il patrimonio del creditore; comporta, in caso di espropriazione per pubblica utilità, un obbligo indennitario al pari degli altri diritti reali, come previsto dall'art. 25, comma 1, d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, recante «testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (testo A)» e gode di una tutela riconducibile all'art. 42 Cost.

Inoltre, essendo una garanzia accessoria al credito, essa è attratta nell'alveo protettivo dell'art. 24 Cost., quale strumento volto ad assicurare una tutela preferenziale del credito in sede esecutiva. Come questa corte ha più volte affermato, «la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti assicurata dall'art. 24 Cost. comprende anche la fase dell'esecuzione forzata, in quanto necessaria a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giudiziale» (*ex plurimis*, sentenze n. 159 del 2023, *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Danni civili*, n. 207; n. 228 e n. 140 del 2022, rispettivamente *id.*, 2023, I, 1387, e *id.*, 2022, I, 2225; n. 128 del 2021, *id.*, 2021, I, 2620).

9.2. – Così ricostruito il meccanismo di tutela che l'ordinamento accorda al creditore ipotecario e che richiama lo schermo protettivo degli art. 24 e 42 Cost., occorre riflettere sulla funzione che svolge la confisca edilizia, onde verificare se e a quali condizioni risulti irragionevole che essa comporti l'estinzione del diritto reale di garanzia.

L'acquisizione *ex lege* da parte del comune integra — secondo quanto già precisato da questa corte — «una sanzione in senso stretto, distinta dalla demolizione, che “rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla” (sentenza n. 345 del 1991, *id.*, 1992, I, 3, punto 2 del considerato in diritto; nello stesso senso, sentenza n. 427 del 1995, *ForoPlus*, e ordinanza n. 82 del 1991, *Foro it.*, 1992, I, 4; analogamente, Cass. 26 gennaio 2006, n. 1693)» (sentenza n. 140 del 2018, *id.*, Rep. 2019, voce *Regione*, n. 245).

Pertanto — secondo questa Corte — qualora il proprietario sia radicalmente estraneo all'illecito e «non abbia la possibilità di ottemperare direttamente all'ordine di demolizione» (sentenza n. 345 del 1991, cit.), non essendo il bene nella sua materiale disponibilità, «non ricorr[o]no i presupposti per l'acquisizione gratuita del bene [e] la funzione ripristinatoria dell'interesse pubblico violato dall'abuso, sia pur ristretta alla sola possibilità della demolizione, rimane affidata al potere-dovere degli organi comunali di darvi esecuzione d'ufficio» (sentenza n. 140 del 2018, cit., che riprende in proposito la citata sentenza n. 345 del 1991).

Ribadisce tale «finalità afflittiva» la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che — intervenendo con riguardo alla disciplina prevista dal t.u. edilizia, che ha espressamente considerato il proprietario, insieme al responsabile, destinatario dell'obbligo di demolire (art. 31, comma 2, t.u. edilizia) — ritiene esperibile la confisca edilizia anche nei confronti del nudo proprietario che non abbia realizzato l'abuso, ma che, in quanto obbligato *propter rem* alla demolizione, risulti responsabile dell'inottemperanza a tale obbligo (Cons. Stato n. 16 del 2023, cit.; sez. VI 17 marzo 2023, n. 2769, *ForoPlus*).

Ebbene, alla luce della funzione della confisca edilizia, è palese l'irragionevolezza di una disciplina che determina l'automatica estinzione del diritto reale di ipoteca e il conseguente pregiudizio alla tutela del credito, a scapito di un creditore ipotecario che non sia responsabile dell'abuso.

Questi, infatti, finisce per subire le conseguenze sanzionatorie di un illecito al quale è del tutto estraneo, poiché — se non è responsabile dell'abuso edilizio — non può essere destinatario dell'ordine di demolizione, di cui all'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, e, dunque, non può rispondere dell'inottemperanza all'ordine.

D'altro canto, il creditore ipotecario non può neppure ritenersi obbligato *propter rem* alla demolizione, posto che tale diritto reale di garanzia non gli attribuisce né il possesso né la detenzione del bene.

9.3. – Così acclarata l'irragionevolezza del sacrificio imposto al creditore ipotecario, che non sia responsabile dell'abuso edilizio, non vi sono ragioni — alla luce della disciplina vigente — per circoscrivere la sua tutela al solo caso in cui abbia iscritto ipoteca sul terreno o sia divenuto cessionario del diritto prima della realizzazione dell'immobile abusivo.

Occorre, infatti, rilevare che la natura abusiva di un immobile non incide sulle vicende relative al diritto di ipoteca.

La nullità degli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento di diritti reali sugli immobili, rispetto ai quali non risultino gli estremi della concessione a edificare o della concessione in sanatoria, non si applica agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia (art. 17, comma 1, secondo periodo, l. n. 47 del 1985, abrogato dal t.u. edilizia e sostituito dall'art. 46, comma 1, secondo periodo, d.p.r. n. 380 del 2001, di identico tenore, nonché — con riferimento alle opere realizzate prima del 1° ottobre 1983 e non condonate — art. 40, comma 2, l. n. 47 del 1985).

Inoltre, la sentenza che accerta tale nullità non pregiudica i diritti reali di garanzia acquisiti in base a un atto iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta a far accertare

detta nullità (art. 17, comma 3, e 40, comma 4, l. n. 47 del 1985, nonché, di seguito, art. 46, comma 3, d.p.r. n. 380 del 2001). In tal modo, si deroga a quanto contempla l'art. 2652, comma 1, n. 6), c.c., che, viceversa, fa salvi i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi solo se la domanda di nullità è stata trascritta cinque anni dopo la trascrizione dell'atto impugnato e solo se i terzi hanno trascritto o iscritto in buona fede il loro atto anteriormente alla trascrizione della domanda.

La richiamata disciplina dettata dalla l. n. 47 del 1985 (e successivamente dal t.u. edilizia) risponde, evidentemente, alla *ratio* di offrire una particolare protezione al creditore titolare di diritti reali di garanzia, sul presupposto che le ragioni creditorie risultino estranee a quelle istanze di tutela dei traffici giuridici e di contrasto alle finalità speculative, insite nella disciplina di repressione dell'abusivismo, che giustificano la nullità di cui ai citati art. 17, comma 1, primo periodo, e 40, comma 2, l. n. 47 del 1985, nonché 46, comma 1, primo periodo, t.u. edilizia (una nullità che la Corte di cassazione ha, di recente, ascripto al modello dell'art. 1418, comma 3, c.c.: sez. un. 22 marzo 2019, n. 8230, *id.*, 2019, I, 2370).

Al contempo, la logica cui si ispira la normativa concernente il diritto di ipoteca avente a oggetto un immobile abusivo si definisce e chiarisce ulteriormente nel raccordo con le regole che governano la procedura esecutiva.

Per un verso, la nullità degli atti aventi a oggetto immobili abusivi non si applica a quelli «derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali» (art. 17, comma 5, l. n. 47 del 1985, introdotto con l'art. 8, comma 5 *bis*, d.l. 23 aprile 1985 n. 146, recante «proroga di taluni termini di cui alla l. 28 febbraio 1985 n. 47, concernente norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive», convertito, con modificazioni, nella l. 21 giugno 1985 n. 298, anch'esso in seguito abrogato dal t.u. edilizia e riprodotto nel corrispondente art. 46, comma 5, d.p.r. n. 380 del 2001).

Per un altro verso, la disciplina della vendita forzata assicura il rispetto della normativa urbanistico-edilizia.

Infatti, l'«aggiudicatario, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13 della presente legge» — vale a dire qualora presenti la cosiddetta doppia conformità — «dovrà presentare domanda di concessione in sanatoria entro 120 giorni dalla notifica del decreto emesso dalla autorità giudiziaria» (in base al citato art. 17, comma 5, l. n. 47 del 1985). Parimenti, qualora l'immobile sia condonabile, in quanto rientri nelle previsioni di sanabilità di cui al capo IV della medesima legge e sia oggetto di un trasferimento derivante da procedure esecutive, «la domanda di sanatoria può essere presentata entro centoventi giorni dall'atto di trasferimento dell'immobile purché le ragioni di credito per cui si interviene o procede siano di data anteriore all'entrata in vigore della [medesima] legge» (art. 40, comma 6, l. n. 47 del 1985 e successivamente: art. 39 l. 23 dicembre 1994 n. 724, recante «misure di razionalizzazione della finanza pubblica» e art. 32 d.l. 30 settembre 2003 n. 269, recante «disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici», convertito, con modificazioni, nella l. 24 novembre 2003 n. 326).

Ove, viceversa, non ricorrano i presupposti per ottenere la sanatoria dell'immobile o non trovino applicazione eventuali condoni, da un lato, il carattere abusivo e non sanabile dell'immobile deve risultare dall'avviso di vendita (in tal senso, Cass., 11 ottobre 2013, n. 23140, *id.*, Rep. 2013, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 57) e, da un altro lato, il bene viene trasferito all'aggiudicatario unitamente all'obbligazione *propter rem* di provvedere alla demolizione, con tutte le conseguenze che ne derivano in caso di inottemperanza.

In definitiva, la presenza di un abuso edilizio non incide sulla circolazione e sulla tutela del credito ipotecario, le cui facoltà si fanno valere in sede espropriativa, nel rispetto della normativa urbanistico-edilizia.

Pertanto, posto che l'ordinamento giuridico accorda normalmente tutela al creditore che acquista l'ipoteca su un immobile già abusivo, non vi è ragione per cui quel medesimo creditore ipotecario, non responsabile dell'abuso edilizio, debba essere pregiudicato solo perché l'immobile abusivo viene confiscato

dal comune per effetto di una sanzione inflitta per l'inottemperanza a un ordine di demolizione, di cui altri devono rispondere.

9.4. – Infine, occorre sottolineare che la confisca edilizia non frappone ostacoli alla esperibilità della vendita forzata nei confronti del comune che abbia acquisito l'immobile, l'area di sedime e quella circostante, ex art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985.

Il comune va considerato a tutti gli effetti quale terzo acquirente del bene ipotecato, ai sensi degli art. 2858 ss. c.c., e i beni confiscati devono ritenersi acquisiti al patrimonio disponibile dell'ente pubblico.

Occorre, a tal riguardo, rammentare — come già precisato (*supra*, punto 7 del considerato in diritto) — che l'art. 7 l. n. 47 del 1985 (così come la successiva disciplina introdotta con l'art. 31 t.u. edilizia) non ha riprodotto quanto precedentemente disposto dall'art. 15, comma 3, l. n. 10 del 1977, il quale stabiliva espressamente l'acquisizione dei beni confiscati dal comune al patrimonio indisponibile dell'ente pubblico, in linea con la previsione del loro necessario utilizzo a fini pubblici. Per converso, nel diverso quadro normativo delineato dall'art. 7 l. n. 47 del 1985, deve ritenersi che i beni confiscati siano acquisiti al patrimonio disponibile, a meno che non risulti integrata l'ipotesi, divenuta eccezionale, del mantenimento dell'opera per prevalenti interessi pubblici, ai sensi dell'art. 7, comma 5, l. n. 47 del 1985 (*infra*, punto 12 del considerato in diritto).

In base all'art. 826 c.c., appartengono, infatti, al patrimonio indisponibile solo i beni di enti pubblici «destinati ad un pubblico servizio». In particolare, secondo un consolidato orientamento della Corte di cassazione, «affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili in quanto destinati ad un pubblico servizio, ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c., deve sussistere il doppio requisito (soggettivo e oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico (e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio) e dell'effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio» (Cass. 21 giugno 2011, n. 13585, *ForoPlus*; sez. un. 3 dicembre 2010, n. 24563, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Comune*, n. 682; sez. II 16 dicembre 2009, n. 26402, *id.*, Rep. 2009, voce cit., n. 550; sez. un. 28 giugno 2006 n. 14865, *id.*, Rep. 2006, voce *Demanio*, n. 30; 27 novembre 2002, n. 16831, *id.*, Rep. 2002, voce cit., n. 8; 15 luglio 1999, n. 391, *id.*, 2000, I, 575; negli stessi termini, Cass., sez. II, ord. 26 novembre 2020, n. 26990, *id.*, Rep. 2020, voce *Comune*, n. 325).

Da ultimo, l'appartenenza dei beni confiscati al patrimonio disponibile è avvalorata anche dalla recente introduzione nel t.u. edilizia della previsione che consente al comune, a determinate condizioni, di alienare i beni confiscati. In particolare, «[n]ei casi in cui l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, culturali, paesaggistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico, il comune, previo parere delle amministrazioni competenti ai sensi dell'art. 17 bis l. n. 241 del 1990, può, altresì, provvedere all'alienazione del bene e dell'area di sedime determinata ai sensi del comma 3, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 12, comma 2, l. 15 maggio 1997 n. 127, condizionando sospensivamente il contratto alla effettiva rimozione da parte dell'acquirente delle opere abusive. È preclusa la partecipazione del responsabile dell'abuso alla procedura di alienazione. Il valore venale dell'immobile è determinato dall'agenzia del territorio tenendo conto dei costi per la rimozione delle opere abusive» (art. 1, comma 1, lett. d, d.l. n. 69 del 2024, come convertito, che ha aggiunto la citata disposizione dopo il primo periodo dell'art. 31, comma 5, d.p.r. n. 380 del 2001).

10. – Illustrate le motivazioni che evidenziano l'irragionevolezza del sacrificio imposto dalla norma censurata al creditore ipotecario non responsabile dell'abuso edilizio, occorre sottolineare che l'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985 viola gli art. 3, 24 e 42 Cost. anche sotto il profilo della sproporzione di quel medesimo sacrificio.

Il titolare del diritto di ipoteca — a fronte di una norma che non fa salvo il suo diritto reale — si vedrebbe, infatti, costretto a una continua vigilanza sull'immobile, onde poter chiedere al-

l'autorità giudiziaria la cessazione di quegli atti del debitore o di terzi che, in quanto idonei a creare i presupposti della confisca edilizia, sarebbero tali da cagionare il perimento giuridico del bene e, con esso, l'estinzione della sua garanzia (art. 2813 c.c.).

Sennonché, si tratta di iniziative inesigibili, alla stregua dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare, il dovere del creditore di tenere una condotta attiva, atta a mitigare il danno, non comprende l'esercizio di attività gravose, quali sarebbero la vigilanza incessante sull'immobile e l'accertamento del carattere abusivo di eventuali manufatti, nonché l'assunzione di iniziative dispendiose e implicanti rischi, quale sarebbe l'avvio di un'azione giudiziale (Cass., ord. 5 agosto 2021, n. 22352, *id.*, Rep. 2021, voce *Danni civili*, n. 163; 8 febbraio 2019, n. 3797, *id.*, Rep. 2019, voce cit., n. 161; 5 ottobre 2018, n. 24522, *id.*, Rep. 2018, voce cit., n. 142; sent. 11 marzo 2016, n. 4865, *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 127).

D'altro canto, non smentisce la sproporzione del sacrificio determinato dall'estinzione dell'ipoteca l'esistenza di rimedi successivi, che residuerebbero al creditore in caso di perimento giuridico del bene. Quest'ultimo, privato del diritto di rifarsi in via preferenziale sui beni ipotecati, dovrebbe confidare nella permanenza di una parte del terreno oggetto della garanzia reale, non acquisito dal comune, sul quale esercitare l'azione esecutiva, o tentare di richiedere idonea garanzia su altri beni del debitore (art. 2743 c.c.) o agire, in via risarcitoria, rispetto al responsabile dell'inottemperanza all'obbligo di demolizione, per la perdita del diritto di ipoteca.

Nondimeno, tutti i rimedi evocati configurano forme alternative di tutela ipotetiche e aleatorie, tali da risultare inadeguate a compensare il sacrificio imposto.

Appare, allora, evidente la sproporzione, oltre che l'irragionevolezza, di un pregiudizio del credito *in executivis* non necessario a preservare la funzione sanzionatoria propria della confisca edilizia.

11. – Per le ragioni esposte, sono fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli art. 3, 24 e 42 Cost., e va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire.

Resta assorbita la censura concernente l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale Cedu.

12. – Se, dunque, si impone di preservare, alle condizioni specificate, il diritto di ipoteca, deve rilevarsi che tale diritto è destinato nondimeno a estinguersi, ove il comune dichiari — secondo il procedimento e nel rispetto dei limiti di cui all'art. 7, comma 5, l. n. 47 del 1985 — l'esistenza di prevalenti interessi pubblici al mantenimento dell'immobile.

Simile provvedimento — che questa corte ha ritenuto una previsione eccezionale da assumere, accertando «l'esistenza di uno specifico interesse pubblico alla conservazione [dell'immobile] e la prevalenza di questo sull'interesse pubblico al ripristino della conformità del territorio alla normativa urbanistico-edilizia» (sentenza n. 140 del 2018, cit.) — imprime un vincolo di destinazione al bene acquisito dal comune, che finisce per attrarlo nel patrimonio indisponibile dell'ente.

Questo determina, pertanto, una nuova e diversa ponderazione degli interessi implicati.

13. – Da ultimo, dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, questa corte prende atto che l'art. 31, comma 3, d.p.r. n. 380 del 2001 — che la corte rimettente ha direttamente censurato, ma rispetto al quale le questioni sollevate sono irrilevanti e dunque inammissibili — ha un tenore letterale identico a quello dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985.

In particolare, i primi due periodi dell'art. 31, comma 3, t.u. edilizia prevedono che, «[s]e il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del

comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita». Anche rispetto a tale disposizione si è consolidato un diritto vivente (*supra*, punti 8 e 8.1 del considerato in diritto) che ravvisa un acquisto a titolo originario in capo al comune, dal quale si fa discendere l'estinzione del diritto di ipoteca in precedenza iscritto.

A ciò si aggiunga che l'apparato di regole sistematicamente coordinato alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima, e che ha inciso sulle motivazioni addotte a supporto di tale declaratoria, trova corrispondenza — come si è in precedenza evidenziato (*supra*, punti 7 e 9.3 del considerato in diritto) — con quanto disposto dal d.p.r. n. 380 del 2001.

Valgono, allora, rispetto all'art. 31, comma 3, primo e secondo periodo, t.u. edilizia, le medesime motivazioni poste a supporto della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985.

Pertanto, va dichiarata l'illegittimità costituzionale in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87 (norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), dell'art. 31, comma 3, primo e secondo periodo, d.p.r. n. 380 del 2001, nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire.

Per questi motivi, la Corte costituzionale:

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. 28 febbraio 1985 n. 47 (norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie), nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire;

2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 3, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, recante «testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. (testo A)», sollevate, in riferimento agli art. 3, 24, 42 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

3) dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87 (norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 3, primo e secondo periodo, d.p.r. n. 380 del 2001, nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire.

Nota di richiami

(1-3) Sulla confisca edilizia, i precedenti della Consulta che rilevano a guisa di una road map sono due: Corte cost. 15 luglio 1991, n. 345, *Foro it.*, 1992, I, 3 e *Giur. cost.*, 1991, 2757, con nota di G. MORBIDELLI, *La confisca delle opere abusive al vaglio della Corte: dalla tutela del proprietario incolpevole al principio del contraddittorio nelle sanzioni edilizie*, nonché *Giust. civ.*, 1992, I, 872, con nota di M. ANNUNZIATA, *Responsabilità per costruzione abusiva non realizzata dal proprietario del suolo*, e 5 luglio 2018, n. 140, *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Regione*, n. 245. Se il primo *decisum* è significativo in quanto, al netto della demolizione del manufatto abusivo, sancisce che la confisca edilizia dell'area non opera quando il proprietario della stessa sia estraneo all'abuso, il secondo non è da meno. Gli immobili abusivi, leggiamo, una volta entrati nel patrimonio dei comuni, devono essere demoliti e solo in via eccezionale, attraverso una valutazione caso per caso, possono essere conservati. Alla luce di questo principio fondamentale di «governo del territorio», contenuto nel testo unico sull'edilizia, la Consulta ebbe a decretare l'illegittimità co-

stituzionale della legge regionale della Campania n. 19 del 2017 sulla conservazione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio dei comuni, là dove consentiva ai comuni stessi di non demolire questi immobili — in particolare locandoli o alienandoli anche ai responsabili degli abusi — senza attenersi al principio fondamentale del testo unico sull'edilizia. Secondo la corte, infatti, il legislatore statale, «in considerazione della gravità del pregiudizio recato all'interesse pubblico» dagli abusi urbanistico-edilizi, ne ha imposto la rimozione, con il conseguente ripristino dell'ordinato assetto del territorio, «in modo uniforme in tutte le regioni». Quanto alla possibilità di locare o alienare gli immobili acquisiti al patrimonio comunale a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione — qualunque sia il soggetto destinatario (occupante per necessità oppure no) —, l'art. 2, comma 2, l. reg. Campania 19/17 la rendeva un «esito normale», ma così facendo, secondo la Consulta, violava il principio fondamentale della demolizione, nonché quello della conservazione, in via eccezionale, soltanto se, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, vi sia uno specifico interesse pubblico prevalente rispetto al ripristino della conformità del territorio alla normativa urbanistico-edilizia, e sempre che la conservazione non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico. In argomento, spunti utilissimi si traggono da E. BONELLI, *Effettività del sistema sanzionatorio edilizio e tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu*, in <federalismi.it>, 19 dicembre 2018; E. RINALDI, *La Corte costituzionale e la conservazione degli immobili abusivi come misura alternativa alla demolizione*, in *Giur. cost.*, 2018, 1595, e M. GALDI, *Incostituzionalità della previsione di linee guida regionali in tema di acquisizione al patrimonio comunale di immobili abusivi e limiti delle leggi provvedimento. Un commento a prima lettura di Corte cost. 5 luglio 2018, n. 140*, in <osservatoriosullefonti.it>, 2018, n. 3.

Si segnala che Cass. 30 aprile 2024, n. 11618, *ForoPlus*, aveva rinviato la causa a nuovo ruolo in attesa della decisione della Consulta sulla questione di legittimità costituzionale. [S. PAGLIANTINI]

* * *

Ipoteca e confisca edilizia: vince il creditore

di CIRO DE LORENZO

1. — Un dato va rimarcato prima di ogni cosa: la disciplina dell'attività edilizia, al cui controllo era finalizzata la l. 28 febbraio 1985 n. 47, oggi in gran parte trasfusa nel d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 (t.u. edilizia), appare così poliedrica e multiforme da produrre, in certi casi, effetti di vero e proprio disorientamento. Vi coesistono prescrizioni rispetto alle quali è obiettivamente arduo, se non adoperandosi con speciale applicazione, individuare l'interesse pubblico sotteso: si pensi, molto banalmente, allo spostamento di un tramezzo interno ad un'abitazione, e cioè di un muro privo di rilevanza strutturale, che richiede l'attivazione di un procedimento amministrativo e il conseguimento di un titolo abilitante, sia pure nella forma del silenzio assenso, e la cui mancanza rende illecita, anche penalmente, la condotta di chi abbia, cionondimeno, eseguito l'intervento. Si tratta, in sostanza, di un'attività soggetta a un controllo dell'autorità amministrativa, le cui ragioni giustificatrici, realisticamente legate ad esigenze igienico sanitarie di sufficiente illuminazione e aereazione degli ambienti, appaiono oggi così sfumate da scalfire solo parzialmente la tentazione di relegarle a mere occasioni di esercizio di potere.

Al contempo, la disciplina dell'attività edilizia comprende altre prescrizioni che perseguono interessi pubblici molto seri, di portata così elevata da scomparire, di nuovo, ma per motivi opposti ai precedenti, dal campo visivo di un osservatore distratto: il riferimento è in questo caso, per fare un esempio di triste attualità, alle prescrizioni che vietano di costruire abitazioni nelle aree ad elevato rischio idrogeologico, la cui violazione può comportare pericoli anche molto rilevanti per la sicurezza delle persone che vi abitano, non importa se autori dell'illecito o successivi acquirenti, anche all'asta, del manufatto (*rectius*: del terreno su cui sia stato abusivamente edificato il manufatto).

Vi è da dire che l'impianto normativo in discorso non sembra pensato per agevolare i distinguo: non fa eccezione la norma recentemente sottoposta al giudizio della Corte costituzionale con la sentenza n. 160 del 2024, che si riporta, rappresentata dal comma 3 dell'art. 7 l. n. 47 del 1985, e oggi contenuta nell'art. 31, comma 3, d.p.r. n. 380 del 2001. Tale norma, che costituisce uno dei cardini del sistema di contrasto alle forme più gravi di abusivismo edilizio (opere eseguite in assenza di concessione, in totale difformità o con variazioni essenziali), non opera alcuna significativa distinzione tra manufatto abusivo per "scelta" del costruttore, che abbia o meno di avviare il procedimento abilitativo, e manufatto costruito su un'area soggetta a vincolo di inedificabilità assoluta, rispetto al quale il conseguimento di un titolo abilitativo sarebbe stato anche astrattamente inconcepibile. In entrambi i casi l'autorità comunale, accertata l'esecuzione di opere in assenza di titolo abilitativo, in totale difformità dal medesimo ovvero con variazioni essenziali, ingiunge la demolizione e, a seguito dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione e ripristino dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio pubblico⁽¹⁾.

È comprensibile, pertanto, che l'approccio dell'interprete alla disciplina dell'attività edilizia — se si modifica, più che il punto di vista, il fuoco del fenomeno oggetto di osservazione — possa essere ora più indulgente ora più severo, e condurre a risultati diametralmente opposti.

2. — Nel solco dell'interpretazione più indulgente si colloca anche la recente pronuncia della Corte costituzionale 160/24, che nel conflitto tra l'interesse pubblico all'acquisizione gratuita del manufatto abusivo e interesse del creditore, che abbia iscritto ipoteca sul terreno prima della realizzazione dell'abuso, a conservare la propria garanzia reale, ha ritenuto recessivo il primo, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. 47/85, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto del giudizio *a quo*⁽²⁾, nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire.

La questione si era originata nell'ambito di un procedimento di espropriazione immobiliare avente ad oggetto un fabbricato costruito abusivamente, avviato dal creditore che, prima della realizzazione del manufatto, aveva iscritto ipoteca sul terreno. Nelle sedi di merito l'esecuzione forzata era stata dichiarata improcedibile in quanto l'immobile abusivo, l'area di sedime e quella circostante erano stati acquisiti al patrimonio comunale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985, con conseguente estinzione del diritto di ipoteca iscritto sul fondo.

Investite della questione, quale questione di massima di particolare importanza ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., le sezioni unite della Cassazione hanno ritenuto di promuovere l'incidente di costituzionalità al fine di superare un'impasse logico-giuridico così sommariamente ricostruibile:

1) da un lato, non si riteneva di potersi discostare dal consolidato orientamento (Cass. n. 33570 del 2021, *ForoPlus*; n. 23583 del 2017, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Fallimento*, n. 365; n. 23453 del 2017, *id.*, Rep. 2017, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 296; n. 1693 del 2006, *id.*, 2006, I, 1756), avallato anche dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, ad. plen., n. 16 del 2023, *id.*, 2023, III, 504, con nota di C. BONA, *Il contrasto all'abusivismo*

edilizio, tra gli art. 31 e 41 d.p.r. 380/01; sez. VI n. 3697 del 2020, *ForoPlus*; sez. IV n. 398 del 2019, *ibid.*; sez. VI n. 220 del 1997, *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 730), secondo cui l'acquisizione dell'immobile abusivo e dell'area di sedime, in quanto disposta "di diritto" secondo la formula normativa, integra un acquisto a titolo originario, incompatibile con la persistenza di eventuali diritti di garanzia iscritti in precedenza sul terreno;

2) dall'altro, l'esito del travolgimento dei diritti del creditore ipotecario, conseguente alla natura originaria della fattispecie acquisitiva, appariva irragionevole al cospetto dell'assenza di qualsiasi responsabilità del creditore nella realizzazione dell'abuso, con conseguente, ipotizzata, lesione degli art. 24, 42 e 117, comma 1, Cost., l'ultimo dei quali in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale Cedu.

3. — La Corte costituzionale, in primo luogo, preso atto che a favore della qualificazione della confisca edilizia come acquisto a titolo originario si era formato un diritto vivente, confermato e ulteriormente motivato dalle sezioni unite della Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione, ha assunto la norma censurata come ricostruita dal diritto vivente.

La premessa, in sé, è ineccepibile; lo è meno, forse, l'idea — formatasi nella giurisprudenza di legittimità⁽³⁾ — di far derivare tale qualificazione dal sintagma normativo che predica l'acquisizione "di diritto", posto che al medesimo sintagma normativo il codice civile ha fatto ricorso in altre fattispecie di sicura natura derivativa. Si pensi all'acquisto dei beni del defunto da parte dello Stato in mancanza di altri successibili, che a norma dell'art. 586 c.c. «si opera di diritto senza bisogno di accettazione» e del quale Cass. 11 marzo 1995, n. 2862 (*id.*, Rep. 1995, voce *Trentino-Alto Adige*, n. 20) ha confermato la natura di acquisto *iure successionis* a titolo derivativo, oppure, ancora in materia successoria, all'acquisto per accrescimento tra coeredi o legatari, che pure ha luogo "di diritto" ai sensi dell'art. 676 c.c. e di cui non è stato mai messo in dubbio il titolo derivativo.

Anche la seconda premessa — della logica e ontologica compatibilità tra natura originaria dell'acquisto e salvezza di pregressi diritti reali — non costituisce, almeno in riferimento ai diritti di ipoteca, un punto di sicuro e definitivo approdo nella giurisprudenza di legittimità. La questione dell'incidenza dell'usucapione — acquisto originario per eccellenza — sull'ipoteca iscritta precedentemente, discussa in dottrina a livello di diritto sostanziale nell'esegesi dell'art. 2880 c.c., sembrava infatti definita, con una certa decisione, da Cass. 15698/12 (*id.*, Rep. 2013, voce *Usucapione*, n. 29), nel senso peraltro già enunciato da Cass. 8792/00 (*id.*, Rep. 2001, voce cit., n. 16), secondo cui il diritto sostanziale attribuisce all'acquisto dell'usucapione ventennale da parte del terzo efficacia estintiva del diritto di ipoteca sul bene usucapito⁽⁴⁾.

Di là dalle premesse, il percorso argomentativo che supporta la pronuncia in discorso è assai semplice: 1) l'acquisizione *ex lege* da parte del comune integra una «una sanzione in senso stretto, distinta dalla demolizione», che «rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla»; 2) il creditore che abbia iscritto ipoteca sul terreno, prima dell'altrui costruzione di un manufatto abusivo, non ha alcuna responsabilità dell'illecito; 3) sarebbe palesemente irragionevole far subire le conseguenze sanzionatorie di un illecito amministrativo a un soggetto che, come il creditore nel caso *de quo*, ne sia del tutto estraneo.

La quantità e l'autorevolezza di precedenti pronunce, citate nella motivazione, che — sia nella giurisprudenza costituzionale, che in quella di legittimità e in quella amministrativa — hanno

(1) Il bene, l'area di sedime, nonché quella necessaria alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, sono acquisiti al patrimonio del comune. Per gli interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. Nella ipotesi di concorso dei vincoli, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio del comune.

(2) E conseguentemente, ai sensi dell'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87, dell'art. 31, comma 3, primo e secondo periodo, d.p.r. n. 380 del 2001.

(3) Cfr. Cass. 1693/06, cit., le cui conclusioni sono richiamate nella pronuncia che si riporta.

(4) Significativo quanto viene precisato da Cass. 29325/19, *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Usucapione*, n. 15, in motivazione: «L'estinzione della garanzia non costituisce un mero effetto indiretto dell'accertamento dell'usucapione, che si esaurisce nella sfera dei rapporti fra proprietario usucapito e creditore garantito; al contrario, l'usucapione produce l'estinzione diretta e contestuale di ogni diritto reale formalmente insistente sul bene, in guisa che tutti i rispettivi titolari sono litisconsorti necessari nel relativo giudizio».

concordato sulla qualificazione dell'acquisizione di diritto del manufatto abusivo in termini di «sanzione in senso stretto» suggerirebbero di sorvolare sul punto, evitando l'insidia di chiose né autorizzate né richieste: confido, tuttavia, che non sia inteso come un eccesso di impudenza il domandarsi se, nell'ipotesi fatta in principio di abitazione costruita in un'area ad elevato rischio idrogeologico, l'acquisizione al patrimonio pubblico — che costituisce un *posterius* rispetto all'ingiunzione di demolizione e alla sua inottemperanza — continui a costituire una sanzione e non invece una necessità oggettiva, finalizzata alla sicurezza degli abitanti, indipendentemente dalla circostanza che gli stessi siano, o non, gli autori dell'illecito.

A fondamento della propria pronuncia la corte richiama poi una serie di norme dettate dalla l. 47/85 (e successivamente dal t.u. edilizia), finalizzate ad offrire una particolare protezione al creditore titolare di diritti reali di garanzia, sul presupposto che le ragioni creditorie risultino estranee a quelle istanze di tutela dei traffici giuridici e di contrasto alle finalità speculative, insite nella disciplina di repressione dell'abusivismo, che giustificano la nullità di cui agli art. 17, comma 1, primo periodo, e 40, comma 2, l. n. 47 del 1985, nonché 46, comma 1, primo periodo, t.u. edilizia (inapplicabilità agli atti costitutivi di ipoteca della nullità degli atti tra vivi privi di estremi della concessione a edificare o in sanatoria, inopponibilità della sentenza che accerti tale nullità alle ipoteche iscritte prima della trascrizione della relativa domanda giudiziale, riapertura per l'aggiudicatario dei termini per la presentazione della domanda di sanatoria).

Resta, tuttavia, il dato fondamentale che il carattere abusivo di un fabbricato non può venir meno in conseguenza della sua soggezione ad una procedura esecutiva, quasi che la procedura esecutiva rappresenti una nuova forma di sanatoria dell'illecito edilizio: come la stessa corte riconosce con evidenza, la riapertura dei termini offerta dalla legge all'aggiudicatario presuppone comunque che il manufatto sia sanabile e, in sostanza, si riduce alla (doverosa) inapplicabilità delle sanzioni che sarebbero state comminate al proprietario ove questi, prima dell'esecuzione, avesse assunto l'iniziativa della sanatoria. «Ove, viceversa — continua la corte — non ricorrano i presupposti per ottenere la sanatoria dell'immobile o non trovino applicazione eventuali condoni, da un lato, il carattere abusivo e non sanabile dell'immobile deve risultare dall'avviso di vendita (in tal senso, Cass. 11 ottobre 2013, n. 23140, *id.*, Rep. 2013, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 57) e, da un altro lato, il bene viene trasferito all'aggiudicatario unitamente all'obbligazione *propter rem* di provvedere alla demolizione, con tutte le conseguenze che ne derivano in caso di inottemperanza»: il che equivale a riconoscere l'eterogenesi dei fini per cui il creditore incolpevole, che abbia iscritto ipoteca sul terreno, prima dell'altrui costruzione insanabilmente abusiva, debba comunque subire il pregiudizio economico di far subastare il bene ad un prezzo ridotto rispetto a quello che poteva ipotizzarsi al momento dell'iscrizione della garanzia, per via dei costi di demolizione che graveranno sull'aggiudicatario e che inevitabilmente incideranno sul prezzo di aggiudicazione.

L'ultimo passaggio motivazionale della sentenza in rassegna è dedicato alla disposizione dell'art. 2813 c.c., alla cui stregua qualora il debitore o un terzo compia atti da cui possa derivare il perimento o il deterioramento dei beni ipotecati, il creditore può domandare all'autorità giudiziaria che ordini la cessazione di tali atti o disponga le cautele necessarie per evitare il pregiudizio della sua garanzia. La valorizzazione di tale disposizione codicistica in funzione della tutela del creditore ipotecario, che forse avrebbe potuto risparmiare lo sforzo della ben più complessa e radicale soluzione prescelta, è stata espressamente esclusa dal giudice delle leggi, poiché tale previsione imporrebbe al creditore il sacrificio sproporzionato, gravoso, inesigibile, ipotetico e aleatorio (tutte aggettivazioni testuali: n.d.r.), di una continua vigilanza sull'immobile, onde poter chiedere all'autorità giudiziaria la cessazione di quegli atti del debitore o di terzi che, in quanto idonei a creare i presupposti della confisca edilizia, sarebbero tali da cagionare il perimento giuridico del bene e, con esso, l'estinzione della sua garanzia (art. 2813 c.c.). A ben guardare, sembra dunque quest'ultima, più ancora di quella che ne costituisce l'oggetto espresso, la norma più gravemente travolta dalla censura di incostituzionalità: se non altro, dovremo chiederci quale ne sarà la funzione, da

qui in avanti, almeno al riguardo degli atti potenzialmente idonei a cagionare quel perimento giuridico del bene in cui consiste la confisca edilizia.

Un'ultima considerazione. Il legislatore del 1985, introducendo con la legge n. 47 le nullità negoziali oggi trasfuse, fatta salva la perdurante vigenza dell'art. 40 di detta legge, nel d.p.r. n. 380 del 2001, aveva escogitato, consapevole dell'insufficienza dell'apparato sanzionatorio amministrativo e penale per la prevenzione e la repressione dell'abusivismo edilizio, di colpire il fenomeno nel momento della sua monetizzazione economica, e cioè nel momento della vendita e della realizzazione del prezzo del trasferimento della costruzione abusivamente realizzata.

Nulla di sorprendente se la sconfessione della finalità della norma provenga dal giudice delle leggi: solo che la constatazione della prevalenza dell'ipoteca, rispetto all'acquisizione gratuita del bene al patrimonio pubblico, non può che riverberarsi favorevolmente sulla posizione dell'autore dell'illecito, se non altro sotto il profilo della corrispondente riduzione, insieme al soddisfacimento delle ragioni creditorie, della esposizione debitoria. E l'impressione che non fosse questo l'esito avuto di mira appare, obiettivamente, piuttosto difficile da fugare.

* * *

Confisca edilizia e tutela del creditore ipotecario incolpevole: il vincolo del diritto vivente e il ricamo, nei toni del chiaroscuro, della Consulta

di STEFANO PAGLIANTINI

1. La svolta: l'inopponibilità dell'acquisto per confisca edilizia al creditore ipotecario procedente

Quantunque costituisca un acquisto a titolo originario, la confisca, conseguente alla mancata demolizione dell'immobile abusivo, non travolge l'ipoteca iscritta prima della trascrizione dell'acquisto a favore del comune se il creditore ipotecario non è responsabile dell'abuso edilizio.

Sono parole della Consulta: e pesano come pietre dopo che le sezioni unite⁽¹⁾ l'avevano sollecitata a pronunciarsi sul rapporto, marcatamente mistilineo, tra creditore ipotecario ed ente pubblico terzo acquirente di un immobile abusivo, cioè edificato in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire. Quella odierna, dovendo fare i conti con una giurisprudenza (pluri)consolidata nel decretare che l'acquisizione, gratuita e di diritto, dell'immobile abusivo al patrimonio comunale comporta l'estinzione dell'ipoteca per il perimento giuridico del bene ipotecato (art. 2878, n. 4, c.c.)⁽²⁾, non è infatti una Consulta che si ponga delle remore di po-

(1) Cass., sez. un., 8 gennaio 2024, n. 583, *Foro it.*, 2024, I, 65, con nota di richiami di C. BONA, e *Giur. it.*, 2024, 1826, con una densa nota di S. TOMASI, *Sull'acquisizione gratuita del bene abusivo realizzato su terreno già ipotecato*, a loro volta investite dalla terza sezione civile che aveva rimesso la questione con una prima ordinanza interlocutoria: v., al riguardo, Cass. 30 dicembre 2022, n. 38143, *ForoPlus*.

(2) Cass. 6 ottobre 2017, n. 23453, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 296, nonché *Rass. esecuzione forzata*, 2020, 425, con nota di E. ROVERONI, *Opposizione di terzo all'esecuzione di immobili abusivi di cui è stata ordinata la demolizione*, nonché *Nuova giur. civ.*, 2018, 172, con nota di L.A. CALOIARO, *Immobile abusivo ipotecato e ordinanza di demolizione*. La fattispecie ivi decisa era quella di un pignoramento di un complesso immobiliare realizzato in aperta difformità dalla concessione edilizia. Il rinvio all'art. 2878, n. 4, in un siffatto contesto, niente ha di ascoso: il trasferimento al patrimonio comunale del bene è assimilato al suo perimento tanto nell'ottica di un perimento materiale (demolizione) che giuridico (laddove il bene sia conservato per preminenti ragioni di interesse pubblico). V. anche Cass. 11 novembre 2021, n. 33570, *ForoPlus*. V. pure Cass. 9 ottobre 2017, n. 23583, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Fallimento*, n. 365, dalla natura di acquisto originario qui i giudici fanno derivare l'insussistenza della legittimazione attiva della curatela fallimentare allo scioglimento del contratto preliminare stipulato dalla società *in bonis*, avente ad oggetto un immobile abusivo sottoposto a confisca e acquisito al patrimonio del comune.

licy: i dispositivi, pressoché gemelli⁽³⁾, degli art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985 e 31, comma 3, d.p.r. n. 380 del 2001 sono costituzionalmente illegittimi, leggiamo, nella parte in cui non fanno salva l'ipoteca del creditore, estraneo all'abuso edilizio, iscritta in data anteriore «alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire»⁽⁴⁾. Il che, rispetto al caso dell'ipoteca iscritta non sul fabbricato realizzato abusivamente bensì sul terreno, oltre a non fare una grinza, ha pure il grande pregio di rimettere le cose al loro posto. Al netto dell'aperto contrasto con i principi della Cedu⁽⁵⁾, dov'è infatti che albergherebbe, dando l'ipoteca per estinta, la ragionevolezza di una regola che fa scontare al creditore incolpevole, e che non sia stato parte del relativo procedimento, le conseguenze sanzionatorie di un illecito altrui? Se non è responsabile dell'abuso edilizio, il creditore ipotecario neanche può diventare destinatario di quell'ordine di demolizione alla cui inottemperanza, nel termine perentorio di novanta giorni, segue il trasferimento, coattivo e a titolo originario, dell'immobile abusivo al comune. Di tal che, non si vede allora per quale motivo questo creditore dovrebbe subire gli effetti di una confisca edilizia pur sempre rappresentante la sanzione attraverso la quale il legislatore ha inteso reagire ad un illecito che, stante la mancata demolizione, da uno diventa duplice. In base a quale stratagemma, giova chiederselo, il creditore ipotecario dovrebbe diventare un soggetto affine o assimilabile a chi «dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, [si rifiuta di dare seguito] all'obbligo di demolirla»⁽⁶⁾?

Dopo di che, è vero che il Consiglio di Stato legalizza la confisca anche nei riguardi di quel nudo proprietario che, pur non avendo realizzato l'abuso, comunque è visto a guisa di un obbligato *propter rem* alla demolizione⁽⁷⁾: ma, considerando che l'ipoteca non attribuisce né il possesso né la detenzione del bene, non si vede attraverso quale *fictionis iuris* il creditore ipotecario potrebbe, a sua volta, passare per un soggetto tenuto ad attivarsi per la demolizione, rispondendo in caso di inerzia all'ordine.

Cave! Nella pratica il plot narrativo segue delle coordinate standard, tra le quali il canovaccio che più spicca è il seguente. Dopo l'iscrizione ipotecaria, il credito viene infatti solitamente ceduto ad una finanziaria, o ad un istituto bancario, che procede al pignoramento: e, pendente il processo esecutivo, il comune propone opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c. contestando che il debitore esecutato sia proprietario del bene, stante il mutamento di titolarità, avvenuta *medio tempore*, per effetto di un'acquisizione perfezionatasi ai sensi dell'art. 31, comma 2, d.p.r. 380/01. Ora, terzo, rispetto beninteso alla procedura esecutiva, il comune senz'altro lo è, non avendogli il creditore fatto

assumere il ruolo di esecutato (art. 2919 c.c.)⁽⁸⁾: com'è altrettanto pacifico che, tramite l'opposizione, il comune intenda rivendicare una proprietà ottenuta per effetto di una confisca amministrativa. L'inghippo si incista nel fatto che, attraverso l'escamotage della originarietà, la pubblica amministrazione non manda off side soltanto un creditore ipotecario incolpevole: la prima vittima del costruito è la disciplina della pubblicità immobiliare, che, messa in un canto, è sostituita da un'opponibilità della confisca di stampo assoluto perché suscettibile di operare verso tutti i «soggetti titolari di diritti trascritti e iscritti sul bene»⁽⁹⁾. L'argomento *princeps* è che l'acquisto interviene, alla lettera, «di diritto». E, tuttavia, al netto della circostanza che l'art. 31, comma 3, veicola una disciplina in marcata deroga al disposto dell'art. 2811 c.c., l'automatismo potrebbe persuasivamente riferirsi alla sola circostanza che non è necessaria l'adozione del provvedimento accertante l'inottemperanza perché la fattispecie acquisitiva si perfezioni. Chi ha poi detto che un acquisto *ipso iure* non possa essere a titolo derivativo? Il disposto dell'art. 540, comma 2, c.c. sta a dimostrarlo in maniera lampante. C'erano, insomma, tutte le condizioni perché una dottrina appena un po' solerte reagisse all'effetto svianante dischiuso, a rilascio prolungato, dall'idea di una confisca quale fatto reagente sull'oggetto di un diritto di proprietà, il cui disconoscimento elimina pure tutti i vincoli, personali o reali, insistenti sul medesimo. Bastava concentrarsi sull'affilato rilievo che l'originarietà non è sinonimo di un trasferimento avente per oggetto un *dominium* di contenuto più ampio di quello appartenente al precedente titolare. Sebbene la derivatività spieghi meglio come la confisca non abdichi al «rapporto fra il bene e il precedente titolare ma anzi lo presuppone»⁽¹⁰⁾, è invero nel fatto che l'effetto traslativo si produce autoritativamente che andava piuttosto colta la cifra identificativa dell'originarietà.

2. La postura di una Consulta che va di sciabola e il catalogo dei motivi a supporto di un creditore ipotecario incolpevole

Sic stantibus rebus, la Consulta ha colto dunque nel segno. D'altronde, se l'ipoteca si estinguesse automaticamente, cosa resterebbe di una garanzia che pur sempre attribuisce al creditore il diritto di sequela e quel *ius distrahendi* che, nella versione di un diritto a far espropriare il bene, l'art. 24 Cost. pur sempre presidia? Il tutto, come la corte ha facile gioco nell'evidenziare, al netto della circostanza che un'estinzione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2878, n. 4, c.c. comunque andrebbe a violare gli art. 3, 24 e 42 Cost. «sotto il profilo della sproporzione [del sacrificio imposto al creditore]». Costui, onde evitare che l'ipoteca si caduchi, dovrebbe invero prestarsi ad una «continua vigilanza sull'immobile», domandando al giudice l'inibizione di tutte quelle condotte, rispettivamente del debitore e dei terzi, che si mostrassero idonee al prodursi della confisca edilizia. Il che, di là dai dubbi sulla reale proattività di un siffatto agire, rimanda, ci dice la corte, ad un palinsesto di condotte «inesigibili alla stregua dei principi generali» (par. 10). Ci sarebbe, è vero, il contrappunto messo in circolo dal convitato di pietra dell'art. 2813 c.c.: norma che, onerando il creditore ipotecario, nel caso il debitore ponga in essere degli atti idonei a cagionare un deterioramento o un perimento del bene, a rivolgersi all'autorità giudiziaria, potrebbe fungere nell'occasione da tecnica di tutela⁽¹¹⁾. Il fatto è che, pur se la corte è troppo categorica nel liquidarlo⁽¹²⁾, l'art. 2813 c.c. non riesce a mimare

(3) Come fa notare M. PETITTO, *L'assenza di permesso di costruire, la totale difformità e le variazioni essenziali*, in *Codice di edilizia e urbanistica* a cura di S. BATTINI - L. CASINI - G. VESPERINI - C. VITALE, Milano, 2013, 1365.

(4) Il provvedimento di accertamento dell'inottemperanza, giova rimarcarlo, non ha effetti traslativi, rilevando piuttosto come titolo per la trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari. Il che, come tutta la dottrina riconosce, comporta che funge come un atto corredato di un'efficacia meramente dichiarativa.

(5) Corte eur. diritti dell'uomo, grande camera, 28 giugno 2018, *Soc. Giem c. Italia*, in *Foro it.*, 2018, IV, 389, con nota di G. DE MARZO, *Confisca di immobili e lottizzazione abusiva*.

(6) Così già il leading case, decretante all'esito di una confisca amministrativa l'estinzione dell'ipoteca gravante sull'immobile, che ha finito per intorbidire la vicenda, cioè Cass. 26 gennaio 2006, n. 1693, *Foro it.*, 2006, I, 1756, e *Giur. it.*, 2007, 858, con nota di L. STRONA, *Ipoteca su immobile confiscato. A mo' di obiter*, Cass., sez. un., 12 giugno 1999, n. 322, *Foro it.*, 1999, I, 3245.

(7) Cons. Stato, ad. plen., 11 ottobre 2023, n. 16, *Foro it.*, 2023, III, 504, con nota di C. BONA, *Il contrasto all'abusivismo edilizio, tra gli art. 31 e 41 d.p.r. 380/01*: ma in una fattispecie nella quale l'illecito edilizio era stato commesso dal proprietario anche possessore del bene che, dopo la realizzazione degli abusi, aveva posto in essere un atto a titolo derivativo in favore di un avente causa (donazione alla figlia). In tale «frequente ipotesi», leggiamo, «l'acquirente, tenuto secondo l'ordinaria diligenza ad informarsi della situazione giuridica in cui si trova l'immobile oggetto del contratto, subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa». Ergo, «è obbligato *propter rem* ad effettuare la demolizione».

(8) F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. III. Il processo esecutivo*, XIV ed., Milano, 2024, 287 e G. MICCOLIS, *L'opposizione di terzo all'esecuzione e i terzi nel processo esecutivo*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2014, 75.

(9) E. ROVERONI, *Opposizione di terzo all'esecuzione di immobili abusivi di cui è stata ordinata la demolizione*, cit., 428.

(10) E. SCODITTI, *Lottizzazione abusiva e ipoteca su cose che non «possono formare oggetto di diritti»: appunti sulla nozione di bene giuridico*, in *Riv. dir. privato*, 2006, 314.

(11) Lo lascia intendere A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato dir. civ. diretto da R. SACCO*, Torino, 2005, 314.

(12) Non a caso si discorre di un dovere del creditore di mitigare il danno che non può essere spinto al punto di imputargli delle attività così gravose da rendere necessaria una «vigilanza incessante sull'immobile e l'accertamento del carattere abusivo di eventuali manufatti».

un rimedio acconcio: il potere, che la norma fonda, è infatti difficilmente esercitabile da un creditore ipotecario che, diversamente dal pegno, non beneficiando di uno spossessamento, rimane orfano di un controllo materiale sulla *res*⁽¹³⁾.

Diventa, quand'è così e sebbene la corte neanche una volta impieghi un siffatto vocabolo, un problema di effettività della tutela creditoria: che latiterebbe, ci ammonisce la Consulta, se il creditore, in luogo dello *ius praelationis* riconosciutogli dalla legge, dovesse confidare su rimedi, succedanei all'estinzione, troppo intrisi di un marcato tasso di fallibilità per sfuggire all'appellativo di tecniche protettive «ipotetiche e aleatorie» (par. 10). Un'adeguatezza della tutela, «a compensare il sacrificio imposto», non è una questione di gusto giuridico: e, come rimarca puntualmente la Consulta, tanto la facoltà di richiedere idonea garanzia su altri beni del debitore, ai sensi dell'art. 2743 c.c., quanto l'agire in via risarcitoria contro il responsabile dell'inottemperanza all'obbligo di demolizione, rischiano di essere delle armi spuntate. In effetti, se non è responsabile dell'abuso edilizio, non scoviamo una valida ragione perché la confisca edilizia dovrebbe passare per una fattispecie sia ablativa che idonea a comprimere la garanzia reale limitandola alla sola frazione di terreno che, non essendo stata acquisita dal comune, rimane oggetto di azione esecutiva. Se un supero residua, c'è comunque il paradosso di una garanzia limitata ad un'area inferiore a quella originaria. La confisca edilizia, oltre all'immobile abusivo, involge l'area di sedime, nonché quella ritenuta necessaria alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive: ed ammesso che una frazione libera resti, sarà di un valore molto inferiore. L'alternativa, in difetto di una parte di terreno eccedente il decuplo dell'area di sedime, di un risarcimento dei danni, per un *quantum* sicuramente inferiore al valore conseguibile con il pignoramento, si commenta da sé: la differenza tra un procedimento esecutivo ed un giudizio risarcitorio contro il debitore è sufficiente ad illustrare l'irragionevolezza e la sproporzione insite nel pregiudizio inferto al credito «*in executivis*» da un'ipoteca inopponibile.

C'è poi un dato sul quale, crediamo, varrebbe la pena riflettere con un briciolo in più di attenzione. Se l'ipoteca si estinguesse, il creditore ipotecario perderebbe una garanzia che ha acceso su di un bene diverso da quello confiscato, cioè sul fondo e non sull'immobile abusivo. Né varrebbe replicare che il sacrificio imposto al creditore gioverebbe all'interesse pubblico, posto che il terreno, ossia il bene oggetto della garanzia, rimane conforme allo strumento urbanistico, essendo la sua trasformazione ad opera di un debitore, renitente pure alla demolizione, che causa la confisca. Dovrebbe così sembrare ancor più chiaro quale paradosso si consuma facendo dipendere la perdita dell'ipoteca da un fatto illecito che è tutt'uno, in realtà, con l'abuso edilizio del proprietario/debitore.

3. L'equivoco dell'originarietà (dell'acquisto) e la ratio sanzionatoria della confisca: spigolature

Allineata com'è a quel principio generale di giustizia distributiva per il quale nessuna sanzione può ritorcersi in un ingiustificato sacrificio per chi è rimasto estraneo ad un illecito, il plauso per un'opponibilità dell'ipoteca alla confisca⁽¹⁴⁾ non ha quindi nulla di stupefacente. Quel che semmai sorprende è che si debba giungere ad interpellare la Corte costituzionale per affrancare il diritto delle corti da un dogmatismo che, già di primo acchito, sarebbe dovuto apparire come invertitiero a qualsiasi interprete.

Il Leitmotiv, che la Consulta smonta, e cioè che la nozione di terzo acquirente nei cui riguardi il creditore ipotecario ha diritto di procedere ad espropriazione forzata (art. 2808 c.c.) mai includa l'acquirente a titolo originario, è invero più liquido di quanto il

fuoco di sbarramento, restituitoci da un nugolo di massime ricorsive⁽¹⁵⁾, potrebbe indurre a pensare.

A lasciarsi perplessi non è soltanto la ragione, intuitiva per altro, che, se bastasse un qualsiasi acquisto a titolo originario a trasformare in un *tamquam non esset* l'ipoteca iscritta sul bene, allora la sua carica satisfattiva di garanzia reale regina verrebbe immantinente a svaporare. Qualsiasi interprete sa come, in luogo del brocardo *simul stabunt, simul cadent*, sia piuttosto ad un test di compatibilità che andrebbe rimessa la taratura dei rapporti simulabili tra originarietà (dell'acquisto) e funzione di garanzia (dell'ipoteca). È vero che l'usucapione prevale sull'ipoteca: ma è un primato riconnesso al fatto che l'ipoteca, dissociata com'è da qualsiasi potere di fatto sulla *res*, non genera alcun tipo di effetto nei riguardi del possessore usucapiente⁽¹⁶⁾. È vero pure che l'ipoteca perde anche rispetto all'accessione invertita ex art. 938 c.c. e all'avulsione: ma, di nuovo, la ragione è tutta interna alla circostanza che, in entrambe le fattispecie, si registra una modifica definitiva della *res* nella sua materialità, con una perdita della *quidditas* originaria⁽¹⁷⁾. Quanto, infine, al caducarsi dell'ipoteca nei casi di espropriazione per pubblica utilità (art. 2742, comma 3, c.c.) e di comunione forzosa, *nulla quaestio*: ma qui l'acquisto coattivo è a titolo derivativo, segno che non è l'originarietà a fungere da *differentia* specifica.

Dopo di che, in luogo del trittico esposto, può sempre valorizzarsi l'argomento, prediletto dalla Consulta, dello scopo della norma violata: nulla, com'è *in rebus*, cambierebbe però. Un'esclusione *a priori* del terzo acquirente a titolo originario dall'orbita dell'art. 2808 c.c. sa tanto, per le evidenze normative testé riferite, di una petizione di principio. E, come succede per ogni circolo vizioso, l'argomento cade dinanzi alla constatazione che la sorte dell'ipoteca iscritta sul bene confiscato è un problema di come e quanto l'interesse collettivo alla restaurazione dell'assetto urbanistico violato sia armonizzabile con la permanenza di un'ipoteca pur sempre reificante l'interesse del creditore a far espropriare il bene vincolato, liquidandolo poi ai sensi degli art. 2741, comma 1, 2808 c.c. e 510, comma 2, c.p.c. Non c'è nulla, in questo dire, che sappia pertanto di arcano.

Se l'alienabilità e l'ipotecabilità «vanno di pari passo»⁽¹⁸⁾, perché passibili di ipoteca sono soltanto gli immobili suscettibili di vendita forzata (art. 2810 c.c.), ecco l'interrogativo: la confisca edilizia è idonea a trasformare il bene in una *res extra commercium*⁽¹⁹⁾? Se una siffatta variabile, come la dottrina pressoché unanime sostiene⁽²⁰⁾, di regola non si dà, vien da sé che diventerà allora un fuor d'opera ragionare di un'incapacità sopravvenuta del bene a costituire oggetto di ipoteca, con l'annesso effetto di un perimento giuridico della *res* come bene ipotecato. *Nulla quaestio*, beninteso, che la confisca degli art. 7 e 31 trasferisca la proprietà dell'immobile al comune nella versione di uno spoglio dominica-

(15) Alle sentenze civili citate *adde*, in seno al diritto vivente giuramministrativistico, Cons. Stato, sez. VI, ord. 19 aprile 2023, n. 3974, *ForoPlus*; 11 luglio 2014, n. 3565, *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 444; 18 dicembre 2002, n. 7030, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 747. In dottrina v. A. SCARCELLA, *L'omessa notifica dell'accertamento dell'inottemperanza alla demolizione non incide sull'acquisizione al patrimonio del comune*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, 524.

(16) Le citazioni di dottrina classica, al riguardo, si sprecano: D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XIX, Milano, 1956, 412; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato Cicu-Messineo*, LIII, Milano, 2006, 622 e, prima ancora, M. FRAGALI, *Ipoteca* (diritto privato), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, 740.

(17) Trib. Verona 30 gennaio 1989, *Foro it.*, 1990, I, 2646, in un caso di accessione invertita a favore della pubblica amministrazione. Per un'attenta ricognizione del formante giurisprudenziale formatosi a margine del d.p.r. n. 380 del 2001, v. *L'attività edilizia nel testo unico* a cura di F. CARINGELLA - G. DE MARZO, Milano, 2003, 378.

(18) G. GORLA, in G. GORLA - ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, IV ed., Bologna - Roma, 1992, 228 e 498.

(19) Il che, non a caso, è quanto dà per buono il diritto delle corti fin da Cass. 26 gennaio 2006, n. 1693, cit.

(20) Ben ripresa e sviluppata da E. GABRIELLI, *Esecuzione forzata, confisca del bene ipotecato e limitazioni della garanzia del credito*, ora in *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2016, 403.

Preso sul serio, un siffatto incedere introduce, in effetti, ad un'argomentazione che è più prossima di quanto possa sembrare a coltivare un'abrogazione tacita dell'art. 2813 c.c.

(13) V., pure, S. TOMASI, *Sull'acquisizione gratuita del bene abusivo realizzato su terreno già ipotecato*, cit., 1834, insistente molto sulla circostanza che «la prova dell'indisponibilità del bene, [da parte del creditore ipotecario], è *in re ipsa*».

(14) E. SCODITTI, *op. cit.*, 315.

le costruito come una sanzione in senso stretto: e, se il fine è quello di impedire il godimento dell'immobile abusivo, è altrettanto *in rebus* che l'effetto ablativo del trasferimento coattivo, oltre alla proprietà, travolga ogni altro diritto reale che il suddetto godimento fosse in grado di garantire pure indirettamente. Da questa specola, vien da sé insomma che l'interesse pubblico, sottostante alla confisca, si irradia come preminente, reagendo tanto sul proprietario, responsabile dell'abuso, che su altri diritti di terzi insistenti sul medesimo bene. Senza una loro caducazione il rimedio della confisca finirebbe, invero, per palesarsi come zoppo. Eppure, neanche deve dimenticarsi quale sia la situazione dominicale acquistata coattivamente dal comune: non un diritto di proprietà, ma un *dominium* avvocato alla mano pubblica per rimuovere un abuso edilizio. Il che, evocando l'istanza di una proprietà funzionalizzata alla «regolarizzazione urbanistica» della *res*⁽²¹⁾, dovrebbe far comprendere quanto un'estinzione dell'ipoteca finirebbe per penalizzare *sine causa* le ragioni del creditore. Gli scenari ipotizzabili sono infatti due: nel caso in cui l'immobile abusivo sia demolito, se da un lato è infatti ripristinato l'assetto edilizio, non è dall'altro che muti l'oggetto, cioè il suolo, su cui l'ipoteca si trova ad insistere. Se poi, sul terreno, dovesse procedersi alla ricostruzione di un immobile conforme alle prescrizioni urbanistiche, vien da sé che l'ipoteca si estenderebbe, ai sensi dell'art. 2811 c.c., tanto al manufatto che alle accessioni. Il problema si palesa, semmai, allorché il creditore ipotecario agisca quando ancora il ripristino non sia avvenuto: preso sul serio, il principio di indivisibilità dell'ipoteca (art. 2809 c.c.) dovrebbe invero precludere un'espropriazione limitata ad una porzione del bene, per es. soltanto il terreno, perché il creditore non è legittimato a frazionare la *res* in danno del proprietario senza il suo consenso. Potrebbe poi anche adombrarsi il contrappunto che un'espropriazione *pro quota* sia sospettabile di pregiudicare quell'interesse pubblico, al reintegro dell'assetto urbanistico, eletto a *ratio legis* materiale, rispetto alla quale qualsiasi pretesa creditoria è destinata a rimanere cadetta.

4. I guasti del diritto vivente e il ricamo della Consulta. L'eco ottativa di Corte cost. 345/91

Il senso dell'intervento della Consulta passa, in ogni caso, per il paragrafo 8.2: la corte prende atto, leggiamo, che sulla «qualificazione della confisca edilizia come acquisto a titolo originario si è formato un diritto vivente, confermato e ulteriormente motivato dalle sezioni unite della Corte di cassazione». Tradotto: stante il vincolo del diritto vivente, l'unica via praticabile è quella del ricamo. Che, per quanto sia cesellato finemente, va sempre a coprire però una smagliatura, qui risalente al *dictum*, non poi così perspicuo, di Cass. 1693/06.

Fin dall'inizio, infatti, il caso problematico è stato quello del comune che, decorsi i 90 giorni, non avesse adottato il provvedimento di accertamento dell'inottemperanza o che, pur avendolo disposto, non lo avesse trascritto. Al verificarsi di una siffatta fattispecie, il problema che si dischiude è quello legato al darsi, al tempo della trascrizione del pignoramento, di risultanze dei registri immobiliari certificanti un'appartenenza del fabbricato al debitore esecutato, quantunque nel frattempo fosse intervenuta la confisca. Spostando il discorso sulla natura dell'acquisto coattivo, Cass. 1693/06 ha così finito per trasformare in decisiva una traiettoria che, sulla scorta di quanto si è fin qui evidenziato, tutto invece si sarebbe dovuto rivelare fuorché dirimente. Se si fosse infatti optato per un acquisto a titolo derivativo, la sorte del mutamento di titolarità dominicale sarebbe stata retta dalle norme sulla pubblicità immobiliare: di tal che il comune avrebbe prevalso sul creditore ipotecario precedente soltanto se la trascrizione dell'atto di accertamento fosse risultata anteriore. Il gioco di prestigio compiuto da Cass. 1693/06, con la primazia dell'acquisto a titolo originario, sparglia viceversa le carte: declassata a mero atto di pubblicità notizia, la trascrizione diventa invero influente, non rilevando da *condicio sine qua non* ai fini dell'opponibilità ai terzi dell'acquisto. Risultato, il comune prevale tanto che il provvedi-

mento di accertamento non sia stato trascritto oppure che sia stato adottato e trascritto posteriormente⁽²²⁾.

Ebbene, dovendo assumere la «norma censurata come diritto vivente», la Consulta si è così trovata a dover ragionare per rime quasi obbligate. Escluso che si potesse bypassare il problema tramite un'interpretazione adeguatrice ovvero costituzionalmente orientata⁽²³⁾, la corte è andata dritta al punto. Vero che l'estinzione dell'ipoteca, in mancanza di una diversa previsione di legge che specifichi la sorte dei diritti reali insistenti sul bene, è plausibile: epperò è *contra legem* un diritto vivente che contempra un caducarsi dell'ipoteca scisso da una colpevolezza del creditore precedente e senza che rilevi l'antioriorità della trascrizione o iscrizione.

Evviva, ci verrebbe da intonare: pur se ci saremmo attesi uno sguardo più insistito su di un importante precedente della stessa Consulta, lucidissimo nel mettere in risalto come la *ratio* della confisca edilizia non può essere quella che poi, in Cassazione, si è finito dal 2006 per travisare. Stiamo alludendo a Corte cost. 345/91⁽²⁴⁾, che, pur rigettando la questione di incostituzionalità dell'art. 7, comma, 3, aveva rischiato la *ratio* sottesa alla confisca edilizia: una *ratio* sanzionatoria, quale rimedio, non appiattito sulla demolizione dell'immobile abusivo, irrogato dall'ordinamento per reagire ad un illecito. La questione, è vero, era diversa perché incentrata sull'*an*, e non sul *quomodo*, della confisca quando il manufatto sia opera del conduttore del terreno senza alcuna partecipazione di un proprietario locatore rimasto del tutto all'oscuro dell'abuso perpetrato. La sentenza del 1991 non si fece sedurre dai viluppi del dire e non dire: se è una sanzione, la confisca non può operare, leggiamo, a danno di soggetti diversi dal costruttore abusivo. Ergo, dando dell'art. 7, comma 3, un'interpretazione costituzionalmente orientata, se ne fissava il perimetro, con una confisca preclusa se incidente nella sfera di soggetti di cui fosse stata accertata la «completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone ... venut[i] a conoscenza, si [fossero] adoperat[i] per impedirlo con gli strumenti offerti dall'ordinamento»⁽²⁵⁾. Insomma, la sanzione, perché risulti tale, deve punire chi ha compiuto l'illecito: diversamente la confisca sporgerebbe, in palese scollamento con il disposto degli art. 3 e 42 Cost. Nota perspicuamente la corte di allora che, se l'acquisto coattivo potesse ivi darsi, l'effetto sarebbe quello di legalizzare un medesimo trattamento per soggetti diversi, con un proprietario chiamato a rispondere a prescindere⁽²⁶⁾.

Ora, se il lettore volesse spendersi in quel minimo di fatica concettuale consistente nel sostituire al proprietario incolpevole del 1991 il creditore ipotecario, estraneo all'abuso, del 2024, agevolmente potrebbe dedurre quanto la precomprensione assiologica odierna sia già tutta rappresa nel dispositivo della sentenza n. 345: un creditore ipotecario chiamato a rispondere, sempre e comunque, tanto che sia artefice dell'abuso così come se non lo sia, è infatti un parente stretto del proprietario che venne allora

(22) È soltanto per l'area ulteriore, ci ricorda Cons. Stato, ad. plen., 11 ottobre 2023, n. 16, cit., necessaria, «secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive», che l'atto di accertamento avrebbe natura costitutiva della proprietà, «atteso che l'individuazione di tale area implica l'esercizio di un potere di valutazione, sia tecnica che discrezionale in senso proprio, dell'amministrazione». Di qui l'idea di una confisca urbanistica qualificabile alla stregua di una fattispecie a formazione progressiva oppure come «una sequenza di fatti e di atti, non tutti ad effetti dichiarativi, attraverso i quali dall'inottemperanza si giunge per distinte fasi procedurali all'acquisizione al patrimonio comunale».

(23) Entrambe già disattese dalle sezioni unite perché scopertamente *contra legem*. Il rinvio è tanto alla tesi risolvete l'acquisto del comune al solo fabbricato abusivo, a titolo di diritto di superficie, con una nuda proprietà del terreno sul quale continuerebbe così a gravare l'ipoteca, quanto alla lettura ipotizzante una vendita forzata, promossa dal creditore ipotecario esecutante, subordinata alla condizione sospensiva della demolizione o al rilascio di una concessione in sanatoria.

(24) Corte cost. 15 luglio 1991, n. 345, *Foro it.*, 1992, I, 3, e *Giur. cost.*, 1991, 2757, con nota di G. MORBIDELLI, *La confisca delle opere abusive al vaglio della corte: dalla tutela del proprietario incolpevole al principio del contraddittorio nelle sanzioni edilizie*.

(25) Corte cost. 15 luglio 1991, n. 345, cit.

(26) F. SAITTA, *Acquisizione gratuita delle opere abusive e tutela del proprietario*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1995, 309.

(21) L.A. CALOJARO, *Immobile abusivo ipotecato e ordinanza di demolizione*, cit., 173.

immunizzato. Non a caso la Consulta dell'epoca sentenzia ad ampio raggio, non rinserendosi nel recinto di un'acquisizione gratuita dell'opera abusiva che (non) si dà quando il trasferimento coattivo ridonderebbe a pregiudizio di un proprietario incolpevole. Nella sentenza 345/91 troviamo — piuttosto — enunciato il principio che la confisca edilizia non può andare a detrimento di chiunque non sia il materiale esecutore dell'abuso, con il risultato di un'acquisizione inoperante quando andrebbe a vulnerare la sfera giuridica di (tutti) coloro che non siano artefici o corresponsabili dell'illecito. Beninteso: la Consulta odierna intende riallacciarsi a questa cifra in un ideale continuo con quel terso dire del 1991 che affrancava dalla sanzione chi o ignorasse il compimento dell'opera o ne avesse contezza senza avere però conoscenza della difformità del fabbricato dalle prescrizioni urbanistiche. Una sottile tessitura, se non si legge distrattamente, accomuna perciò le due decisioni, insieme però ad una *differentia specifica* che il seme del dubbio, in realtà, lo insinua. Vediamo perché.

Nella decisione del '91 è, infatti, la raffilatura di un legittimo affidamento che fa da argomento dominante, con una tutela che si irradia a garantire tutti i soggetti che abbiano costituito o acquistato diritti sul bene confidando, e qui sta il punto!, sulla sua regolarità urbanistica. Il che introduce ad un distinguo che, pur se a parità di risultato, non è da poco. Vero è che, in ambedue le decisioni, gli effetti sanzionatori della confisca sono paralizzanti: ma è altrettanto inconfutabile che quanto nel 1991 figurava da requisito dirimente della tutela, cioè l'ignoranza incolpevole, scompare dai radar nel 2024, nonostante, va detto, una giurisprudenza amministrativa tendenzialmente attestata sul primo *decisum* della Consulta. Come infatti spiegare, se così non fosse, quella corposa manciata di decisioni che, pur nella differenza di accenti e toni, sono costanti nel reiterare il dispositivo per cui la confisca edilizia non può perfezionarsi in pregiudizio del proprietario locatore (se l'illecito è opera del conduttore), del nudo proprietario (se responsabile dell'abuso è l'usufruttuario) o persino del conduttore (quando l'illecito sia imputabile esclusivamente al proprietario locatore)?⁽²⁷⁾ Non ci vuole molto a comprendere, se la tutela giunge a lambire anche quel conduttore che, per definizione, non vanta un diritto reale sulla *res* abusiva, che non è una questione di gusto giuridico: il *punctum crucis* è che lo scenario si mostra, in realtà, ben più corrusco di quanto *prima facie* si potrebbe essere indotti a credere. Nessun dubbio sul ripristinare una tutela per il creditore che abbia accesso all'ipoteca (prima) che il manufatto abusivo sia sorto: ed altrettanto vale per il cessionario divenuto tale (prima) che il fabbricato difforme sia sorto. Ma è davvero sicuro che la gabbia protettiva deve includere anche i casi di creditori ipotecari o di cessionari posteriori, cioè soggetti che sanno o che normativamente versano nella condizione di non poter non sapere che è stato perpetrato un illecito edilizio? È questo il vaso di Pandora che la Consulta odierna dischiude: lasciando nel limbo la questione, puramente dogmatica, se il lemma trasferimento coattivo sia inappropriato perché associabile ai soli acquisiti si autoritativi ma onerosi⁽²⁸⁾.

5. *E se la caratura del diritto vivente fosse un'altra? La novitas in doppia cifra della Consulta ed il divario con la confisca antimafia: Gott ist im Detail*

Stante la marcata complessità della questione, non tedieremo il lettore sulla varianza, tutt'altro che peregrina in realtà, di un pignoramento eseguito anteriormente al decorso dei novanta

giorni ai fini della demolizione⁽²⁹⁾. Sempre sulla stessa premessa eviteremo pure di addentrarci nei meandri tortuosi del proprietario debitore che abbia alienato il bene ad un terzo⁽³⁰⁾. Il *focus* va risolutamente concentrato sul paragrafo 9.3, là dove una Consulta, che ha già immunizzato un creditore ipotecario incolpevole dell'abuso, sancisce a chiare lettere che «non vi sono ragioni ... per circoscrivere la sua tutela al solo caso in cui abbia iscritto ipoteca sul terreno o sia divenuto cessionario del diritto prima della realizzazione dell'immobile abusivo». Per la corte, da riguardarsi come soggetto protetto, torniamo a ribadirlo, è pure il creditore che iscriva ipoteca o si faccia cessionario quando l'abuso edilizio sia stato compiuto: quindi un creditore che sa dell'illecito.

Intendiamoci, la Consulta fotografa nitidamente lo stato dell'arte. Nell'ordine, *ā*) l'abusività dell'immobile non incide sulle vicende del diritto di ipoteca⁽³¹⁾, *ā*) la giurisprudenza non dubita che gli immobili abusivi possano costituire oggetto di vendita forzata⁽³²⁾, *ā*) è editale che la nullità degli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento di diritti reali su immobili abusivi non trova applicazione agli atti che, rispetto agli stessi, siano costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia (art. 46, comma 1, secondo periodo, d.p.r. 380/01). È altrettanto pacifico *ā*) che l'art. 46, comma 3, in aperta deroga al disposto dell'art. 2652, comma 1, n. 6, c.c., sancisca l'inopponibilità della sentenza accertante la nullità ai diritti reali di garanzia acquistati in base ad un atto iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'accertamento della nullità, con una primazia del creditore ipotecario che prescinde così dalla sua buona fede. Ma, ecco l'interrogativo: come si amalgama il dire odierno della Consulta con un recitativo pregresso che ha integrato per via giudiziale il dato normativo? Detto più distesamente: ci sembra che il diritto vivente, vincolante per la Consulta, nel tempo non ha calibrato la norma censurata sulla (sola) natura originaria dell'acquisto. Enfatizzando la funzione sanzionatoria della confisca, la fattispecie è stata riscritta con l'addizione interpolativa di un'acquisizione si d'imperio ma operante soltanto quando il *dominus* sia pure responsabile dell'abuso: con un provvedimento amministrativo che, in tal caso, potrebbe consistere soltanto nella demolizione dell'opera abusiva⁽³³⁾. Il che dischiude un senso della disposizione alquanto diverso, posto che la sanzione della confisca avrebbe come presupposto infungibile la responsabilità del proprietario.

In dottrina⁽³⁴⁾, al riguardo, si è affacciata l'idea che, così strutturata, la confisca edilizia finisca per mimare il copione normativa dell'usucapione abbreviata di cui all'art. 1159 c.c. Se si istituisce una correlazione rispetto all'accertamento della titolarità del bene e dell'inottemperanza, non è un parallelismo bizzarro: al netto della

(29) Formalmente, questo, un caso nel quale il debitore esecutato, avendo l'obbligo di custodire e di conservare il bene, neanche potrebbe, pur volendolo, provvedere alla demolizione ingiunta. La vischiosità — qui — diventa così *maxima* per la ragione che, senza l'inottemperanza, non si perfeziona la confisca. La via di fuga è pensare, allora, che l'acquisto a titolo originario sia opponibile ai creditori senza che rilevi la condotta del debitore esecutato. Diversamente, a ritenere, cioè, che i motivi della condotta omissiva rilevino, l'effetto sarebbe quello di una confisca inopponibile.

(30) Il che comporta sì che possa comunque aversi l'acquisizione al patrimonio comunale: epperò senz'altro se all'acquirente verrà notificato un nuovo ordine di demolizione con, in caso di inottemperanza, una confisca alla quale il terzo acquirente non potrà opporsi eccependo la propria estraneità alla realizzazione dell'opera abusiva. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4125, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 323, nonché *Giur. it.*, 2015, 2468, con nota di D. CHINELLO, *L'acquisizione gratuita di immobili abusivi e la figura del proprietario incolpevole*.

(31) V., in dottrina, in luogo di tanti, C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, e A. CATAUDELLA, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 487.

(32) Cass. 11 ottobre 2013, n. 23140, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 57.

(33) Cons. Stato 29 settembre 2017, n. 4547, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 205, nonché *Giur. it.*, 2018, 930, con nota di A. CASCONE, *Acquisizione gratuita dell'immobile abusivo da parte della pubblica amministrazione*.

(34) E. ROVERONI, *Opposizione di terzo all'esecuzione di immobili abusivi di cui è stata ordinata la demolizione*, cit., 438.

(27) V., *funditus*, Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2014, n. 3565, cit., con la chiosa però, ripresa da ad. plen. 11 ottobre 2023, n. 16, cit. (par. 25), che l'immunità non involge il proprietario che, «sebbene non responsabile dell'abuso, sia venuto a conoscenza dello stesso e non si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offerti dall'ordinamento». V. anche par. 28.1, ove il rilievo che il nudo proprietario non versa in una posizione tale da «non potersi opporre alla realizzazione, sull'immobile concesso in usufrutto, di opere abusive, né che gli è precluso di agire direttamente, o per via giudiziale, per procedere al ripristino dello stato dei luoghi». Argomenti di tal fatta si ricavano prima ancora dal diritto positivo (art. 1005 e 1015 c.c.).

(28) Volendoci attenere allo schema argomentativo di S. PUGLIATTI, *Sulla onerosità dei trasferimenti coattivi*, Messina, s.d., 1, ripreso, quasi alla lettera, da E. SILVESTRI, *Trasferimenti coattivi*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, 986.

circostanza che tanto la sentenza dichiarativa che il provvedimento amministrativo sono titoli idonei alla trascrizione⁽³⁵⁾, conta più però notare che, se tra gli *essentialia* della fattispecie acquisitiva figura l'imputabilità dell'abuso edilizio al proprietario, già prima del 2024 lo stato dell'arte contemplava... un rigetto dell'opposizione dedotta dal comune. Il creditore ipotecario non era recessivo tout court: nel caso di un proprietario, ingiunto ed esecutato, che fosse incolpevole, il creditore procedente si avvantaggiava di una tutela di riflesso per l'acclarato difetto di una delle condizioni di legge. A suo modo, il canovaccio era lineare: dovendo il giudice verificare se l'opposizione proposta dal comune fosse fondata, accertata la non colpevolezza del proprietario, l'effetto era quello di un'incompletezza della fattispecie acquisitiva per carenza di un requisito essenziale. Ergo il creditore ipotecario anteriore beneficiava di una tutela di rimbalzo: siccome la prevalenza era del diritto del proprietario esecutato, il creditore ipotecario poteva procedere alla vendita forzata e alla soddisfazione sul ricavato. Soltanto se l'opposizione fosse stata accolta, persino l'acquirente in via forzosa avrebbe, invero, subito l'evizione del bene acquistato (dal comune), con il diritto del soggetto evitto alla tutela ex art. 2921 c.c.⁽³⁶⁾

La *novitas* della Consulta non è, perciò, da poco: pur muovendo da una finalità punitiva e dalla sottolineatura che la confisca non può essere, senza una *iusta causa*, ultrasoggettiva, la corte separa la sorte del creditore ipotecario, estraneo all'abuso, da quella del proprietario, garantendo un'intangibilità dell'ipoteca che non è un riverbero dell'incolpevolezza del debitore esecutato. Ampliando le maglie di una tutela altrimenti risicata, il creditore ipotecario vince pure nel caso in cui, mancando un comodatario o un conduttore ribaldi, si dia il perfezionamento della fattispecie acquisitiva. La tutela che spetta al diritto di ipoteca è infatti autonoma e non di secondo grado: con il che, già così, il ribaltamento assiologico, dandosi per ammissibile la vendita forzata dei beni staggiati nei confronti del comune, non è *de minimis*. La salvezza del creditore ipotecario non è più, si prenda nota, equivalente a quella vantata dall'acquirente in vendita forzata: che il diritto vivente ammetteva, non a caso, potesse opporre al comune l'eccezione di una non imputabilità dell'abuso edilizio al debitore esecutato.

Il fatto è che, come notavamo, la Consulta va pure oltre l'incidente di costituzionalità. Se infatti non è dirimente che l'abuso non si desse o fosse stato incolpevolmente ignorato al tempo di iscrizione dell'ipoteca, il risultato è che il creditore ipotecario prevale pure quando l'iscrizione sia posteriore all'insorgenza dell'abuso. Il che è prodromico al dire che non può avere una funzione scriminante la buona fede del creditore che iscriva ipoteca su di un bene (già) abusivo. Siccome la sussistenza di un abuso edilizio non pregiudica la circolazione di un credito ipotecario, tanto è vero che lo stesso è realizzabile in sede espropriativa, per la corte può oltrepassarsi la questione rimessale. Tutto, per la Consulta, discende dal riconoscimento di una protezione strong al creditore che iscriva ipoteca su di una *res* già abusiva: una siffatta tutela, chiosa la corte, non può implicare l'eccezione di un creditore ipotecario perdente, sebbene non sia responsabile dell'abuso, «solo perché l'immobile abusivo viene confiscato dal comune» (paragrafo 9.3). Conta l'antiorità dell'iscrizione, visto che il comune, in quanto terzo acquirente del bene ipotecato (art. 2858 c.c.), non è immunizzato dagli effetti di una procedura esecutiva. Per la Consulta, delle due infatti l'una: o l'immobile è sanabile, ed allora l'aggiudicatario deve presentare domanda di concessione in sanatoria, oppure l'insanabilità dell'immobile, risultante dall'avviso di vendita, lo obbliga alla demolizione, «con tutte le conseguenze che ne derivano in caso di inottemperanza». *Tertium non datur*: l'estinzione dell'ipoteca e l'inespropriabilità del bene possono infatti aversi soltanto nel caso di una destinazione della *res* ad un pubblico servizio. Nel segno di un suo precedente⁽³⁷⁾, rimarca però la corte, una siffatta evenienza è eccezionale perché presuppone che l'interesse pubblico alla conservazione dell'immobile

abusivo (e confiscato) sia predominante rispetto alla *restitutio in integrum* dell'ordine urbanistico violato. Tecnicamente, come la Consulta ha cura di rimarcare, qui si assiste ad un'attrazione del bene, in virtù della destinazione impressagli, al patrimonio indisponibile dell'ente. Il che, in quanto comporta un mutamento di regime causante il perimento giuridico del bene, corrisponde al vero. Se la confisca tipicizza la condizione giuridica e la destinazione della *res*, l'inespropriabilità è *in re ipsa* giacché, diversamente, il bene verrebbe distratto da una destinazione pubblicistica normativamente impostagli⁽³⁸⁾. Epperò, alla fine, fare della reificazione pubblicistica, disposta ai sensi dell'art. 31, comma 5, l'unico caso di estinzione dell'ipoteca sottende un dire implicante che la *scientia* dell'abuso niente conti, viceversa, ai fini di una tutela del creditore ipotecario che, pur se artefice di un'iscrizione anteriore, abbia accesso la sua garanzia sapendo o versando in una condizione di ignoranza colpevole.

Domanda: la quadra può raggiungersi sul presupposto che il diritto reale di ipoteca, in quanto «compone il patrimonio del creditore», gode di una «protezione particolare» (par. 9.1) nel sistema ordinamentale vigente, donde l'effetto, se venisse pregiudicato indiscriminatamente, di contravvenire ad un «giusto equilibrio tra l'interesse generale alla regolamentazione dei beni e la salvaguardia dei diritti fondamentali»?

Siccome l'interrogativo nulla ha di retorico, evidentemente una qualche distonia la si può nutrire. Se la salvaguardia di un interesse urbanistico e ambientale o di rispetto dell'assetto idrogeologico non è così stringente da giustificare l'inflazione di un sacrificio al creditore ipotecario di buona fede, quale mai dovrebbe essere la ragione, ecco l'interrogativo, militante a favore della tutela di un affidamento che incolpevole non è?

Forse, anziché una, c'è tutta una serie di ragioni che concorrono a suffragare il dire di una Consulta per altro troppo ottimista nel pensare che ogni interprete sia in grado di decrittare un non detto importante almeno quanto viene invece esplicitato⁽³⁹⁾.

Intanto, la circostanza che l'iscrizione ipotecaria venga fatta salva pure quando l'abuso edilizio sia anteriore, potrebbe spiegarsi con l'argomento sistemico di un regime pubblicitario della stessa tarato su di un'antiorità iscrizionale che prescinde dallo stato soggettivo, di buona o di mala fede, del creditore. Attribuire rilevanza alla contezza che il creditore abbia dell'abuso edilizio o condizionarla al fatto che questo sia posteriore all'iscrizione, avrebbe così finito per avvalorare una caratura spuria della tutela, in quanto disarmonica rispetto a quelli che sono i principi reggenti l'istituto. Da un altro angolo di osservazione, è altrettanto innegabile che legare il dispositivo di tutela al combinato disposto di un'estraneità (all'abuso) e di un'antiorità dell'iscrizione (rispetto alla trascrizione) garantisce un grado di stabilità, nella circolazione giuridica, maggiore di quello che potrebbe scaturire dall'accertamento, case by case, di un affidamento incolpevole, perché si è mostrato diligente, del creditore ipotecario. Un terzo utile spunto si può poi trarre da quel *dictum* della sentenza 8230/19 con il quale le sezioni unite⁽⁴⁰⁾, oltre a rammentarci che non esiste alcuna norma imperativa ostracizzante la circolazio-

(35) Cass. 3 febbraio 2005, n. 2161, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Usucapione*, n. 18 (sul fatto che la trascrizione sia irrilevante ai fini dell'opponibilità di un acquisto per usucapione).

(36) E. ROVERONI, *op. cit.*, 434.

(37) Corte cost. 5 luglio 2018, n. 140, *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Regione*, n. 245.

(38) Per completezza, è il caso di notare che il dato normativo, ladove la pubblica amministrazione opti per la conservazione dell'opera abusiva a fini pubblici, legittima l'acquisizione pure dell'area di sedime sul quale l'immobile si trova ad insistere.

(39) E non basta, al riguardo, l'enunciato che si legge al par. 9.3, quanto al presupposto che «le ragioni creditorie risultino estranee a quelle istanze di tutela dei traffici giuridici e di contrasto alle finalità speculative, insite nella disciplina di repressione dell'abusivismo».

(40) Cass., sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230 (*Foro it.*, 2019, I, 2370 e 2790, con note di C. DE LORENZO, *Le c.d. «nullità edilizie» e le sezioni unite: cosa resterà di quegli anni ottanta?*, e di A.M. SINISCALCHI, *Né formale né sostanziale ma testuale. Che cosa cambia per la nullità «urbanistica» dopo le sezioni unite 22 marzo 2019, n. 8230?*) è pluricommentata. Utili spunti si traggono, in massima parte, dalle pagine di G. PETRELLI, *Natura e disciplina della nullità urbanistica dopo le sezioni unite*, in *Riv. not.*, 2019, 671; C. CICERO - A. LEUZZI, *Le nullità delle menzioni urbanistiche negli atti traslativi*, in *Riv. not.*, 2019, 341; E. AMANTE, *Le sezioni unite compongono il contrasto sulla nullità formale o sostanziale dell'art. 46 d.p.r. n. 380 del 2001*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 503 e F. MAGLIULO, *Le menzioni urbanistiche negli atti traslativi: quale nullità?*, in *Notariato*, 2019, 273.

ne di immobili abusivi, hanno sancito che le nullità edilizie, in quanto incluse nella classe delle nullità testuali ai sensi dell'art. 1418, comma 3, c.c., non operano al di fuori delle ipotesi normativamente contemplate. Un siffatto enunciato, oltre ad escludere la nullità per le fattispecie ove il titolo abilitativo edilizio sia menzionato in atto ma la costruzione risulti poi difforme rispetto a quanto autorizzato, si mostra utile pure ai nostri fini. Come la nullità è stata esclusa per il fatto che la porosità dei confini tra difformità totale, variazioni essenziali, difformità parziali avrebbe reso del tutto aleatoria la circolazione degli immobili, così non si può affidare la tutela del creditore ipotecario ad una verifica che sarebbe comunque basata sullo stato di fatto esistente al tempo in cui egli iscrive, senza poter appurare lo stato fattuale dell'edificio nel momento in cui il titolo di acquisto del suo debitore si è perfezionato. Dopo di che, se è esatto notare che il finanziatore o il cessionario possono accollarsi il rischio confisca, è altrettanto vero che un siffatto pericolo di massima è contrattualmente costruito come una causa di decadenza dal beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 c.c. Rispetto ai mutui pendenti, la decisione della Consulta potrebbe quindi evitare che il creditore, non esponendosi più al rischio di un'estinzione dell'ipoteca, eviti di pretendere un'esigibilità immediata della somma prestata.

Che dire, però, di un quadro normativo annoverante una confisca urbanistica che, divenuta cadetta rispetto all'ipoteca anteriore, d'ora in avanti vestirà i panni di Cenerentola rispetto a quella confisca penale disposta ai sensi del d.leg. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. codice antimafia)? Forse una sponda l'interprete può incocciarla nell'argomento del maggiore disvalore assiologico al quale la confisca definitiva di prevenzione, sancendo che i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi, si trova a reagire (art. 45). Resta il fatto che la conversione del credito, nascente da un titolo anteriore al sequestro, in una pretesa indennitaria, nei confronti dello Stato, entro il limite massimo del 60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati (art. 52), disegna un trattamento del creditore ipotecario peggiore di quanto accaduta, d'ora innanzi, per la confisca edilizia. Un'opponibilità dell'ipoteca anteriore, purché il creditore non sia responsabile dell'abuso, conia un livello di tutela dei creditori che, in sede antimafia, suonerebbe eccessivo. Al netto di un requisito soggettivo che già è più stringente⁽⁴¹⁾, il disposto dell'art. 52, comma 5, del codice antimafia, nella parte in cui recita che ai titolari di un diritto reale di garanzia spetta soltanto «in prededuzione un equo indennizzo commisurato alla durata residua del contratto o alla durata del diritto reale», tratteggia invece una disciplina che incorpora, in luogo di un'opponibilità espropriativa travolgente un provvedimento ablativo pur sempre dettato a servizio di un interesse pubblico, il suo opposto. Alla fine, la doppia compressione, di cui parla quella dottrina risoluta nell'evidenziare che il creditore, in sede di art. 52, perde tanto il *ius distrahendi* quanto un ristoro patrimoniale di quasi la metà⁽⁴²⁾, evoca un fascio di limiti che non va *extra muros*. La tutela dell'ipoteca, in sede di confisca urbanistica, non è diversa da quella reale originaria, segno che la caratura del bilanciamento tra i contrapposti interessi insegue tecniche ristorative differenti.

6. ... and the devil too!

Ricapitolando.

La verità è che la Consulta si è venuta a misurare con un argomento nel quale il mix di una dottrina apatica e di un titano arrembante ha finito per imprimere al discorso un deficit di sistematicità così pronunciato che qualsiasi *decisum* finisce per diventare anticipato. *Intelligenti pauca*: avendo una coperta striminzita, è fisiologico che ad ogni rattoppo si accompagneranno delle smagliature. Che qui, ecco il punto!, ci sentiamo di esprimere nel modo che segue.

A) Ben venga un'ipoteca anteriore opponibile alla confisca iscritta sul terreno prima dell'abuso. Ben venga pure l'opponibilità di un'ipoteca anteriore iscritta sul fabbricato già abusivo: una volta demolito, reintegrando così la regolarità urbanistica, l'ipo-

teca si trasferirà dal manufatto all'area di sedime sul quale l'opera sorgeva. Tanto che ci siamo, ben venga, infine, anche la prevalenza di un'ipoteca anteriore iscritta su di un fabbricato prima che diventasse abusivo. Ma un'ipoteca opponibile alla confisca, iscritta su di un fondo da un creditore colluso con il proprietario, non somiglia tanto all'ipoteca del giorno prima confezionata patizientemente da fatto preclusivo bypassante uno spoglio dominicale? L'idea di una collusione fraudolenta evoca l'istantanea di un dolo che, diretto com'è ad impedire che un bene privato possa diventare di proprietà pubblica, va tempestivamente neutralizzato onde evitare una frode pregiudicante l'interesse pubblico. Qui, detto in breve, l'inopponibilità diventa l'unica misura sanzionatoria atta a reprimere lo schermo di un'ipoteca fraudolenta⁽⁴³⁾. Diversamente, a tacer d'altro, resterebbe ferita pure quella finalità ambientalistica che il nuovo testo dell'art. 9 Cost. ha contribuito a rinvigorire. Provando così a dirlo mo' di slogan: è incostituzionale la confisca edilizia che non preservi il diritto d'ipoteca del creditore non responsabile dell'abuso. Ma l'incostituzionalità non avvantaggia il creditore ipotecario, pur se non artefice dell'abuso, che sia partecipe di un *consilium fraudis*.

B) La commissione di un illecito edilizio integra il reato previsto dall'art. 44, comma 1, lett. a) e b), d.p.r. n. 380 del 2001, nonché la lesione dei valori tutelati dagli art. 9, 41, 42 e 117 Cost. Se così è, non va allora pretermesso che un'opponibilità, a compasso allargato, dell'ipoteca anteriore comporta pur sempre un pignoramento contro una p.a. divenuta *ipso iure* proprietaria del bene abusivo. Posto allora che il discorso della Consulta, ridotto all'essenziale, va pur sempre visto come il conio di una regola governante la sorte di un'esecuzione forzata immobiliare intrapresa su di un bene, ipotecato, oggetto di confisca, pensiamo allora che ci sarebbe da riflettere pure sul fatto che la confisca antimafia richiede che il credito non sia strumentale all'attività illecita oppure che il creditore ignori in buona fede il nesso di strumentalità. Ora i requisiti normativi, alla luce dei quali è prescritto che deve apprezzarsi giudizialmente questa buona fede, oltre che articolati, sono variamente stringenti⁽⁴⁴⁾, con il risultato che viene a rinnovarsi spontanea la sensazione di una dissimmetria rimediale, in seno alla classe dei creditori ipotecari, ad alto tasso di problematicità.

C) Leggiamo, nella parte finale di Cass. 8230/19, che «in ipotesi di difformità sostanziale tra titolo abilitativo enunciato nell'atto e costruzione, l'acquirente non sarà esposto all'azione di nullità, con conseguente perdita di proprietà dell'immobile ed onere di provvedere al recupero di quanto pagato». Epperò, ove ricorrano i presupposti, costui si troverà a soggiacere alle sanzioni, penali ed amministrative, previste a tutela dell'interesse generale connesso alle prescrizioni della disciplina urbanistica. Il che val quanto dire che l'interesse sovraindividuale ad un ordinato assetto del territorio resta salvaguardato da un apparato sanzionatorio e, «nel caso degli abusi più gravi, dal provvedimento ripristinatorio della demolizione». Quindi, il contratto è valido ma il rischio demolizione resta a carico dell'acquirente. È un'alea che il creditore ipotecario d'ora innanzi non si trova, invece, a subire. Evviva l'indagine teleologica della sanzione: ma la disparità di trattamento regge alla prova dell'art. 3 Cost.?

A legislazione invariata, come può arguirsi, gli strappi rischiano di montare: e dubitiamo che, in una materia così insidiosa e frastagliata, confidare nella razionalizzazione sistematizzante del diritto delle corti rappresenti il migliore dei viatici possibili.

(43) Dopo di che, se lo stato dell'arte *post* Consulta è quello riassunto *sub a)*, vien facile comprendere che l'assetto normativo, pur se con i dubbi di coerenza sistemica poc'anzi esposti, è molto diverso da quello che una parte della dottrina auspicava nel momento in cui, pendente il giudizio di costituzionalità, suggeriva la trasposizione di una «tutela indennitaria del diritto di credito assistito da una causa di prelazione sui beni confiscati in modo da giustificare una tutela diversa»: così S. TOMASI, *Sull'acquisizione gratuita del bene abusivo realizzato su terreno già ipotecato*, cit., 1838.

(44) E. GABRIELLI, *Esecuzione forzata, confisca del bene ipotecato e limitazioni della garanzia del credito*, cit., 421, discorre, non a caso, di una buona fede esclusa sulla scorta della semplice colpa.

(41) Com'è facile dedurre scorrendo la pagina di E. GABRIELLI, *Esecuzione forzata, confisca del bene ipotecato e limitazioni della garanzia del credito*, cit., 420.

(42) E. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

16. – Invero, nel nuovo sistema normativo, che segna il passaggio dalla pensione di anzianità alla pensione anticipata, il comma 10, a differenza del comma 11, non fa riferimento all'effettività della contribuzione (né richiama il regime contributivo successivo al 1996), ma si limita a richiamare la contribuzione utile; per converso, nel comma 11 si dà rilievo alla contribuzione effettiva (per vent'anni) in collegamento con l'età.

17. – Può dunque affermarsi che, nel sistema di cui all'art. 24, comma 10, l. n. 214 del 2011, che prevede l'accesso alla pensione anticipata ad età inferiori ai requisiti anagrafici previsti se risulta maturata un'anzianità contributiva di quarantadue anni e un mese per gli uomini e quarantuno anni e un mese per le donne, la contribuzione figurativa può concorrere ad integrare i presupposti per il pensionamento, laddove nel sistema di cui al comma 11 (che consente l'accesso alla pensione anticipata anche sulla base del requisito anagrafico oltre che di quello contributivo) la minor contribuzione richiesta deve essere effettiva.

18. – La sentenza impugnata, che non si è attenuta al richiamato principio, deve essere cassata e la causa va rinviata alla stessa corte d'appello in diversa composizione per un nuovo esame.

Nota di richiami

(1) I. – Revirement rispetto a Cass. 14 ottobre 2022, n. 30265, *ForoPlus*, che aveva adottato un'interpretazione restrittiva dell'art. 24 d.l. n. 201 del 2011, convertito, con modificazioni, in l. n. 214 del 2011, affermando che non v'è spazio per distinguere il tenore letterale dell'enunciato normativo — fra comma 10 e comma 11 della norma — alla luce dei due cardini della riforma pensionistica del 2011 (c.d. "Monti-Fornero"), individuati nel progressivo adeguamento della pensione all'aumento della speranza di vita e nel disincentivo di ogni forma di pensionamento anticipato.

La sentenza che si riporta, unitamente alla coeva 24916/24, *ibid.*, in consapevole contrasto con la precedente interpretazione restrittiva, pur condividendo l'idea — per altro con buona parte della motivazione perfettamente sovrapponibile — che la riforma del 2011 «completò la transizione della riforma del 1995 (l. n. 335 del 1995) in un periodo di aggravamento della crisi economico-finanziaria già in atto dai primi anni del 2000 (c.d. crisi dello spread)», ha viceversa ritenuto che il distinguo vada operato «sulla base del criterio letterale dell'interpretazione delle norme in discorso... in quanto solo nel comma 11 si richiede l'effettività della contribuzione, mentre nel comma 10 nulla si dice». Viene precisato, in motivazione, che l'accesso alla pensione anticipata (neointrodotta in luogo della pensione di anzianità, in precedenza ottenibile potendo vantare il requisito di trentacinque anni di effettiva contribuzione) viene consentito a differenti condizioni, a seconda che il lavoratore abbia costituito la propria posizione assicurativa anteriormente (comma 10) o successivamente (comma 11) al 1° gennaio 1996, data di entrata in vigore della riforma di cui alla l. n. 335 del 1995 che ha introdotto il sistema di calcolo contributivo, prevedendo transitoriamente un sistema "misto", con conservazione del previgente sistema retributivo a favore dei lavoratori che avessero raggiunto diciotto anni di contribuzione al 31 dicembre 1995.

Per riferimenti sulle dinamiche normative connesse all'entrata in vigore della riforma del 1995, da ultimo, cfr. Corte cost. 27 giugno 2024, n. 112, *Foro it.*, 2024, I, 2214, con nota di M. FERRARI, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale «del combinato disposto» degli art. 1, comma 13, l. n. 335 del 1995 e 24, comma 2, d.l. n. 201 del 2011, convertito in l. 22 dicembre 2011 n. 214, nella parte in cui essi non prevedono il diritto del pensionato alla neutralizzazione del periodo oggetto di riscatto del corso di studi universitari, allorché i diciotto anni di contribuzione al 31 dicembre 1995, con conseguente liquidazione del trattamento pensionistico con il sistema retributivo, siano stati raggiunti solo per effetto del suddetto riscatto e dall'applicazione del sistema retributivo in luogo del sistema misto, che avrebbe appunto operato in assenza del riscatto, derivi un depauperamento del trattamento pensionistico, in riferimento all'art. 3 Cost.

Con riferimento all'ipotesi di pensione di vecchiaia anticipata per invalidità, nel senso che essa soggiace alla generale previsione dell'aumento dell'età pensionabile in dipendenza dell'incremento della speranza di vita di cui all'art. 22 *ter*, comma 2, d.l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009, poiché la sussistenza dello stato di invalidità costituisce solo la condizione in presenza della quale è possibile acquisire il diritto al trattamento di vecchiaia sulla base del requisito di età vigente prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 503 del 1992, senza tuttavia comportare uno snaturamento della prestazione, che rimane pur sempre un trattamento diretto di vecchiaia, ontologicamente diverso dai trattamenti diretti di invalidità, cfr. Cass. 27 novembre 2019, n. 31001, *id.*, 2020, I, 1340, con nota di richiami.

Per più ampi riferimenti in tema di età pensionabile, in relazione alla differenza di trattamento tra impiegati di sesso femminile e di sesso maschile, v. Corte cost. 12 maggio 2017, n. 111, *id.*, 2017, I, 2230, con nota di G. AMOROSO, *Sindacato di costituzionalità e controllo diffuso di conformità eurounitaria*, e *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 827, con nota di D. GOTTARDI, che ha ritenuto inammissibile, per irrilevanza, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 24, comma 3, primo periodo, d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214, come interpretato dall'art. 2, comma 4, d.l. 31 agosto 2013 n. 101, e 2, comma 21, l. 8 agosto 1995 n. 335, nella parte in cui impone il collocamento a riposo al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età delle impiegate che abbiano maturato i requisiti per il conseguimento della pensione con il raggiungimento del sessantunesimo anno di età e di venti anni di contribuzione alla data del 31 dicembre 2011, laddove gli impiegati, che si trovino nella medesima condizione lavorativa, sono collocati a riposo al raggiungimento dell'età di sessantasei anni e tre/sette mesi, in riferimento agli art. 3, 37, comma 1, Cost. e, in relazione agli art. 157 Tfr e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 11 e 117, comma 1, Cost.

II. – In dottrina, per la ricostruzione del quadro dei sistemi pensionistici nel contesto della riforma del 2011, v. L. CARBONE, 2011: «nuove» pensioni e «nuovo» sistema di riscossione dei contributi previdenziali, in *Foro it.*, 2011, V, 88.

CORTE DI CASSAZIONE; sezione II civile; ordinanza 16 settembre 2024, n. 24764; Pres. ORILIA, Rel. PICARO, P.M. (non indicato); P.A. D'Auria e altri (Avv. LANFRANCO) c. Martone (Avv. D'ALESSIO). *Conferma App. Napoli 27 settembre 2019*.

Distanze legali — Demolizione con ricostruzione — Distanze legittimamente preesistenti (Cod. civ., art. 872, 873; • d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (testo A), art. 2 *bis*, 3; • d.l. 16 luglio 2020 n. 76, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, art. 10; • l. 11 settembre 2020 n. 120, conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76).

La demolizione di un edificio con sua ricostruzione senza il rispetto degli originari limiti di altezza, volumetria, sagoma e area di sedime deve comunque rispettare le distanze legittimamente preesistenti, a nulla rilevando che il testo unico dell'edilizia comprenda tra le ipotesi di ristrutturazione anche la demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planovolumetriche e tipologiche. (1)

Fatti di causa

Martone Francesco, proprietario di un fondo agricolo con annesso fabbricato rurale sito in Sant'Antonio Abate, via Canale, conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Torre Annunziata, sezione distaccata di Gragnano, i proprietari di un fabbricato confinante posizionato in prossimità del confine sud-est, D'Auria Pietro Aniello, Eligio e Marco, lamentando che la loro dante causa, Alfano Rosa Anna, coltivatrice diretta, aveva proceduto alla demolizione e ricostruzione con arretramento dal confine di un preesistente fabbricato, sito in via Canale n. 64 (già n. 30), che era stato danneggiato dal terremoto del 1980, in aperta violazione delle distanze legali, ed all'apertura nel fabbricato ricostruito di vedute sul fondo degli attori in contrasto con l'art. 905 c.c., e chiedendo la condanna dei convenuti alla demolizione del loro fabbricato, alla chiusura delle vedute ed al risarcimento dei danni conseguenti a lui provocati, da quantificare in corso di causa.

Si costituivano i convenuti, che, per quanto ancora rileva, sostenevano la legittimità della ricostruzione compiuta dalla loro dante causa dopo il sisma, avvenuta dopo la presentazione del progetto di ricostruzione del 28 febbraio 1988, prot. n. 8996 e successive integrazioni all'ufficio tecnico comunale, il rilascio in data 8 giugno 2001 del parere favorevole della II^a commissione ex art. 14 l. 218/81, ed in data 28 giugno 2001 dell'autorizzazione dei lavori di ricostruzione del fabbricato da parte del comune di Sant'Antonio Abate.

Escussi alcuni testimoni ed espletata c.t.u., il Tribunale di Torre Annunziata, con la sentenza n. 1373 del 13 novembre 2013, rilevava che il fabbricato ricostruito dalla dante causa dei D'Auria, a differenza di quello preesistente ubicato sul confine con la proprietà Martone, era posto ad una distanza oscillante da un minimo di m 1,07 ad un massimo di m 1,34 dal confine, per cui doveva essere considerato in ragione della differente sagoma, come una nuova costruzione, soggetta alla distanza legale di dieci metri dal confine secondo lo strumento urbanistico vigente al momento dell'autorizzazione ed alle distanze legali per le vedute dell'art. 905 c.c., e pertanto condannava i convenuti all'arretramento del fabbricato ricostruito fino a rispettare la distanza dal confine, nonché alla chiusura delle vedute per l'accertata violazione dell'art. 905 c.c., ed al risarcimento dei danni conseguenti, quantificati in euro 2.000 sulla base del costo dei lavori di rifacimento parziale dell'intonaco del locale cantinato del Martone, che era stato rovinato durante i lavori di demolizione del fabbricato Alfano-D'Auria.

Appellata la sentenza di primo grado dai D'Auria, la Corte d'appello di Napoli, nella resistenza del Martone, dopo avere inizialmente sospeso l'esecutività della decisione di primo grado, con la sentenza n. 4716 del 30 luglio - 7 settembre 2019, rigettava l'appello e condannava gli appellanti alle spese processuali di secondo grado.

La corte di merito, in ragione della diversità di sagoma del fabbricato, ricostruito dalla dante causa dei D'Auria (con arretramento dell'area di sedime da un minimo di m 1,07 ad un massimo di m 1,34 dal confine lato sud con la proprietà Martone) rispetto al preesistente fabbricato, che era invece costruito su tale confine, qualificava il manufatto, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, come nuova costruzione e non come ristrutturazione edilizia ex art. 3, comma 1, lett. d), d.p.r. 380/01, ritenendolo pertanto assoggettato alla distanza di dieci metri dal confine prescritta dal programma di fabbricazione, strumento urbanistico vigente al momento del rilascio dell'autorizzazione alla demolizione e ricostruzione n. 11136/01 del comune di Sant'Antonio Abate, escludendo invece l'applicabilità del piano di recupero ex l. 219/81 del suddetto comune, perché non ancora vigente al momento del rilascio di quell'autorizzazione ed assoggettata anche al rispetto delle distanze legali per le vedute stabilite dall'art. 905 c.c., e confermava quindi l'ordine di demolizione del fabbricato ricostruito e di chiusura delle vedute.

Avverso tale sentenza, hanno proposto ricorso D'Auria Pietro Aniello, Eligio e Marco, affidandosi a due motivi, contrastanti con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 380 bis.1 c.p.c.

Ragioni della decisione

1. – Col primo motivo i ricorrenti lamentano, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 d.p.r. 380/01.

Sostengono che l'art. 3, comma 1, lett. d), d.p.r. 380/01, del quale l'impugnata sentenza ha fatto applicazione, è stato modificato da ultimo dal d.l. 69/13, che ha sostituito alla pregressa nozione di fedele ricostruzione, che richiedeva che il fabbricato ricostruito avesse la stessa sagoma di quello preesistente, intesa come conformazione planovolumetrica della costruzione e come perimetro in senso verticale ed orizzontale, la nozione di ristrutturazione, che presuppone che il nuovo organismo edilizio, anche se in tutto o in parte diverso dal precedente, risulti dall'effettuazione di interventi di ripristino e sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, dall'eliminazione, dalla modifica e dall'inserimento di nuovi elementi ed impianti senza la realizzazione di nuovi volumi e con conservazione delle caratteristiche fondamentali dell'edificio preesistente, permanendo il vincolo di sagoma solo per gli immobili soggetti a vincolo.

Ritengono quindi i ricorrenti che la corte d'appello non avrebbe potuto qualificare il fabbricato ricostruito come nuova costruzione ed assoggettarlo alle distanze legali vigenti al momento della ricostruzione, trattandosi in realtà di una ristrutturazione con diminuzione della volumetria di progetto, per la quale non vi era l'obbligo di rispettare le distanze legali vigenti al momento della ristrutturazione, né per l'edificazione, né per le vedute.

Il primo motivo è infondato, anche se non ci si può limitare ad affrontare la problematica della modifica apportata all'art. 3, comma 1, lett. d), d.p.r. 380/01 dal d.l. 69/13, con il rilievo che si tratterebbe di norma sopravvenuta al rilascio dell'autorizzazione alla demolizione e ricostruzione n. 11136/01 da parte del comune di Sant'Antonio Abate del 28 giugno 2001, e quindi non applicabile al caso concreto. Si rende invece necessaria la correzione della motivazione ex art. 384, ultimo comma, c.p.c. sulla base delle seguenti considerazioni.

Per giurisprudenza costante di questa corte, in materia di distanze nelle costruzioni, qualora subentri una disposizione derogatoria favorevole al costruttore, si consolida, salvi gli effetti dell'eventuale giudicato sull'illegittimità della costruzione, il diritto di quest'ultimo a mantenere l'opera a distanza inferiore, se a quel tempo, la stessa sia già ultimata (v. Cass. 11 maggio 2023, n. 12751, *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 152; 4 febbraio 2021, n. 2640, *ForoPlus*; 26 luglio 2013, n. 18119, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Distanze legali*, n. 10). Il sopravvenire della disciplina normativa meno restrittiva comporta, che l'edificio in contrasto con la regolamentazione in vigore al momento della sua ultimazione, ma conforme alla nuova, non possa più essere ritenuto illegittimo, cosicché il confinante non può pretendere l'abbattimento, o comunque la riduzione alle dimensioni previste dalle norme vigenti al momento della sua costruzione.

Occorre tuttavia esaminare l'evoluzione nel tempo della nozione di ricostruzione di edificio e di ristrutturazione nella nostra legislazione.

In passato la ricostruzione era individuata in un intervento che fosse contenuto nei limiti preesistenti di altezza, volumetria, sagoma ed area di sedime dell'edificio, per cui in presenza di eccedenze si aveva invece una nuova costruzione soggetta alle nuove distanze legali vigenti al tempo della realizzazione del nuovo fabbricato, mentre per la ricostruzione continuavano a valere le distanze legali previste per l'edificio originario (v. Cass. 473/19, *id.*, 2019, I, 2859).

Tale distinzione era basata sulla giurisprudenza su una serie di disposizioni, a partire dall'art. 31, comma 1, lett. d), l. 457/87, per poi passare all'art. 3, comma 1, lett. d), d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, che nella sua formulazione originaria prevedeva che «nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edi-

lizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato identico, quanto a sagoma, volumi ed area di sedime e caratteristiche dei materiali, a quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica».

Il d.l. 69/13, invocato dai ricorrenti, ha modificato il sopra riportato art. 3, comprendendo, nell'ambito della ristrutturazione edilizia, gli interventi consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, essendo quindi sufficiente per aversi ristrutturazione il rispetto della volumetria originaria, senza necessità di rispettare la sagoma dell'edificio preesistente.

È poi ulteriormente intervenuto però l'art. 5 d.l. 32/19, convertito nella l. 55/19, sul tema delle distanze per le costruzioni, che all'art. 2 *bis* d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 ha aggiunto il comma 1 *ter*, in base al quale «in ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo».

Da ultimo l'art. 10, comma 1, lett. a), d.l. 76/20, convertito, con modificazioni, dalla l. 120/20 ha modificato l'art. 2 *bis*, comma 1 *ter*, d.p.r. 380/01 stabilendo che «in ogni caso di intervento che preveda la demolizione e ricostruzione di edifici, anche qualora le dimensioni del lotto di pertinenza non consentano la modifica dell'area di sedime ai fini del rispetto delle distanze minime tra gli edifici e dai confini, la ricostruzione è comunque consentita nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti» aggiungendo «gli incentivi volumetrici eventualmente riconosciuti per l'intervento possono essere realizzati anche con ampliamenti fuori sagoma e con il superamento dell'altezza massima dell'edificio demolito, sempre nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti», e dallo stesso decreto legge è stato ulteriormente modificato l'art. 3 d.p.r. 380/01 facendo rientrare nella nozione di ristrutturazione edilizia anche gli interventi «di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planovolumetriche e tipologiche», in tal modo superando la definizione tradizionale di ristrutturazione, che era riferita alle modificazioni edilizie esclusivamente interne, che lasciavano inalterate le componenti essenziali quali i muri perimetrali, le strutture orizzontali, la copertura (v., sulla nozione tradizionale di ristrutturazione, Cass., ord. 13 giugno 2023, n. 16804, *id.*, Rep. 2023, voce cit., n. 14).

Ne deriva, nel caso in esame, che i ricorrenti non potevano invocare l'art. 3, comma 1, lett. d), d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, come modificato dal d.l. 69/13, relativo alla nozione di ristrutturazione edilizia, in quanto è stato accertato che il fabbricato da essi ricostruito ha un'area di sedime diversa dal fabbricato demolito, che era ubicato sul confine, essendo posizionato a diversa distanza.

Dopo l'entrata in vigore dell'art. 5 d.l. 32/19, convertito nella l. 55/19, per fugare eventuali dubbi sorti a seguito della mutata nozione di ristrutturazione edilizia, e porre un freno alla legislazione urbanistica regionale propensa a consentire aumenti volumetrici nelle ristrutturazioni, si è stabilito il principio, a prescindere dalla forma autorizzatoria scelta, degli interventi di demolizione e ricostruzione nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti, dovendosi altrimenti rispettare le distanze legali vigenti al momento della ricostruzione del fabbricato.

Quanto alla modifica apportata dal d.l. 76/20, la sentenza di Cass. pen. 6 ottobre 2022 - 18 gennaio 2023, n. 1669, *ForoPlus*, ha comunque chiarito che, nonostante l'ampliamento progressivo della nozione di ristrutturazione, la *ratio* qualificante di tale intervento edilizio è che preesista un fabbricato da recuperare, sia pure con le modifiche ora consentite, e che tale fabbricato venga comunque conservato attraverso interventi di recupero che conservino tracce dell'immobile preesistente. È stato poi chiarito dalla giurisprudenza di questa sezione, che anche dopo l'intervento della riforma del d.l. 76/20, ancorché si possa parlare di ricostruzione anche per opere che aumentino il volume o modifichino la sagoma dell'opera da ricostruire, si

richiede sempre che la ricostruzione sia compiuta nel rispetto delle distanze preesistenti e cioè delle distanze conformi alla normativa vigente nel momento in cui è stato realizzato l'intervento originario (Cass. 20428/22, *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 125).

Nel caso di specie, come si è visto, la corte d'appello ha accertato, in punto di fatto, che il fabbricato ricostruito dai ricorrenti dopo la demolizione del preesistente fabbricato danneggiato dal terremoto del 1980, a differenza di quello, che era costruito proprio sul confine con la parte sudorientale della proprietà di Martone Francesco, in aderenza al fabbricato di quest'ultimo, è stato realizzato ad una distanza variabile tra un minimo di m 1,07 ed un massimo di m 1,34 da tale confine, per cui vi è stata una modifica dell'area di sedime mediante traslazione, che si è anche accertato da parte dei giudici di merito non corrispondere a quanto indicato nel progetto di ricostruzione del 28 febbraio 1988, prot. n. 8996, e successive integrazioni, presentato all'ufficio tecnico comunale, per il quale il 28 giugno 2001 è stata poi rilasciata l'autorizzazione dei lavori di ricostruzione del fabbricato ora dei ricorrenti da parte del comune di Sant'Antonio Abate, progetto nel quale si prevedeva la ricostruzione del fabbricato sul confine.

Sulla base di questi elementi di fatto e della motivazione così integrata la corte d'appello ha correttamente qualificato il fabbricato ricostruito dopo la demolizione come nuova costruzione.

La diversità delle distanze accertate nella edificazione rispetto al preesistente, con creazione di un'intercapedine potenzialmente nociva ed insalubre, prima inesistente, anche alla luce della più favorevole normativa sopravvenuta sopra richiamata, non consentono ai ricorrenti di sottrarsi al rispetto delle distanze legali vigenti all'epoca della ricostruzione.

Allo stesso tempo non può la parte ricorrente sottrarsi al rispetto delle distanze legali vigenti all'epoca della ricostruzione neppure invocando l'estensione della nozione di ristrutturazione apportata dal d.l. 76/20, in quanto del preesistente fabbricato, totalmente demolito, non è stata conservata alcuna traccia, per cui non ci si trova di fronte ad una mera ristrutturazione, ma ad una vera e propria ricostruzione con area di sedime diversa dal fabbricato preesistente e con modifica della distanza pregressa derivante dal fatto che il fabbricato ricostruito non è più ubicato sul confine con la proprietà Martone, ed a ciò va aggiunto che i provvedimenti autorizzatori adottati in sede amministrativa attengono al profilo della legittimità urbanistico-edilizia, ma lasciano impregiudicato il rapporto del costruttore con i terzi che invochino il rispetto delle distanze legali.

(*Omissis*)

Nota di richiami

(1) I. – Secondo l'orientamento tradizionale, la demolizione con ricostruzione, come forma particolare di ristrutturazione, non comporta nuova costruzione, soggetta alle distanze (previste dal codice o dalle norme integrative), purché si rimanga nei limiti preesistenti di altezza, sagoma, area di sedime e volumetria dell'edificio.

Negli ultimi dieci anni, in ragione della tendenza del legislatore a favorire i recuperi abitativi, si registra però una congerie di interventi normativi sulle demolizioni con ricostruzione.

Un primo intervento è costituito dal d.l. 21 giugno 2013 n. 69, un secondo dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32. Per tali interventi normativi si rinvia alla nota di richiami a Cass. 10 gennaio 2019, n. 473, *Foro it.*, 2019, I, 2859, e alla nota di commento di BONA, *Il d.l. 18 aprile 2019 n. 32: distanze legali, ragioni dell'economia, ragioni dell'ambiente*.

Un terzo intervento è costituito dall'art. 10, comma 1, lett. a), d.l. 16 luglio 2020 n. 76, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120. Con il terzo intervento si modificano sia l'art. 2 *bis*, sia l'art. 3 t.u. edilizia. Il primo articolo, modificato, prevede che «anche qualora le dimensioni del lotto (...) non consentano la modifica dell'area di sedime ai fini del rispetto delle distanze minime tra gli edifici e dai confini, la ricostruzione

è comunque consentita nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti», aggiungendo che «gli incentivi volumetrici eventualmente riconosciuti per l'intervento possono essere realizzati anche con ampliamenti fuori sagoma e con il superamento dell'altezza massima dell'edificio demolito, sempre nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti». Tutto ciò con un limite per le zone omogenee A, per quelle a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, per i centri e nuclei storici consolidati e per gli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico, dove gli interventi «sono consentiti esclusivamente nell'ambito dei piani urbanistici di recupero e di riqualificazione particolareggiati, di competenza comunale, fatti salvi le previsioni degli strumenti di pianificazione territoriale, paesaggistica e urbanistica vigenti e i pareri degli enti preposti alla tutela». Il novellato art. 3, comma 1, lett. d), t.u. edilizia fa poi rientrare nella nozione di ristrutturazione edilizia anche gli interventi «di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planovolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per l'installazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico». Lo stesso articolo dispone altresì che l'intervento possa prevedere «nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana». Tutto ciò con alcuni limiti: «Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a tutela ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.leg. 22 gennaio 2004 n. 42, nonché, fatte salve le previsioni legislative e degli strumenti urbanistici, a quelli ubicati nelle zone omogenee A di cui al decreto del ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444, o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove siano mantenuti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria». In sintesi, le norme introdotte nel 2020 consentono — a certe condizioni — di individuare una ristrutturazione dell'edificio originario mediante demolizione con ricostruzione e non una nuova costruzione soggetta alle vigenti norme sulle distanze anche quando non vengano rispettati gli originari limiti di altezza, sagoma, area di sedime e finanche volumetria. Devono però rimaner ferme le «distanze legittimamente preesistenti» (che, ovviamente, possono essere diverse da quelle vigenti al momento dell'intervento).

Un quarto intervento si registra con il d.l. 1° marzo 2022 n. 17, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 aprile 2022 n. 34. Si ritocca l'ultimo periodo dell'art. 3, comma 1, lett. d), t.u. edilizia, che ora così recita: «rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a tutela ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.leg. 22 gennaio 2004 n. 42, ad eccezione degli edifici situati in aree tutelate ai sensi dell'art. 142 medesimo codice, nonché, fatte salve le previsioni legislative e degli strumenti urbanistici, a quelli ubicati nelle zone omogenee A di cui al decreto del ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444, o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove siano mantenuti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria». Il ritocco vale a meglio coordinare l'art. 3 con l'art. 2 bis e con tutta la rimanente legislazione di settore ma — per quanto qui specificamente interessa — non incide sulla regola per la quale in ogni intervento di demolizione con ricostruzione vanno comunque rispettate le «distanze legittimamente preesistenti».

II. — La varietà di interventi normativi sul tema tiene quindi ferma la regola sulle distanze, dalla quale si possono trarre in via immediata i seguenti corollari.

Se l'edificio viene ricostruito nei limiti preesistenti di altezza, sagoma, area di sedime e volumetria non si pongono problemi di distanze, già alla luce della giurisprudenza tradizionale per la quale non siamo di fronte a una nuova costruzione.

Se l'edificio viene ricostruito superando i limiti preesistenti di altezza, sagoma, area di sedime e volumetria secondo quanto consentito dalle norme vigenti, occorre distinguere: a) qualora l'edificio ricostruito rispetti le distanze prescritte (dal codice civile e dalle leggi integrative) al momento della realizzazione dell'edificio originario, nessun problema (cfr., pur argomentando *a contrario*, Cass. 24 giugno 2022, n. 20428, *id.*, Rep. 2022, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 125); b) qualora l'edificio ricostruito non rispetti le distanze prescritte al momento della realizzazione dell'edificio originario ma rispetti la disciplina sopravvenuta di maggior favore, anche in tal caso nessun problema (cfr. il principio, pacifico, della retroattività delle norme sulle distanze favorevoli al costruttore: in giurisprudenza v., da ultimo, Cass. 11 maggio 2023, n. 12751, *id.*, Rep. 2023, voce cit., n. 152; 4 febbraio 2021, n. 2640, *ForoPlus*; 26 luglio 2013, n. 18119, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Distanze legali*, n. 10); c) qualora, ulteriormente, l'edificio ricostruito non rispetti né le norme vigenti al momento della realizzazione dell'edificio originario, né quelle sopravvenute di maggior favore, ma prima della demolizione sia stata acquistata per usucapione una servitù di tenere le opere a distanza inferiore a quella legale, nessun problema, almeno quanto ai rapporti tra privati (discorso diverso quello relativo ai rapporti con la pubblica amministrazione nel caso non sia stata rispettata la distanza prevista da una norma integrativa). Ed infatti, il legislatore prescrive il rispetto delle «distanze legittimamente preesistenti» e l'espressione è idonea a comprendere ogni fattispecie nella quale la distanza può dirsi rispettosa della legge (sul tema dell'acquisto per usucapione di una servitù di tenere opere a distanza inferiore a quella prevista da norme integrative v., in giurisprudenza, Cass. 25 settembre 2024, n. 25631, *ForoPlus*, che continua un orientamento consolidato quantomeno da Cass. 22 febbraio 2010, n. 4240, *Foro it.*, 2010, I, 3457); d) qualora, infine, l'edificio non rispetti le norme sulle distanze originariamente vigenti, né quelle sopravvenute, né si possa ritenere acquistata una servitù di tenere le opere a distanza inferiore a quella legale, l'edificio sarà esposto alle domande ripristinatorie del vicino.

Se poi l'edificio viene ricostruito superando i limiti preesistenti di altezza, sagoma, area di sedime e volumetria oltre ciò che è consentito dalle norme vigenti, dovrà intendersi, ai fini delle distanze, come nuova costruzione. Sarà quindi soggetto alla disciplina delle distanze applicabile al momento della ricostruzione.

III. — In tale contesto, Cass. 16 settembre 2024, n. 24764, in epigrafe, si occupa di una vicenda così riassumibile: la proprietaria di un immobile lo demolisce e lo ricostruisce non più a confine ma a una distanza compresa tra 1,07 e 1,34 metri dal fondo contiguo. Per il tribunale e per la corte d'appello, non avendo la proprietaria rispettato — nella ricostruzione — «la sagoma» originaria, saremmo di fronte a una nuova costruzione, che non rispetta né le distanze dal confine previste dalle norme integrative, né le distanze previste per le vedute. La proprietaria ricorre per cassazione dolendosi che con l'art. 3 t.u. edilizia (d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380) sono stati rivisti i limiti della demolizione con ricostruzione.

La corte, con piena aderenza al dettato normativo, respinge il ricorso, sottolineando come «la diversità delle distanze accertate nella edificazione rispetto al preesistente, con creazione di un'intercapedine potenzialmente nociva e insalubre, prima inesistente, anche alla luce della più favorevole normativa sopravvenuta sopra richiamata, non consentono ai ricorrenti di sottrarsi al rispetto delle distanze legali vigenti all'epoca della ricostruzione», pari a dieci metri dal confine, secondo lo strumento urbanistico.

A ciò peraltro la corte aggiunge, occupandosi del secondo motivo di ricorso, una significativa precisazione. A nulla rileva — si sottolinea — che il testo unico dell'edilizia comprenda, all'art. 3, tra le ipotesi di ristrutturazione, anche la demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e

caratteristiche planovolumetriche e tipologiche. Non si può con questo dire, profittando delle difficoltà di coordinare il nuovo art. 2 *bis* e il nuovo art. 3 del t.u., che trattandosi di ristrutturazione non saremmo di fronte a una nuova costruzione soggetta al regime delle distanze. Per due ragioni, una relativa al caso di specie, un'altra di portata più generale. In primo luogo, perché nel caso oggetto del ricorso la ricostruzione non conservava traccia della costruzione originaria e per la giurisprudenza formatasi anche sul nuovo art. 3 non si può comunque ragionare di ristrutturazione quando la ricostruzione presenti tali caratteri (cfr. Cass. pen. 6 ottobre 2022 - 18 gennaio 2023, n. 1669, *ForoPlus*). In secondo luogo — e in via più generale — perché l'art. 3 è destinato a operare nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, non nei rapporti tra privati, nei quali opera senz'altro la disciplina delle distanze dettata dall'art. 2 *bis* e dalle norme integrative. [C. BONA]

I

CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza 11 settembre 2024, n. 24369; Pres. ed est. ACIERNO, P.M. (non indicato); M. e altro (Avv. D'ONOFRIO, COLOMBO, SCUFFI) c. Comune di Bari (Avv. LONERO), B. (Avv. COSTANTINO) e altri. *Dichiara inammissibile ricorso avverso Trib. Bari, decr. 17 novembre 2022.*

Stato civile — Atto di nascita — Doppia genitorialità femminile — Azione di rettifica — Ricorso per cassazione — Legittimazione attiva — Madre genetica — Genitori — Inammissibilità — Fattispecie (Cod. proc. civ., art. 740; • d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396, regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, l. 15 maggio 1997 n. 127, art. 95, 96).

È inammissibile il ricorso per cassazione avverso il provvedimento pronunciato ai sensi dell'art. 95 d.p.r. 396/00, sull'azione di rettifica degli atti di stato civile, proposto da soggetti privati che non abbiano dedotto il proprio concreto interesse ad agire (nella specie, i giudici di merito avevano rigettato l'azione, proposta dal pubblico ministero per la rettifica di un atto di nascita straniero, trascritto nei registri di stato civile, portante una doppia genitorialità omosessuale, per conseguire l'espunzione della madre intenzionale; il ricorso per cassazione era stato proposto — senza l'allegazione di uno specifico interesse idoneo a legittimarli — dai soli genitori della madre biologica, i quali avevano partecipato ai giudizi di merito come interventori ad adiuvandum). (1)

II

TRIBUNALE DI FIRENZE; ordinanza 3 settembre 2024; Giud. ALINARI; B. (Avv. GALLO, ROCCO, CALANDRINI, CLARA, STRINGA, LIBERALI, PELLIZZONE, RE, BALDINI, D'AMICO) c. Soc. Centro procreazione assistita Demetra (Avv. AMMIRATI, DELLO IOIO); interv. R. e Associazione Luca Coscioni — Aps (Avv. GALLO, CALANDRINI, RE, ROCCO).

Sanità pubblica e sanitari — Procreazione medicalmente assistita — Accesso — Donne singole — Esclusione — Questione non manifestamente infondata di costituzionalità (Cost., art. 2, 3, 12, 32, 117; • cod. proc. civ., art. 700; • l. 4 agosto 1955 n. 848, ratifica ed esecuzione della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e

del protocollo addizionale alla convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952: convenzione, art. 8, 14; • l. 19 febbraio 2004 n. 40, norme in materia di procreazione medicalmente assistita, art. 5).

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 l. n. 40 del 2004, nella parte in cui limita l'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) alle sole coppie coniugate o conviventi, e non anche alle donne singole, in riferimento agli art. 2, 3, 13, 32 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli art. 8 e 14 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. (2)

I

Cass. 11 settembre 2024, n. 24369

Fatti di causa

1. — G. e B., dopo una lunga convivenza *more uxorio*, hanno contratto matrimonio nel 2016 in New York (USA). Hanno successivamente fatto ricorso alla gestazione per altri mediante procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti p.m.a.) attraverso il conferimento di ovocita della G. fecondato con gamete maschile ed impiantato in utero di una terza gestante al fine di avere un figlio.

Nata la minore il... 2017, in..., Stato della California, l'atto di nascita, formato in California recava i nomi di G. e B. in qualità di genitori (parents). Questo atto, su istanza di G., in data ... 2018 veniva trascritto nei registri dello stato civile del comune di Bari, dopo un iniziale provvedimento di diniego, impugnato dalla B. e dalla G.

Cessata la relazione sentimentale, il p.m. presso il Tribunale di Bari, su istanza dei genitori di G., con ricorso del 4 ottobre 2021 richiedeva la rettificazione dell'atto di nascita nella parte in cui indicava come genitore B., per assenza di legame biologico con la minore.

Deduceva, in particolare, il p.m. ricorrente che la trascrizione era viziata dalla difformità tra lo stato di fatto effettivo e quello risultante dall'atto di nascita.

Si costituivano G. e la curatrice del minore aderendo alle ragioni del ricorso.

Si costituiva B., contestando la fondatezza dell'azione di rettifica.

2. — Il tribunale rigettava il ricorso osservando che c'era perfetta corrispondenza tra l'atto formato all'estero e la trascrizione effettuata e che la domanda di rettifica aveva ad oggetto solo la qualità di genitore della B., così da assumere la veste e il contenuto di un'azione di rimozione di *status* non proponibile mediante l'azione di rettificazione degli atti dello stato civile.

La decisione di primo grado è stata impugnata dai genitori di G. e dal p.m.

3. — La Corte d'appello di Bari ha rigettato le impugnazioni sulla base delle seguenti considerazioni:

— l'iniziativa giudiziaria è stata assunta sulla base dell'art. 95 d.p.r. n. 396 del 2000. La norma prevede che chi intende richiedere la rettificazione di un atto dello stato civile deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto. Il p.m. può promuovere l'azione in ogni tempo;

— l'azione è ammissibile soltanto nelle ipotesi in cui sia diretta ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge e quale risulta dall'atto. Questo è il limitato oggetto dell'azione stessa, che non può, conseguentemente, avere il contenuto ed essere diretta a costituire o rimuovere uno *status*. Ciò perché la funzione degli atti dello stato civile è solo quello di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei rispettivi registri.

Nel caso di specie c'è perfetta corrispondenza tra l'atto di nascita formato all'estero e quello trascritto. Non è stata proposta domanda ex art. 67 l. n. 218 del 1995 e con l'istanza di rettifica non è stato impugnato l'atto nella sua interezza.

II

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite penali; sentenza 29 febbraio 2024 - 14 giugno 2024, n. 23755; Pres. CASSANO, Est. CORBO, P.M. GIORDANO (concl. conf.); ric. Gjuzi. *Conferma Trib. Potenza, ord. 29 giugno 2023.*

Persona fisica e diritti della personalità — Servizi di comunicazione elettronica — Acquisizione di dati di traffico — Autorizzazione del giudice — Disciplina (D.leg. 30 giugno 2003 n. 196, codice in materia di protezione dei dati personali, art. 132).

La disciplina di cui all'art. 132 d.leg. n. 196 del 2003, relativa all'acquisizione dei dati concernenti il traffico di comunicazioni elettroniche e l'ubicazione dei dispositivi utilizzati, si applica alle richieste rivolte ai fornitori del servizio, ma non anche a quelle dirette ad altra autorità giudiziaria che già detenga tali dati, sicché, in questo caso, il pubblico ministero può legittimamente accedere agli stessi senza chiedere preventiva autorizzazione al giudice davanti al quale intende utilizzarle. (6)

I

Cass., sez. un., 29 febbraio - 14 giugno 2024, n. 23756, Giorgi

Ritenuto in fatto

(Omissis)

Considerato in diritto

1. — Le questioni di diritto sottoposte alle sezioni unite sono le seguenti:

«Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine [o.e.i.], dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera su una piattaforma informatica criptata integri l'ipotesi disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 270 c.p.p.»;

«Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sui server di una piattaforma criptata sia soggetta nell'ordinamento interno a un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine all'utilizzabilità dei dati raccolti».

2. — Le due questioni sottoposte all'esame delle sezioni unite sono rilevanti ai fini della decisione del ricorso, in quanto attengono all'utilizzabilità degli elementi posti a fondamento dell'affermazione di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico dei ricorrenti.

Tuttavia, è necessario procedere, in via preliminare, all'esame delle censure esposte nei primi due motivi dei ricorsi, perché il loro eventuale accoglimento renderebbe superfluo lo scrutinio delle questioni relative all'utilizzabilità degli elementi posti a base dell'affermazione di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

3. — Le censure formulate nel primo motivo, nell'interesse del solo Sebastiano Giorgi, denunciano la violazione del diritto di difesa, già eccepita in sede di interrogatorio di garanzia, con riferimento all'omessa acquisizione agli atti del procedimento dei provvedimenti del Tribunale di Lille e del Tribunale di Parigi che hanno disposto l'attività investigativa in Francia, e, comunque, al mancato deposito degli stessi, unitamente all'ordinanza cautelare, siccome necessari per poter controllare validità ed utilizzabilità del materiale ricevuto tramite o.e.i.

Le doglianze appena sintetizzate, per come prospettate, non riguardano in realtà il mancato deposito di atti presenti nel fascicolo del procedimento, ma si riferiscono alla mancata acquisizione allo stesso dei provvedimenti sulla cui base sono stati

compiuti, in altro procedimento, pendente davanti all'autorità giudiziaria francese, gli atti di indagine poi acquisiti dall'autorità giudiziaria italiana mediante o.e.i.

Ciò posto, va in primo luogo rilevato che non risultano, né sono indicate, disposizioni da cui desumere la giuridica necessità dell'acquisizione e del deposito, nel procedimento in Italia, dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria straniera aventi ad oggetto l'autorizzazione di attività di indagine in un procedimento pendente davanti ad essa, i cui esiti sono stati successivamente richiesti dall'autorità giudiziaria italiana mediante o.e.i.

L'art. 78 disp. att. c.p.p., nel disciplinare l'acquisizione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera, non richiede anche l'acquisizione dei provvedimenti giudiziari in forza dei quali tali atti sono stati compiuti.

La medesima conclusione si evince anche dalla disciplina paradigmatica nel sistema processuale penale italiano per l'acquisizione di atti compiuti o formati in altro procedimento sulla base di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, ossia quella relativa ai risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, dettata dall'art. 270 c.p.p. Questa disposizione, infatti, prevede il deposito dei verbali e delle registrazioni relativi alle intercettazioni effettuate in altri procedimenti, ma non anche il deposito dei relativi provvedimenti autorizzativi. E sulla base di questa disciplina, l'orientamento consolidato della giurisprudenza di questa corte ritiene che: a) ai fini dell'utilizzabilità degli esiti di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in procedimento diverso da quello nel quale esse furono disposte, non occorre la produzione del relativo decreto autorizzativo, essendo sufficiente il deposito, presso l'autorità giudiziaria competente per il "diverso" procedimento, dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni medesime (così, per tutte, sez. un. n. 45189 del 17 novembre 2004, Esposito, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 35, nonché, da ultimo, con riferimento alla disciplina vigente per effetto delle modifiche recate dalla l. 9 ottobre 2023 n. 137, Cass. n. 49627 del 14 novembre - 13 dicembre 2023, Kasli Ramazan, *id.*, Rep. 2023, voce cit., n. 37); b) spetta alla parte che eccepisce nel procedimento *ad quem* la mancanza o l'illegittimità dell'autorizzazione, e si oppone all'utilizzabilità degli esiti di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in un procedimento diverso da quello nel quale esse furono disposte, l'onere di produrre il decreto autorizzativo, in modo da consentire al giudice di verificare l'effettiva inesistenza nel procedimento *a quo* del controllo giurisdizionale prescritto dall'art. 15 Cost. (cfr., tra le tante, Cass. n. 6947 del 29 ottobre 2019, dep. 2020, R., *id.*, Rep. 2020, voce cit., n. 95; e n. 41515 del 18 settembre 2015, L., *id.*, Rep. 2015, voce cit., n. 44).

4. — Le censure esposte nel secondo motivo, nell'interesse di entrambi i ricorrenti, denunciano l'inutilizzabilità degli atti acquisiti mediante o.e.i., perché ottenuti successivamente al decorso del termine massimo delle indagini preliminari.

In proposito, occorre premettere che la disciplina in tema di accertamento della tempestività delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato, oggi prevista dall'art. 335 *quater* c.p.p., non si applica, a norma dell'art. 88 *bis* d.leg. 10 ottobre 2022, n. 150, così come inserito dall'art. 5 *sexies* d.l. 31 ottobre 2022 n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 2022 n. 199, ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del 30 dicembre 2022 in relazione alle notizie di reato delle quali il pubblico ministero ha già disposto l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., nonché in relazione alle notizie di reato iscritte successivamente, quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 12 c.p.p. e, se si procede per taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, c.p.p., anche quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 371, comma 2, lett. b) e c), c.p.p.

Nella specie, secondo quanto rappresentato nell'ordinanza impugnata, e non confutato specificamente dalla difesa, la notizia di reato per la quale è stata emessa l'ordinanza cautelare è stata iscritta nei confronti di Sebastiano Giorgi, unico dei due attuali ricorrenti a sollevare la questione in sede di riesame, in data 3 marzo 2022, quindi in epoca di gran lunga anteriore a quella di entrata in vigore dell'art. 33 *quater* c.p.p.

Di conseguenza, trova applicazione la precedente disciplina, in forza della quale, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, il termine di durata delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il pubblico ministero ha iscritto, nel registro delle notizie di reato, il nome della persona cui il reato è attribuito, senza che al g.i.p. sia consentito stabilire una diversa decorrenza, sicché gli eventuali ritardi indebiti nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nome della persona cui il reato è attribuito, pur se abnormi, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma 3, c.p.p., fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale del magistrato del p.m. che abbia ritardato l'iscrizione (sez. un. n. 40538 del 24 settembre 2009, Lattanzi, *id.*, Rep. 2010, voce *Indagini preliminari*, n. 16; n. 16 del 21 giugno 2000, Tammaro, *id.*, Rep. 2000, voce *Giudizio abbreviato*, n. 68; n. 4844 del 14 novembre 2018, dep. 2019, L., *id.*, Rep. 2019, voce *Indagini preliminari*, n. 19).

5. – L'infondatezza dei primi due motivi dei ricorsi consente di passare all'esame delle due questioni rimesse alle sezioni unite e rilevanti ai fini dell'utilizzabilità degli elementi posti a base del giudizio di gravità indiziaria da parte dell'ordinanza impugnata.

Le due questioni sono tra loro strettamente connesse, perché le conclusioni sulla natura giuridica da attribuire all'acquisizione, effettuata mediante ordine europeo di indagine (c.d. o.e.i.) di comunicazioni scambiate su chat di gruppo mediante un sistema cifrato, e già a disposizione dell'autorità giudiziaria straniera, hanno una diretta ricaduta sul tema della necessità di preventiva o successiva verifica giurisdizionale ai fini dell'utilizzabilità dei dati raccolti.

Per questa ragione, ognuno dei diversi indirizzi giurisprudenziali sarà oggetto di esposizione unitaria con riferimento alle soluzioni accolte per entrambi i profili.

6. – Secondo l'orientamento espresso per primo in ordine di tempo, quando, in accoglimento di o.e.i., l'autorità giudiziaria straniera trasmette comunicazioni su chat di gruppo scambiate con sistema cifrato, le quali siano già in suo possesso nell'ambito di procedimento penale estero, si verte nell'ipotesi di cui all'art. 234 *bis* c.p.p.

6.1. – Alcune decisioni (cfr., in particolare, Cass. n. 19082 del 13 gennaio - 5 maggio 2023, Costacurta, *id.*, Rep. 2023, voce *Misure cautelari personali*, n. 58; n. 6363 del 13 ottobre 2022, dep. 2023, Minichino, non massimata, *ForoPlus*; n. 6364 del 13 ottobre 2022, dep. 2023, Calderon, *ibid.*; n. 34059 del 1° luglio - 15 settembre 2022, Molisso, non massimata, *ibid.*) premettono che, con riferimento all'attività di acquisizione di messaggi su chat di gruppo scambiate con sistema cifrato, occorre distinguere tra due diversi tipi di possibili operazioni.

Da un lato, quando l'attività di captazione e registrazione si riferisce a messaggi in fase di transito dall'apparecchio del mittente a quello del destinatario, la disciplina applicabile è quella relativa alle intercettazioni, e, più precisamente, nel caso in cui l'oggetto sia costituito da flussi di comunicazioni trasmessi in via telematica, mediante cavi o ponti radio, o analoga strumentazione tecnica, occorre far riferimento alla previsione di cui all'art. 266 *bis* c.p.p.

Dall'altro, quando invece l'attività di acquisizione e decifrazione si riferisce a comunicazioni già effettuate o comunque già acquisite dall'autorità giudiziaria estera, la disposizione applicabile è quella di cui all'art. 234 *bis* c.p.p., la quale consente l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, «previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare».

Le decisioni indicate precisano che, quando l'autorità giudiziaria italiana riceve dall'autorità giudiziaria straniera una «rappresentazione comunicativa incorporata in una base materiale con metodo digitale», ossia dati informatici, si versa nell'ambito dell'acquisizione di un documento informatico. Aggiungono, poi, che, in tal caso, ricorre anche l'ulteriore requisito per l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 234 *bis* c.p.p., ossia il consenso all'acquisizione del «legittimo titolare», siccome per «legittimo titolare» deve intendersi anche la

persona giuridica che di quei dati e documenti può disporre in forza di un legittimo titolo, incluse, quindi, la polizia giudiziaria o l'autorità giudiziaria dello Stato estero.

Le tre decisioni più recenti (Cass. n. 19082 del 13 gennaio - 5 maggio 2023; n. 6364 del 13 ottobre 2022, dep. 2023; n. 6363 del 13 ottobre 2022, dep. 2023, citate), inoltre, collegano specificamente la legittimità del procedimento di acquisizione degli atti da parte dell'autorità giudiziaria italiana alla procedura cui questa ha fatto riferimento: l'ordine europeo di indagine. Sottolineano, infatti, che l'o.e.i. deve avere ad oggetto prove acquisibili dello Stato di emissione, deve essere eseguito in conformità della disciplina prevista nello Stato di esecuzione in relazione un atto analogo, e, in linea con il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità in tema di rogatorie, deve presumersi adempiuto nel rispetto di questa disciplina e dei diritti fondamentali, salvo concreta verifica di segno contrario.

Due decisioni (Cass. n. 6364 del 13 ottobre 2022, dep. 2023, e n. 6363 del 13 ottobre 2022, dep. 2023, citate), ancora, rappresentano che: a) la disciplina dell'o.e.i., sulla base sia della direttiva 2014/41/UE, sia del d.leg. n. 108 del 2017, non vieta di acquisire risultati di attività investigative già compiute; b) è irrilevante se la richiesta di o.e.i. sia avanzata dal pubblico ministero anche quando attiene ad atti acquisibili in Italia solo in forza di provvedimento del giudice, a norma dell'art. 132 d.leg. 30 giugno 2003 n. 196, perché, nella specie, l'attività di acquisizione dei dati è avvenuta sotto la direzione del giudice dello Stato estero; c) non sussiste un problema di genuinità del dato informatico, derivante dalla mancata ostensione dell'algoritmo necessario alla decrittazione dei messaggi, in quanto, secondo la scienza informatica, solo l'algoritmo corretto consente di ottenere un testo dotato di significato, per cui è onere della difesa allegare specifici e concreti elementi da cui desumere, nella singola vicenda, rischi di alterazioni.

6.2. – Numerose altre decisioni, nel ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 234 *bis* c.p.p. all'acquisizione mediante o.e.i. di messaggi su chat di gruppo scambiate con sistema cifrato, già nella disponibilità dell'autorità giudiziaria straniera, aggiungono ulteriori precisazioni.

In particolare, alcune pronunce (Cass. n. 47201 del 19 ottobre - 24 novembre 2023, B., *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Prova penale*, n. 55; n. 37503 del 30 maggio - 14 settembre 2023, Iannaci, non massimata, *ForoPlus*; n. 16347 del 5-18 aprile 2023, Papalia, *Foro it.*, Rep. 2023, voce cit., n. 69; n. 16345 del 5-18 aprile 2023, Liguori, non massimata, *ForoPlus*; n. 17647 del 28 marzo - 28 aprile 2023, Gulluni, non massimata, *ibid.*) segnalano che: a) è irrilevante accertare se l'autorità giudiziaria straniera abbia acquisito i dati *ex post* o in tempo reale, perché l'aspetto dirimente è costituito dall'essere stata la richiesta italiana di o.e.i. avanzata quando i flussi di comunicazione non erano più in corso; b) l'onere di provare l'incompatibilità degli atti compiuti dall'autorità giudiziaria straniera con i principi fondamentali ed inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano grava su chi formula la relativa eccezione anche perché il diritto straniero è un «fatto».

Altra decisione (Cass. n. 27775 dell'11 maggio - 27 giugno 2023, Bonifazio, non massimata, *ibid.*) aggiunge che la qualificazione dei dati acquisiti dall'autorità giudiziaria italiana come documenti, a norma dell'art. 234 *bis* c.p.p. non pone problemi di compatibilità con i principi espressi dalla direttiva 2014/41/UE, e quindi esclude la necessità di procedere ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE a norma dell'art. 267, par. 3, Tfu. In particolare, in questa decisione, si rappresenta che la qualificazione dei dati ricevuti dall'autorità giudiziaria francese come documenti esclude la necessità per l'autorità giudiziaria italiana di chiedere, ai fini della loro acquisizione mediante o.e.i., una preventiva autorizzazione del giudice. Si rileva, inoltre, che, in linea generale, il pubblico ministero italiano è legittimato a presentare richiesta di o.e.i. perché autorità giudiziaria indipendente, non esposta al rischio di ricevere ordini o istruzioni individuali da parte del potere esecutivo. Si segnala, ancora, che gli obblighi informa-

tivi previsti dall'art. 31, par. 1, della direttiva 2014/41/UE in relazione alle attività di intercettazione attuate da uno Stato nel territorio di un altro Stato sono posti a garanzia del principio di reciprocità tra Stati e non a protezione dei diritti individuali dei singoli utenti (per questo rilievo v. anche Cass. n. 47201 del 19 ottobre - 24 novembre 2023, B., cit.). La sentenza precisa, altresì, con specifico riguardo al caso sottoposto al suo esame, che: a) la richiesta dell'autorità giudiziaria italiana non era indeterminata, in quanto relativa a dati transitati su utenze riferibili ad alcuni specifici Pin, ed era stata avanzata nell'ambito di un procedimento nel quale erano emersi già concreti indizi di reato; b) l'integrità dei dati era certificata da un «attestato vidimato dal responsabile dell'organismo tecnico» incaricato dall'autorità giudiziaria francese della materiale acquisizione dei dati.

7. – Secondo un diverso orientamento, espresso da due pronunce (Cass. n. 44155 del 26 ottobre - 2 novembre 2023, Kolgjokaj, *Foro it.*, Rep. 2023, voce cit., n. 43; e n. 44154 del 26 ottobre - 2 novembre 2023, Iaria, *ibid.*, n. 46), l'acquisizione, effettuata mediante un ordine europeo di indagine, di messaggi su chat di gruppo scambiati con sistema cifrato, quando attiene ai risultati di un'attività di apprensione occulta di comunicazioni non «in corso» o al sequestro di dati archiviati in un server o in altri supporti informatici, è regolata dalla disciplina di cui all'art. 254 *bis* c.p.p., e non da quella di cui all'art. 234 *bis* c.p.p.

7.1. – Si osserva, per un verso, che l'art. 234 *bis* c.p.p. è riferibile solo ad elementi preesistenti rispetto al momento dell'avvio delle indagini dell'autorità giudiziaria straniera, o comunque formati al di fuori di quelle investigazioni, e, sotto altro profilo, che non può parlarsi di acquisizione avvenuta con il consenso del «legittimo titolare», perché questo si identifica nel mittente e nel destinatario del messaggio, nonché nella società di gestione della piattaforma di transito della comunicazione, mentre l'autorità giudiziaria straniera è un mero detentore dei dati a fini di giustizia.

Ad avviso delle due decisioni, l'attività di acquisizione, mediante o.e.i., di messaggi su chat di gruppo scambiati con sistema cifrato, se non riferita a comunicazioni «in corso», deve essere, pertanto, qualificata a norma dell'art. 254 *bis* c.p.p., nell'ambito della disciplina del sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di comunicazioni.

Si precisa, innanzitutto, che, se l'acquisizione ha ad oggetto dati «esterni» al traffico telefonico o telematico, occorre far riferimento alle regole di cui all'art. 132 d.leg. n. 196 del 2003, mentre, se vi è stata una captazione di comunicazioni o di flussi di comunicazioni in corso, la disciplina da applicare è quella di cui agli art. 266 ss. c.p.p.

Si segnala, poi, che l'art. 43, comma 4, d.leg. n. 108 del 2017, lascia intendere che anche le attività di trascrizione, decodificazione o decrittazione delle comunicazioni intercettate, se richieste dall'autorità giudiziaria italiana a quella estera, debbono essere preventivamente autorizzate dal giudice.

Si sottolinea, ancora, che, con riguardo all'acquisizione presso il server dei dati esterni delle telecomunicazioni, la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue (segnatamente, Corte giust. 2 marzo 2021, *H.K./Prokuratuur*, causa C-746/18, *ForoPlus*) ha fissato limiti stringenti: in primo luogo, in forza del principio di proporzionalità, occorre che tanto la categoria o le categorie dei soggetti interessati, quanto la durata per la quale è richiesto l'accesso agli atti, siano limitate a ciò che è strettamente necessario ai fini dell'indagine; in secondo luogo, solo un giudice (o un'autorità indipendente e terza rispetto al processo) può garantire un corretto controllo sulla esistenza delle condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso ai dati.

Si conclude, quindi, che «l'acquisizione all'estero di documenti e dati informatici inerenti a corrispondenza o ad altre forme di comunicazione de[ve] essere sempre autorizzata da un giudice: sarebbe davvero singolare ritenere che per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico sia necessario un preventivo provvedimento autorizzativo del

giudice, mentre per compiere il sequestro di dati informatici riguardanti il contenuto delle comunicazioni oggetto di quel traffico sia sufficiente un provvedimento del pubblico ministero» (così, testualmente, Cass. n. 44154 del 26 ottobre 2023, cit.).

7.2. – L'indirizzo in esame rappresenta inoltre che una conferma delle conclusioni raggiunte è fornita dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di tutela della libertà e segretezza della corrispondenza, ex art. 15 Cost.

Si segnala, in particolare, che secondo Corte cost. n. 170 del 2023, *Foro it.*, 2023, I, 2297, l'art. 15 Cost. tutela la corrispondenza, ivi compresa quella elettronica, anche dopo la sua ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, e che, secondo Corte cost. n. 2 del 2023, *ibid.*, 321, tale tutela si connota per la «riserva di giurisdizione», da intendersi come «vaglio dell'autorità giurisdizionale [...] associato alla garanzia del contraddittorio, alla possibile contestazione dei presupposti applicativi della misura, della sua eccessività e proporzione, e, in ultima analisi, consente il pieno dispiegarsi allo stesso diritto di difesa».

Si aggiunge che la giurisprudenza costituzionale si richiama a quella della Corte Edu, la quale ha ricondotto «sotto il cono di protezione dell'art. 8 Cedu, ove pure si fa riferimento alla «corrispondenza» tout court, i messaggi di posta elettronica (Corte eur. diritti dell'uomo 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, *id.*, Rep. 2017, voce *Diritti politici e civili*, n. 184, § 72; 3 aprile 2007, *Copland c. Regno unito*, § 41), gli Sms (Corte eur. diritti dell'uomo 17 dicembre 2020, *Saber c. Norvegia*, *id.*, Rep. 2021, voce cit., n. 222) e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet (Corte eur. diritti dell'uomo, *Barbulescu*, cit., § 74)».

7.3. – Sulla base di queste precisazioni in ordine alla natura dell'attività di acquisizione delle comunicazioni elettroniche, le decisioni indicate osservano che l'autorità giudiziaria italiana competente ad emettere l'o.e.i. diretto ad ottenere tali elementi è sì il pubblico ministero, ma potrebbe essere necessaria una previa autorizzazione del giudice.

Si evidenzia che l'illegittimità di un o.e.i. emesso senza la preventiva autorizzazione del giudice, quando questa è necessaria, può essere fatta valere dalla difesa, ma produce conseguenze diversificate: se l'o.e.i. ha determinato lo svolgimento di un'attività investigativa illegittima, la genesi patologica della prova raccolta determina l'inutilizzabilità di questa; se, invece, l'o.e.i. è stato emesso al fine di acquisire una prova «già disponibile» nello Stato di esecuzione, e la questione non è stata fatta valere con successo davanti agli organi di quest'ultimo, la verifica sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità della prova può essere chiesta al giudice italiano.

Si richiama, in particolare, quanto già affermato dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo alle intercettazioni eseguite in altro procedimento, e cioè la sindacabilità anche nel processo «ricevente» della legalità del procedimento di autorizzazione ed esecuzione delle attività di captazione (si cita sez. un. n. 45189 del 17 novembre 2004, *Esposito*, cit.). Sulla base di questo paradigma, si osserva che, nel sistema della direttiva sull'ordine europeo di indagine, per l'acquisizione dei risultati di un'intercettazione già svolta all'estero, non è sufficiente l'autorizzazione di questa da parte del giudice dello Stato di esecuzione nel rispetto della sua legislazione nazionale, ma occorre anche il controllo del giudice dello Stato di emissione sull'ammissibilità e l'utilizzabilità della prova secondo la propria legislazione, nella specie quella italiana.

7.4. – Quanto al regime di utilizzabilità della prova acquisita mediante o.e.i., Cass. n. 44154 del 26 ottobre 2023, cit., aggiunge alcune precisazioni.

Rileva, innanzitutto, che la giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce l'autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali in tema di ammissibilità e valutazione delle prove, ferma restando la necessità di evitare che «informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati» (si cita Corte giust. 6 ottobre 2020, cause riunite

C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *id.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, nn. 1055, 1579). Argomenta, poi, che l'ordinamento nazionale si limita ad indicare, nell'art. 36 d.leg. n. 108 del 2017, quali atti ricevuti mediante o.e.i. possano essere raccolti nel fascicolo per il dibattimento.

Osserva, perciò, che, ai fini in questione, deve soccorrere l'elaborazione consolidata della giurisprudenza in tema di rogatorie, elaborazione secondo la quale l'atto compiuto all'estero può essere eseguito anche applicando le disposizioni processuali dello Stato straniero, ma è utilizzabile in Italia solo se non contrasta con i principi fondamentali del nostro ordinamento, tra i quali quelli della tutela dell'inviolabilità del diritto di difesa e del contraddittorio per la prova.

Segnala, in particolare, che: a) secondo la giurisprudenza di legittimità, la difesa ha diritto di ottenere la versione originale e criptata dei messaggi e le chiavi di sicurezza per la decriptazione, a pena di nullità ex art. 178, lett. c), c.p.p. (si cita Cass. n. 49896 del 15 ottobre 2019, B., *ibid.*, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 62); b) secondo la Corte Edu, è da ritenere compromesso il diritto di difesa in relazione a dati raccolti in un server di messaggistica crittografata, quando di essi non è stata consentita la verifica sotto il profilo del contenuto e della integrità, salva la presenza di interessi concorrenti, quali la sicurezza nazionale o la necessità di mantenere segreti i metodi di indagine sui reati da parte della polizia, e ferma restando, anche in questo caso, la necessità di fornire all'imputato «un'opportunità adeguata» per preparare la sua difesa, a norma dell'art. 6 Cedu (si cita Corte eur. diritti dell'uomo 26 settembre 2023, *Yuksel Yalçinkaya c. Turchia*).

8. – Secondo un ulteriore orientamento, espresso da tre pronunce (Cass. n. 46833 del 26 ottobre - 21 novembre 2023, Bruzzaniti, *id.*, Rep. 2023, voce *Prova penale*, n. 52; n. 48838 dell'11 ottobre - 7 dicembre 2023, Brunello, *ibid.*, n. 56; n. 46482 del 27 settembre - 17 novembre 2023, Bruzzaniti, *ibid.*, n. 48), l'acquisizione, effettuata mediante un ordine europeo di indagine, di messaggi su chat di gruppo scambiati con sistema cifrato, quando attiene ad elementi già raccolti in un procedimento penale pendente davanti all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, ha ad oggetto, se riguarda corrispondenza, una prova documentale. Nel caso in cui, invece, si riferisca ai risultati di intercettazioni, il relativo trasferimento nel procedimento nazionale, può essere disposto dal pubblico ministero, senza necessità di preventiva autorizzazione del giudice.

8.1. – Cass. n. 46482 del 27 settembre - 17 novembre 2023, Bruzzaniti, cit., premette che, nel sistema giuridico italiano, per l'acquisizione di comunicazioni personali conservate nei dispositivi informatici, anche quando queste costituiscono corrispondenza, si applicano le disposizioni in materia di perquisizione e sequestro, e quindi le previsioni di cui agli art. 244, 247, comma 1 *bis*, 254 *bis* e 352, comma 1 *bis*, c.p.p., con conseguente superfluità di un provvedimento del giudice.

Osserva che la conclusione appena indicata non si pone in contrasto con l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui la documentazione relativa a comunicazioni scambiate a distanza di tempo non significativa e conservata dagli utenti, anche se memorizzata in dispositivi portatili ad accesso protetto, ha natura di corrispondenza (si cita, in particolare, Corte cost. n. 170 del 2023, cit.). Segnala, infatti, che il principio indicato implica l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 15 Cost., e, quindi, impone l'intervento del pubblico ministero, ma non anche l'autorizzazione del giudice.

Rileva, poi, che la corrispondenza, anche informatica, costituisce prova documentale a norma dell'art. 234 c.p.p., e che, però, è inapplicabile la disciplina di cui all'art. 234 *bis* c.p.p., perché questa disposizione attiene a materiale disponibile in rete, ovvero a materiale che, se non liberamente accessibile al pubblico, può essere acquisito con il consenso del «legittimo titolare». Sulla base di questa premessa, conclude che la documentazione trasmessa dall'autorità giudiziaria francese avrebbe potuto essere acquisita in Italia mediante un provvedimento del pubblico ministero di sequestro probatorio di documentazione/correspondenza.

La medesima sentenza osserva che, con riguardo all'acquisizione di prove già raccolte nello Stato di esecuzione dell'o.e.i., un fondamentale punto di riferimento per l'individuazione delle regole giuridiche applicabili è costituito dalla disciplina interna in materia di trasferimento di prove tra procedimenti. Evidenzia che, in linea generale, il trasferimento di prove tra procedimenti può essere richiesto con provvedimento del pubblico ministero, anche con riguardo a risultanze di intercettazioni, in quanto l'art. 270 c.p.p., per l'utilizzabilità di queste in un procedimento diverso da quello in cui sono state disposte, pone limiti correlati alla gravità dei reati, ma non richiede alcun provvedimento autorizzatorio del giudice.

Aggiunge, poi, che la necessità di un provvedimento autorizzativo del giudice italiano per l'acquisizione di dati già nella disponibilità dell'autorità giudiziaria estera non può farsi discendere dal diritto sovranazionale. Invero, la direttiva 2002/58/Ue concerne il divieto per gli operatori dei servizi telefonici di conservare dati di traffico e di ubicazione degli utenti, ma non anche le intercettazioni, né «la acquisizione di documentazione elettronica posta nei dispositivi personali dell'utente (o negli spazi virtuali su server in suo accesso esclusivo)» (si cita a conferma, tra le altre, Corte giust. 6 ottobre 2020, *La Quadrature du net*, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, cit., per l'espressa precisazione contenuta nel § 103). Ostacoli non derivano nemmeno dall'elaborazione della giurisprudenza della Corte Edu, e segnatamente da Corte eur. diritti dell'uomo 26 settembre 2023, *Yuksel Yalçinkaya c. Turchia*, cit., in quanto questa decisione ha ad oggetto una vicenda in cui, nel procedimento nazionale, il materiale acquisito non era stato messo a disposizione della difesa e la pronuncia di colpevolezza era stata fondata sul solo fatto dell'utilizzazione del sistema di messaggistica criptata.

Con specifico riferimento al caso da essa esaminato, la pronuncia sottolinea che: a) la disciplina francese in materia di acquisizione della messaggistica già trasmessa e conservata nei dispositivi personali mediante accesso occulto a sistemi informatici (art. da 706-95 a 706-95- 3 e da 706-102-1 a 706-102- 5 del codice di procedura penale) prevede la necessità di un provvedimento motivato del giudice; b) la segretezza del sistema usato per «mettere in chiaro» i messaggi criptati non è in contrasto con la legge italiana, perché gli art. 268 c.p.p. e 89 disp. att. c.p.p. riconoscono il diritto di accedere al verbale delle operazioni e alle registrazioni, ma non anche ai mezzi tecnici e ai programmi utilizzati per la intrusione nelle conversazioni intercettate; c) la decriptazione delle conversazioni e comunicazioni è attività distinta dalla captazione, e, quindi, non implica il diritto di conoscere il programma o l'algoritmo a ciò necessario, salvo che siano allegate e provate specifiche anomalie tecniche.

8.2. – Conclusioni omogenee, anche se espresse nell'ambito di un ragionamento sviluppato con ordine espositivo diverso, sono raggiunte da Cass. n. 46833 del 26 ottobre - 2 novembre 2023 e n. 48838 dell'11 ottobre - 7 dicembre 2023, citate.

Entrambe le decisioni evidenziano che: a) il sistema della direttiva 2014/41/Ue, relativa all'ordine europeo di indagine, «[i]nclude anche l'acquisizione di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione», come precisa il settimo considerando di essa; b) la cooperazione giudiziaria si fonda sulla presunzione del rispetto, da parte dei paesi membri, del diritto dell'Unione e dei diritti fondamentali (si cita, per un'affermazione relativa proprio ad un procedimento concernente l'o.e.i., Corte giust. 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, causa C-367/16, *id.*, Rep. 2018, voce *Unione europea*, n. 2102, § 50); c) la mancata conoscenza, da parte della difesa, dell'algoritmo utilizzato per decriptare i messaggi non costituisce limitazione rilevante ai fini del controllo di possibili alterazioni, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente correlato alla sua chiave di cifratura, per cui una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo, anche solo parzialmente; d) l'art. 234 *bis* c.p.p. è inapplicabile perché trova la sua matrice nell'art. 32 della convenzione di Budapest sul cybercrime, la quale si riferisce all'acquisizione

di documentazione reperibile in internet, e non alla documentazione ottenuta mediante consegna formalmente effettuata dall'autorità giudiziaria straniera.

Cass. n. 48838 dell'11 ottobre - 7 dicembre 2023, cit., inoltre, precisa che: *a*) le comunicazioni inviate mediante la posta elettronica o il sistema WhatsApp costituiscono corrispondenza, in linea con quanto affermato da Corte cost., sent. n. 170 del 2023, cit.; *b*) nell'ordinamento italiano, il trasferimento della corrispondenza, come delle conversazioni intercettate, è ammissibile sulla base di un provvedimento del pubblico ministero; *c*) nello spazio comune europeo, la prova costituita da documentazione acquisita presso gli operatori di telecomunicazioni con provvedimento del giudice può circolare senza la necessità di un ulteriore provvedimento del giudice in procedimenti diversi, purché sia rispettato il limite della utilizzazione dei dati per la tutela della sicurezza pubblica e della prevenzione di gravi reati (si citano, specificamente, Corte giust. 7 settembre 2023, A.G., causa C-162/22, *id.*, Rep. 2023, voce cit., n. 1668, e 16 dicembre 2021, H.P., causa C-724/19, *ForoPlus*); *d*) non è applicabile la disciplina di cui all'art. 43, comma 4, d.leg. n. 108 del 2017, la quale, nel dettare le regole relative alla richiesta di intercettazioni mediante o.e.i., stabilisce che la stessa «possa avere ad oggetto la trascrizione, la decodificazione o decrittazione delle comunicazioni intercettate», perché tale disciplina concerne le richieste relative allo svolgimento congiunto sia delle attività di intercettazione, sia di quelle a queste accessorie; *e*) l'omesso deposito degli atti concernenti le intercettazioni disposte nel procedimento *a quo* presso l'autorità competente per il procedimento *ad quem* non comporta l'inutilizzabilità dei risultati acquisiti in quest'ultimo, in quanto tale sanzione non è prevista né dall'art. 270, né dall'art. 271 c.p.p.

9. – Così riassunti i termini del contrasto, le sezioni unite ritengono innanzitutto di precisare che, con riferimento all'acquisizione, effettuata mediante o.e.i., di messaggi scambiati su chat di gruppo mediante un sistema cifrato, e già a disposizione dell'autorità giudiziaria straniera, non è applicabile la disciplina di cui all'art. 234 *bis* c.p.p., perché la stessa è alternativa e incompatibile rispetto a quella dettata in tema di o.e.i.

9.1. – L'art. 234 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 2, comma 1 *bis*, d.l. 18 febbraio 2015 n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 aprile 2015 n. 43, prevede testualmente: «È sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare».

Come si evince dal contenuto appena trascritto, la disposizione disciplina non un mezzo di prova, bensì una modalità di acquisizione di particolari tipologie di elementi di prova presenti all'estero, che viene attuata in via «diretta» dall'autorità giudiziaria italiana e prescinde da qualunque forma di collaborazione con le autorità dello Stato in cui tali dati sono custoditi.

Il sistema dell'o.e.i. regola anch'esso una modalità di acquisizione degli elementi di prova «transfrontalieri», che, però, si realizza nell'ambito di rapporti di collaborazione tra autorità giudiziarie di Stati diversi, tutti membri dell'Unione europea.

Si tratta, quindi, di discipline che si riferiscono a vicende tra loro diverse già per il presupposto di applicazione: l'art. 234 *bis* c.p.p. riguarda l'acquisizione di elementi conservati all'estero che prescinde da forme di collaborazione con l'autorità giudiziaria di altro Stato; la disciplina relativa all'o.e.i. attiene all'acquisizione di elementi conservati all'estero da ottenere od ottenuti con la collaborazione dell'autorità giudiziaria di altro Stato.

Si può aggiungere che il rapporto di alternatività tra acquisizione di elementi istruttori operata in via diretta dall'autorità giudiziaria procedente e acquisizione di elementi istruttori sulla base di rapporti di collaborazione con autorità giudiziarie di altri Stati trova una chiara esplicitazione nella convenzione del consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, firmata a Budapest il 23 novembre 2001, nella parte in cui la stessa regola i «poteri di indagine» per l'«accesso» a dati informatici ubicati all'estero rispetto all'autorità giudiziaria procedente.

Questa convenzione, infatti, prevede che l'accesso a dati informatici «immagazzinati» in un sistema informatico ubicato all'estero è effettuato nell'ambito di rapporti di «mutua assistenza» tra Stati (art. 31), e, nei soli casi di dati disponibili al pubblico o resi disponibili dalla persona legalmente autorizzata alla loro divulgazione, «senza l'autorizzazione di un'altra parte» (art. 32).

9.2. – Ciò posto, occorre inoltre evidenziare che la direttiva 2014/41/UE del parlamento europeo e del consiglio del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine, assegna alla disciplina da essa dettata una funzione di preminenza, in materia di acquisizione delle prove nell'ambito di rapporti di collaborazione tra autorità giudiziarie di più Stati dell'Unione europea.

La volontà della direttiva 2014/41/UE di regolare in modo organico il sistema di acquisizione delle prove mediante la collaborazione tra Stati, anche con riferimento a quelle già a disposizione dell'autorità giudiziaria destinataria della richiesta, risulta espressa in modo inequivocabile dagli art. 1 e 3 e dai considerando 6, 7 e 35.

L'art. 1 precisa che l'o.e.i. può essere emesso anche per ottenere «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», mentre l'art. 3 precisa che l'o.e.i. «si applica a qualsiasi atto d'indagine, tranne all'istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra [...]».

Il considerando 6, nel terzo periodo, rappresenta: «Il consiglio europeo ha pertanto chiesto la creazione di un sistema globale in sostituzione di tutti gli strumenti esistenti nel settore, compresa la decisione quadro 2008/978/Gai del consiglio, che contempli per quanto possibile tutti i tipi di prove, stabilisca i termini di esecuzione e limiti al minimo i motivi di rifiuto».

Il considerando 7, poi, oltre a ribadire la volontà di predisporre un unico sistema di disciplina per l'acquisizione delle prove «transfrontaliere», precisa che in queste rientrano anche quelle già a disposizione dell'autorità giudiziaria destinataria della richiesta. Così prevede: «Tale nuova impostazione si basa su un unico strumento denominato ordine europeo di indagine (o.e.i.). L'o.e.i. deve essere emesso affinché nello Stato che lo esegue (lo «Stato di esecuzione») siano compiuti uno o più atti di indagine specifici ai fini dell'acquisizione di prove. Ciò include anche l'acquisizione di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione».

Il considerando 35, ancora, stabilisce la prevalenza della direttiva 2014/41/UE su tutti gli altri strumenti internazionali, statuendo: «Nei casi in cui è fatto riferimento all'assistenza giudiziaria nei pertinenti strumenti internazionali, come nelle convenzioni concluse in seno al consiglio d'Europa, dovrebbe essere inteso che l'applicazione della presente direttiva tra gli Stati membri vincolati dalla stessa è preminente rispetto a dette convenzioni».

Il principio di completezza della disciplina dell'o.e.i. non è in alcun modo derogato nell'ordinamento italiano, come desumibile dalle seguenti disposizioni.

L'art. 1 d.leg. 21 giugno 2017 n. 108, rubricato «norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del parlamento europeo e del consiglio del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale», infatti, così statuisce espressamente: «Il presente decreto attua nell'ordinamento interno la direttiva 2014/41/UE del parlamento europeo e del consiglio del 3 aprile 2014, [...] relativa all'ordine europeo di indagine penale [...]». L'art. 2, comma 1, lett. *a*), d.leg. cit., a sua volta, precisa che l'ordine europeo di indagine può essere emesso anche «per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili».

10. – Individuate nella direttiva 2014/41/UE e nel d.leg. n. 108 del 2017 le coordinate della disciplina in tema di acquisizione di elementi istruttori effettuata dall'autorità giudiziaria italiana mediante o.e.i., è necessario esaminare innanzitutto quali sono le regole generali di tale sistema normativo.

10.1. – Profilo preliminare, e fondamentale, è quello che attiene alle condizioni di ammissibilità dell'o.e.i.: solo se l'o.e.i. è stato legittimamente emesso, gli elementi acquisiti per il suo

tramite potranno essere validamente utilizzati nel procedimento o nel processo pendente in Italia.

In proposito, le disposizioni dell'ordinamento nazionale di carattere generale sono estremamente laconiche. In particolare, l'art. 27, comma 1, d.leg. n. 108 del 2017 si limita a prevedere, in linea generale, che «il pubblico ministero e il giudice che procede possono emettere, nell'ambito delle relative attribuzioni, un ordine di indagine e trasmetterlo direttamente all'autorità di esecuzione». Più in generale, l'art. 1 d.leg. cit., rubricato «disposizioni di principio», prevede che il d.leg. n. 108 del 2017 «attua nell'ordinamento interno la direttiva 2014/41/Ue».

Disposizioni più dettagliate sono previste in relazione a specifici atti di indagine, quali la richiesta di intercettazioni di telecomunicazioni (art. 43), e la richiesta di documentazione inerente ai dati esterni relativi al traffico telefonico o telematico (art. 45).

Tuttavia, la precisazione di carattere generale contenuta nell'art. 1 d.leg. cit. induce a ritenere applicabili anche agli o.e.i. emessi dall'autorità giudiziaria italiana le condizioni di ammissibilità previste dall'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41/Ue.

10.2. – La cogenza delle prescrizioni appena indicate, nella prospettiva di assicurare la effettività del diritto eurounitario, è espressamente sottolineata dal par. 2 dell'art. 6 della direttiva («Le condizioni di cui al paragrafo 1 sono valutate dall'autorità di emissione in ogni caso»).

Questo articolo, al par. 1, prevede che l'autorità richiedente «può emettere un o.e.i. solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni: a) l'emissione dell'o.e.i. è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento di cui all'art. 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata; e b) l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Il giudizio sulla sussistenza della prima condizione (necessità e proporzionalità) deve essere compiuto avendo riguardo al procedimento nel cui ambito è emesso l'ordine europeo di indagine. In questo senso, univoco sono le indicazioni fornite sia dall'art. 4 della direttiva citata, sia dal considerando 11 della medesima direttiva. Invero, l'art. 4 della direttiva citata, espressamente richiamato dall'art. 6, fa riferimento al procedimento nel quale è emesso l'o.e.i. Il considerando 11 della direttiva citata, poi, precisa che «[l']autorità di emissione dovrebbe pertanto accertare se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove, e se è opportuno emettere un o.e.i. affinché un altro Stato membro partecipi all'acquisizione di tali prove».

Il giudizio sulla sussistenza della seconda condizione (ammissibilità dell'atto richiesto alle stesse condizioni in un caso interno analogo) presuppone l'individuazione del «tipo» di atto oggetto di o.e.i.

Come osservato in dottrina, essa postula una valutazione in astratto, ed è quindi logicamente preliminare, mentre l'altra condizione, ossia quella concernente la necessità e la proporzionalità dell'atto richiesto, implica una valutazione in concreto, rapportata allo specifico procedimento nel cui ambito è stato emesso l'o.e.i.

Non mancano, inoltre, disposizioni che dettano condizioni di ammissibilità ulteriori ed aggiuntive con riferimento a specifici atti di indagine, come quelle in tema di intercettazione di comunicazioni, contenute negli art. 30 e 31 della direttiva 2014/41/Ue.

Le ragioni di merito dell'emissione di un o.e.i., secondo quanto precisa l'art. 14, par. 2, della direttiva citata, possono essere oggetto di controllo successivo, e precisamente «impugnate», solo «mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione», salvo la necessità di assicurare tutela ai diritti fondamentali nello Stato di esecuzione; e, però, «[u]n'impugnazione non sospende l'esecuzione dell'atto di indagine, a meno che ciò non abbia tale effetto in casi interni analoghi» (art. 14, par. 6, della direttiva citata).

10.3. – La fase di esecuzione di un o.e.i. emesso dall'autorità giudiziaria italiana non riceve puntuale regolamentazione nel d.leg. n. 108 del 2017.

Piuttosto, il decreto legislativo citato, da un lato, sottolinea, in termini generali, all'art. 1, l'esigenza del «rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo».

Per altro verso, detta, all'art. 35, disposizioni sulla utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove assunte all'estero. L'art. 35 cit., precisamente, prevede l'inserimento nel fascicolo del dibattimento: a) dei documenti e degli atti non ripetibili acquisiti mediante o.e.i., senza richiedere particolari condizioni; b) dei verbali degli altri atti acquisiti mediante o.e.i., se agli stessi i difensori sono stati posti in condizione di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana; c) dei verbali di dichiarazioni non ripetibili assunte all'estero a seguito di o.e.i. e non acquisite in contraddittorio nei casi e con le modalità di cui all'art. 512 *bis* c.p.p.

Per completezza, è utile precisare che la garanzia del rispetto dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza) implica anche la garanzia del rispetto dei principi desumibili, nella medesima materia, dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo. Invero, la Carta di Nizza, come precisa il preambolo e puntualizzano le annesse «spiegazioni», il cui valore giuridico è formalmente sancito dall'art. 52, par. 7, della Carta, «riafferma» espressamente anche i diritti derivanti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

10.4. – La disciplina posta dalla direttiva 2014/41/Ue, dal canto suo, non contiene regole relative alla fase di esecuzione degli o.e.i. che incidano specificamente sulla utilizzabilità degli atti acquisiti nel procedimento davanti all'autorità di emissione.

In linea generale, l'art. 14 della direttiva citata fornisce precise indicazioni per ritenere che le questioni concernenti la fase di esecuzione, e quindi anche quelle concernenti la scelta di riconoscere ed eseguire l'o.e.i., siano proponibili esclusivamente nello Stato di esecuzione.

Invero, significative sono le previsioni relative alla esperibilità di mezzi di impugnazione anche nello Stato di esecuzione, a scambi reciproci di informazioni anche sui mezzi di impugnazione contro il riconoscimento e l'esecuzione di un o.e.i., e all'obbligo per lo Stato di emissione di tener conto dell'esito delle impugnazioni concernenti il riconoscimento e l'esecuzione dell'o.e.i.

Né appare seriamente ipotizzabile che identiche questioni possano essere proposte sia nello Stato di esecuzione, sia nello Stato di emissione. Emblematica, in proposito, è la regola che esclude la proponibilità di questioni relative alle ragioni di merito dell'emissione dell'o.e.i. nello Stato di esecuzione, stabilita dall'art. 14, par. 2, della direttiva citata, «fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione».

Tuttavia, la medesima direttiva evidenzia la necessità di assicurare il rispetto dei «diritti fondamentali» da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato di emissione anche con riguardo alle attività compiute nello Stato di esecuzione.

L'art. 14 cit., par. 2, stabilisce che le ragioni di merito in ordine all'emissione dell'o.e.i. possono essere fatte valere «soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione», «fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione». Ancor più significativamente, però, al par. 7, secondo periodo, con una previsione specificamente riferita alla valutazione delle prove nel procedimento *ad quem*, dispone: «Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'o.e.i.».

Inoltre, con una regola di principio e di «chiusura» del sistema, l'art. 1, par. 4, della direttiva citata statuisce: «La presente direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 Tue, compresi i diritti di difesa delle persone sottoposte a pro-

cedimento penale, e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti a tale riguardo alle autorità giudiziarie».

10.5. – In forza del coordinamento normativo tra il d.leg. n. 108 del 2017 e la direttiva 2014/41/Ue, sembra ragionevole affermare che, ai fini dell'utilizzabilità di atti acquisiti mediante o.e.i. dall'autorità giudiziaria italiana, è necessario garantire il rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e, tra questi, del diritto di difesa e della garanzia di un giusto processo, ma non anche l'osservanza, da parte dello Stato di esecuzione, di tutte le disposizioni previste dall'ordinamento giuridico italiano in tema di formazione ed acquisizione di tali atti.

Da un lato, infatti, sia la direttiva 2014/41/Ue, in particolare gli art. 1 e 14, sia il d.leg. n. 108 del 2017, in particolare l'art. 1, evidenziano, come principio generale, l'esigenza di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali, e, tra questi, i diritti della difesa e ad un giusto processo.

Dall'altro, poi, né l'art. 36 d.leg. n. 108 del 2017, né altre disposizioni del medesimo decreto legislativo o della direttiva 2014/41/Ue prevedono, ai fini dell'utilizzabilità degli atti formati all'estero, la necessità di una puntuale applicazione di tutte le regole che l'ordinamento giuridico italiano fissa, in via ordinaria, per la formazione degli atti corrispondenti formati sul territorio nazionale. Anzi, l'art. 14, par. 7, della direttiva citata, proprio laddove impone allo Stato di emissione di rispettare i diritti della difesa e di garantire un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'o.e.i., stabilisce: «[f]atte salve le norme procedurali nazionali» (dizione, quest'ultima, riferita allo Stato di esecuzione).

La soluzione accolta, del resto, corrisponde alla costante tradizione del nostro ordinamento, e alla consolidata elaborazione della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, in tema di rogatoria internazionale, trovano applicazione le norme processuali dello Stato in cui l'atto viene compiuto, con l'unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e dunque con il diritto di difesa (Cass. n. 2173 del 22 dicembre 2016, dep. 2017, C., *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Rogatoria*, n. 5, la quale ha ritenuto esente da censure il provvedimento impugnato che aveva respinto l'eccezione di inutilizzabilità di intercettazioni ambientali disposte ed acquisite dall'autorità olandese, osservando che la procedura penale olandese in tema di intercettazioni era conforme ai principi garantiti dall'art. 15 Cost., pur se differente da quella italiana, in quanto la motivazione deve essere fornita nella richiesta di autorizzazione del pubblico ministero e non nel provvedimento autorizzativo del giudice, e la durata prevista per le operazioni è di quattro settimane, con possibilità di rinnovo).

Questa corte ha altresì affermato che, in materia di rogatoria internazionale, l'atto istruttorio assunto all'estero è inutilizzabile solo quando venga prospettata l'assenza nell'ordinamento dello Stato richiesto di una normativa a tutela delle garanzie difensive, non anche quando si contesti la mera inosservanza delle regole dettate dal codice di rito dello Stato italiano richiedente (Cass. n. 43534 del 24 aprile 2012, L., *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 7).

10.6. – Ai fini dell'accertamento del rispetto dei diritti fondamentali, assumono rilievo i principi della presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria estera nell'ambito di rapporti di collaborazione ai fini dell'acquisizione di prove, e dell'onere per la difesa di allegare e provare il fatto dal quale dipende la violazione denunciata.

Il principio della presunzione di legittimità dell'attività compiuta all'estero ai fini dell'acquisizione di elementi istruttori è oggetto di costante e generale enunciazione da parte della giurisprudenza di questa corte (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 44882 del 4 ottobre - 7 novembre 2023, Barbaro, *id.*, Rep. 2023, voce *Misure cautelari personali*, n. 56; n. 1396 del 12 ottobre 2021, dep. 2022, T., *ForoPlus*; n. 19216 del 6 novembre 2019, dep. 2020, A., *ibid.*).

Nel sistema della direttiva 2014/41/Ue, poi, è espressamente riconosciuto il principio della «presunzione relativa che gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali» (Corte giust. 11 novembre 2021, *Gavvanov*, causa C-852/19, *ibid.*, § 54; cfr., nello stesso senso, Corte giust. 8 dicembre 2020, *Staatsanwaltschaft Wien*, causa C-584/19, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 1593, § 40). Tale principio, del resto, trova una precisa base testuale nel considerando 19 della direttiva citata, il quale afferma: «La creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione è relativa. Di conseguenza, se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di indagine richiesto in un o.e.i. comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'o.e.i. dovrebbe essere rifiutata».

Anche il principio secondo cui grava sulla difesa l'onere di allegare e provare il fatto dal quale dipende una causa di nullità o inutilizzabilità da essa eccepita è ripetutamente e generalmente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità.

Le sezioni unite, in particolare, hanno affermato che, nel caso in cui una parte deduca il verificarsi di cause di nullità o inutilizzabilità collegate ad atti non rinvenibili nel fascicolo processuale (perché appartenenti ad altro procedimento o anche — qualora si proceda con le forme del dibattimento — al fascicolo del pubblico ministero), al generale onere di precisa indicazione che incombe su chi solleva l'eccezione si accompagna l'ulteriore onere di formale produzione delle risultanze documentali — positive o negative — addotte a fondamento del vizio processuale (così sez. un. n. 39061 del 16 luglio 2009, De Iorio, *id.*, Rep. 2010, voce *Procedimento penale*, n. 15, e, in termini analoghi, sez. un. n. 45189 del 17 novembre 2004, Esposito, cit.; tra le tante successive conformi, cfr. Cass. n. 23015 del 19 aprile - 25 maggio 2023, Bernardi, *id.*, Rep. 2023, voce *Prova penale*, n. 39; e n. 18187 del 14 dicembre 2017, dep. 2018, N., *id.*, Rep. 2018, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 63).

A fondamento di questa affermazione, si osserva che, «per i fatti processuali, a differenza di quanto avviene per i fatti penali, ciascuna parte ha l'onere di provare quelli che adduce, quando essi non risultino documentati nel fascicolo degli atti di cui il giudice dispone» (così sez. un. n. 45189 del 2004, Esposito, cit., nonché Cass. n. 1915 del 18 novembre 2010, dep. 2011, D., *id.*, Rep. 2011, voce *Prova penale*, n. 43; e n. 600 del 17 dicembre 2008, dep. 2009, Cavallaro, *id.*, Rep. 2009, voce cit., n. 28). E l'osservazione deve essere ribadita perché l'art. 187, comma 2, c.p.p. prevede che i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali sono oggetto di prova, né vi sono dati normativi da cui inferire l'inversione, in questo specifico ambito, della regola generale secondo cui chi afferma l'esistenza di un fatto è gravato dell'onere della relativa prova.

Muovendo dai principi appena esposti, quindi, appare ragionevole concludere che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire la violazione di diritti fondamentali grava sulla difesa, quando è questa a dedurre l'inutilizzabilità o l'invalidità di atti istruttori acquisiti dall'autorità giudiziaria italiana mediante o.e.i.

11. – Le precisate regole generali in tema di acquisizione ed utilizzabilità di elementi di prova acquisiti dall'autorità giudiziaria italiana mediante o.e.i., se disegnano la disciplina comune di riferimento, evidenziano anche la necessità di individuare il «tipo» di atto oggetto di richiesta e trasmissione nella singola vicenda.

Invero, è in ragione del «tipo» di atto specificamente richiesto e trasmesso che è possibile valutare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità dell'o.e.i., e, in particolare, quella della possibilità di disporre l'assunzione «alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Inoltre, il «tipo» di atto richiesto costituisce un riferimento essenziale per valutare se si sia verificata una violazione dei

diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e, tra questi, del diritto di difesa e della garanzia di un giusto processo.

12. – Nella vicenda in esame, o.e.i. ha ad oggetto l'acquisizione, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, di comunicazioni scambiate su chat di gruppo mediante un sistema cifrato, e già a disposizione dell'autorità giudiziaria francese. Il fatto che le comunicazioni fossero a disposizione dell'autorità giudiziaria francese già prima della presentazione dell'o.e.i. da parte dell'autorità giudiziaria italiana costituisce elemento incontroverso: in proposito, concordano l'ordinanza impugnata, il ricorrente e il pubblico ministero, né vi sono elementi agli atti per dubitare di questo assunto.

Risulta quindi possibile un rilievo preliminare: quanto chiesto dall'autorità giudiziaria italiana, e consegnato dall'autorità giudiziaria francese, attiene a «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione» (per questa definizione cfr. art. 1, par. 1, secondo periodo, della direttiva 2014/41/UE, nonché, in termini analoghi, art. 2, comma 1, lett. a, d.leg. n. 108 del 2017).

L'individuazione dell'oggetto dell'o.e.i. in «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione» ha importanti conseguenze ai fini della disciplina applicabile.

12.1. – Nel sistema dell'o.e.i., l'acquisizione di «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione» è oggetto di alcune specifiche disposizioni, di deroga alla disciplina generale, e funzionali a renderne più agevole la «circolazione».

Innanzitutto, l'art. 10 della direttiva 2014/41/UE stabilisce che, nel caso di «informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione quando, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'o.e.i.», è esclusa la possibilità, per l'autorità di esecuzione, di disporre «un atto di indagine alternativo» a quello richiesto.

Dal combinato disposto degli art. 12, par. 4, e 13, par. 1, della direttiva citata poi, si evince che, quando le prove richieste mediante o.e.i. siano già in possesso dello Stato di esecuzione, la loro trasmissione allo Stato di emissione dovrebbe avvenire con immediatezza, perché non vi è alcun atto di indagine da compiere.

12.2. – Nella prospettiva interna, pare risolutivo il rilievo che, nell'ordinamento giuridico italiano, la «circolazione» di prove già formate ha una disciplina specifica e diversa da quella riservata alla «formazione» di prove di identica tipologia.

Nel sistema processuale italiano, infatti, il pubblico ministero e, più in generale, la parte che vi ha interesse possono chiedere ed ottenere la disponibilità di prove già formate in un procedimento penale al fine di produrle in un altro procedimento penale, senza necessità di alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice competente per quest'ultimo. Ciò anche nel caso di prove, come le intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, per la cui formazione è indispensabile la preventiva autorizzazione del giudice competente.

Ovviamente, resta impregiudicato il potere del giudice competente per il procedimento penale nel quale le parti intendono avvalersi delle prove già separatamente formate o acquisite in altra sede di valutare se vi siano i presupposti per ammetterle ed utilizzarle ai fini della decisione.

Questo assetto normativo si ricava con chiarezza dal sistema costituito dagli art. 238 e 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.

L'art. 238 c.p.p. detta le regole generali in tema di circolazione dei verbali di prove di altri procedimenti. La disciplina in esso contenuta, che si riferisce espressamente anche agli atti non ripetibili, non prevede, ai fini dell'acquisizione delle prove formate altrove, alcun intervento preventivo da parte del giudice del procedimento nel quale si vorrebbero utilizzare. La norma si preoccupa unicamente di fissare condizioni per l'utilizzazione di prove provenienti da altri procedimenti; e, tra queste condizioni, si ribadisce, non è ricompresa la previa autorizzazione.

L'art. 270 c.p.p., a sua volta, indica i requisiti per l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali le stesse sono state disposte. Anche questa disciplina, speciale rispetto a quella di cui all'art. 238 c.p.p. perché riferita ad uno specifico mezzo di ricerca della prova, non prevede alcun intervento autorizzativo preventivo del giudice del procedimento di «destinazione», che abbia la funzione di autorizzare le parti interessate a procedere all'acquisizione di copia dei relativi atti. L'art. 270, comma 2, c.p.p., infatti, stabilisce che, ai fini della utilizzazione dei risultati di intercettazioni effettuate in procedimenti diversi, le parti interessate hanno l'onere di depositare i verbali e le registrazioni a questi relativi, senza però contenere alcun riferimento ad autorizzazioni preventive del giudice del processo di «destinazione» per ottenere la disponibilità di tali atti.

Inoltre, forse ancor più significativamente, l'art. 270, comma 3, c.p.p., riconosce al pubblico ministero e ai difensori delle parti interessate «la facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate», sempre senza prevedere autorizzazioni preventive del giudice del processo di «destinazione».

L'art. 78 disp. att. c.p.p., rubricato «acquisizione di atti di un procedimento penale straniero», ancora, dispone, in linea generale, al comma 1, che «[l]a documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'art. 238 del codice», e si limita ad aggiungere, al comma 2, che, per gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera, l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento è subordinata al previo esame in contraddittorio dell'autore degli stessi, o al consenso delle parti.

12.3. – In considerazione di quanto precedentemente indicato, può concludersi, in linea generale, che gli atti oggetto dell'o.e.i. costituenti «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione» possono essere legittimamente richiesti e acquisiti dal pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si vorrebbe utilizzarli.

Ed infatti, unico presupposto di ammissibilità dell'ordine europeo di indagine, sotto il profilo del soggetto legittimato a presentarlo, è che «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Ora, come si è rilevato in precedenza nel § 12.2, nell'ordinamento processuale penale italiano, le prove già disponibili in altri procedimenti possono essere richieste ed acquisite dalle parti interessate, e quindi anche dal pubblico ministero, al fine di utilizzarle in un altro e distinto procedimento, senza necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice competente per quest'ultimo.

Di conseguenza, quando l'o.e.i. avanzato dal pubblico ministero italiano riguarda «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», non vi sono ragioni per ritenere che il medesimo debba munirsi di preventiva autorizzazione del giudice del procedimento nel quale si vorrebbe utilizzarle, siccome condizione non prevista nel nostro ordinamento, né altrimenti desumibile dal sistema dell'o.e.i.

12.4. – Senza dubbio, come già segnalato in precedenza al § 12.2 in relazione alla «circolazione» di prove tra procedimenti pendenti in Italia, il giudice al quale si chiede di utilizzare le «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», ed ottenute dal pubblico ministero mediante o.e.i., conserva integro il potere di valutare se vi siano i presupposti per ammetterle ed utilizzarle ai fini delle decisioni di sua spettanza.

Questo potere, precisamente, sarà esercitato quando il pubblico ministero presenta al giudice italiano le «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», e ricevute tramite o.e.i. È allora infatti che il giudice può controllare se vi fossero le condizioni per emettere l'o.e.i., così da assicurare il pertinente diritto di «impugnazione» nello Stato di emissione previsto dall'art. 14, par. 2, della direttiva 2014/41/UE, nonché

se vi sia stata violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza, e, quindi, del diritto di difesa e della garanzia di un giusto processo, in linea con quanto stabilito dall'art. 14, par. 7, della direttiva citata, fermo restando che l'onere dell'allegazione e della prova in ordine ai fatti da cui desumere la violazione di tali diritti grava sulla parte interessata, come già precisato nei § 10.2, 10.3, 10.4, 10.5 e 10.6.

13. – Le osservazioni di carattere generale precedentemente compiute con riguardo alla “circolazione” delle «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», ed acquisite dal pubblico ministero mediante o.e.i., non risolvono tutti i profili che vengono in rilievo per il giudice italiano.

Invero, ai fini della verifica sia dell'esistenza delle condizioni di ammissibilità dell'o.e.i., in particolare di quelle di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41/Ue, sia di eventuali violazioni dei diritti fondamentali, occorre prendere in esame il preciso “tipo” di atto trasmesso, attesa la specificità della disciplina riservata dalla normativa nazionale e sovra-nazionale ad alcuni di essi.

Nel presente procedimento, due sono le qualificazioni prospettate: secondo l'ordinanza impugnata, gli atti acquisiti costituiscono «documenti informatici»; secondo il ricorrente, invece, si tratterebbe di dati concernenti il traffico, l'ubicazione, e il contenuto di comunicazioni elettroniche. Entrambe le prospettazioni escludono esplicitamente che gli atti in questione costituiscano risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni.

Le sezioni unite ritengono di dover prendere in esame entrambe le prospettazioni, tenuto conto dell'indisponibilità in questa sede dell'intero materiale acquisito mediante o.e.i., con conseguente impossibilità di definire con certezza se lo stesso consista di risultati di intercettazioni, queste ultime da intendersi come attività di «apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio» (cfr., per questa definizione, in particolare, sez. un. n. 36747 del 28 maggio 2003, Torcasio, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 33, e Corte cost., sent. n. 170 del 2023, cit.), e l'ininfluenza dell'una o dell'altra qualificazione ai fini della decisione dei ricorsi, come si preciserà in seguito.

14. – Secondo l'ordinanza impugnata, gli atti acquisiti mediante o.e.i. dall'autorità giudiziaria francese costituiscono “documenti”, e non “intercettazioni di conversazioni o comunicazioni”.

14.1. – La qualificazione degli atti in questione come documenti implica che il parametro generale di riferimento nel sistema processuale nazionale per verificare l'esistenza delle condizioni di ammissibilità dell'o.e.i. e l'eventuale violazione di diritti fondamentali sia costituito dall'art. 234 c.p.p., il quale consente l'acquisizione di scritti o di “entità” rappresentative di fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo, salvo che non contengano informazioni sulle voci correnti nel pubblico.

Questa qualificazione non è ostacolata dalla sola circostanza che le “entità” rappresentative siano comunicazioni elettroniche, data la latitudine della nozione di “prova documentale” accolta dall'art. 234 c.p.p. E in questo senso, infatti, si esprime l'orientamento ampiamente consolidato della giurisprudenza di legittimità sia con riguardo ai messaggi di posta elettronica, già trasmessi ed allocati nella memoria del dispositivo del destinatario o del mittente o nel server del gestore del servizio (cfr., tra le tante, Cass. n. 12975 del 6 febbraio - 27 aprile 2020, Ceriani, *ForoPlus*, e n. 29426 del 16 aprile 2019, M., *Foro it.*, Rep. 2019, voce cit., n. 92), sia in ordine ai messaggi inviati mediante applicativo WhatsApp o Sms, già trasmessi e conservati nella memoria di un'utenza cellulare (v., *ex plurimis*, Cass. n. 22417 del 16 marzo - 8 giugno 2022, S., *id.*, Rep. 2022, voce cit., n. 38; e n. 1822 del 21 novembre 2017, dep. 2018, Parodi, *id.*, 2018, II, 252).

14.2. – La disciplina generale di cui all'art. 234 c.p.p., però, non sempre è esaustiva, in quanto, per alcune tipologie di documenti, sono previste regole specifiche.

In particolare, quando la prova documentale ha ad oggetto comunicazioni scambiate in modo riservato tra un numero determinato di persone, indipendentemente dal mezzo tecnico impiegato a tal fine, occorre assicurare la tutela prevista dall'art. 15 Cost. in materia di «corrispondenza».

Come infatti precisato dalla giurisprudenza costituzionale, «quello di “corrispondenza” è concetto ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza, il quale «prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato», e si estende, perciò, anche alla posta elettronica ed ai messaggi inviati tramite l'applicativo WhatsApp, o Sms o sistemi simili, «del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi» perché accessibili solo mediante l'uso di codici di accesso o altri meccanismi di identificazione (così Corte cost. n. 170 del 2023, cit.; nello stesso senso, Corte cost. n. 227 del 2023, *id.*, 2024, I, 347; e n. 2 del 2023, cit.).

Di conseguenza, indipendentemente dalla modalità utilizzata, trova applicazione «la tutela accordata dall'art. 15 Cost. — che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge — [...]» (cfr., ancora, testualmente, Corte cost. n. 170 del 2023, cit.).

La tutela prevista dall'art. 15 Cost., tuttavia, non richiede, per la limitazione della libertà e della segretezza della corrispondenza, e, quindi, per l'acquisizione di essa ad un procedimento penale, la necessità di un provvedimento del giudice.

Invero, l'art. 15 Cost. impiega il sintagma «autorità giudiziaria», il quale indica una categoria nella quale sono inclusi sia il giudice, sia il pubblico ministero (per l'inclusione del pubblico ministero nella nozione di “autorità giudiziaria” anche nel diritto eurounitario, cfr., proprio con riferimento alla direttiva 2014/41/Ue, Corte giust. 8 dicembre 2020, *Staatsanwaltschaft Wien*, causa C-584/19, cit.).

E questa conclusione trova conferma nella disciplina del codice di rito. L'art. 254 c.p.p. prevede che il sequestro di corrispondenza è disposto dalla «autorità giudiziaria», senza fare alcun riferimento alla necessità dell'intervento del giudice, invece espressamente richiesto, ad esempio, in relazione al sequestro da eseguire negli uffici dei difensori (art. 103 c.p.p.). A sua volta, l'art. 353 c.p.p. statuisce, in modo testuale, che l'acquisizione di plichi chiusi e di corrispondenza, anche in forma elettronica o inoltrata per via telematica, è autorizzata, nel corso delle indagini, dal «pubblico ministero», il quale è titolare del potere di disporre il sequestro.

14.3. – La qualificazione degli atti consegnati dall'autorità giudiziaria francese in esecuzione di o.e.i. come documenti ha specifiche conseguenze con riguardo ai presupposti di ammissibilità della loro acquisizione e alla garanzia del rispetto dei «diritti fondamentali».

In particolare, con riguardo al presupposto di ammissibilità di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/Ue, relativo alla c.d. valutazione in astratto, è sufficiente considerare che anche l'acquisizione “originaria” della prova documentale, nel sistema processuale italiano, pur quando abbia ad oggetto “corrispondenza”, per quanto appena detto nel § 14.2, può essere disposta dal pubblico ministero, con atto motivato, senza alcuna autorizzazione del giudice, salvo il caso di sequestro effettuato nell'ufficio di un difensore. Di conseguenza, se l'ordine europeo di indagine presentato dal pubblico ministero ha ad oggetto l'acquisizione di documenti e “corrispondenza” non costituenti «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», il rispetto della condizione che esige il potere dell'autorità di emissione di disporre «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. [...] alle stesse condizioni in un caso interno analogo» è assicurato anche in assenza di una autorizzazione del giudice, salvo il caso di sequestro effettuato nell'ufficio di un difensore. A maggior ragione, quindi, e in aggiunta alle considerazioni esposte nei § 12.2 e 12.3, l'acquisizione di documenti, pur se relativi a “corrispondenza”, quando

attiene a «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», può essere chiesta mediante o.e.i. presentato dal pubblico ministero, senza necessità di autorizzazione del giudice.

Per quanto riguarda il rispetto dei «diritti fondamentali», poi, la qualificazione degli atti consegnati dall'autorità giudiziaria francese in esecuzione di o.e.i. come documenti, specie se costituiscono «corrispondenza», comporta l'esigenza di specifica attenzione a profili «contenutistici» degli stessi. Ad esempio, un principio generale, in materia di tutela di diritto di difesa, positivizzato nel sistema italiano dall'art. 103 c.p.p., è quello del divieto di sequestro e di ogni forma di controllo della «corrispondenza» tra l'imputato ed il suo difensore, salvo il fondato motivo che si tratti di corpo del reato. Resta fermo, ovviamente, che l'onere dell'allegazione e della prova in ordine ai fatti da cui desumere la violazione dei «diritti fondamentali» grava sulla parte interessata, per le ragioni indicate in precedenza nel § 10.6.

15. – Secondo il ricorso, gli atti acquisiti mediante o.e.i. dall'autorità giudiziaria francese, invece, costituiscono risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, effettuate anche mediante un captatore informatico inserito sui server della piattaforma del sistema Sky-Ecc, al fine di acquisire le chiavi di cifratura delle comunicazioni, custodite nei dispositivi dei singoli utenti.

15.1. – La qualificazione degli atti in questione come risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni implica che il parametro di riferimento nel sistema processuale nazionale per verificare l'esistenza delle condizioni di ammissibilità dell'o.e.i. e l'eventuale violazione di diritti fondamentali è costituito dalla disciplina prevista dall'art. 270 c.p.p. (cfr., per questa indicazione, tra le altre, già Cass. n. 4048 del 6 luglio 1998, Bonelli, *id.*, Rep. 1999, voce *Rogatoria*, n. 3).

In particolare, a norma dell'art. 270 c.p.p., i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali le operazioni sono state disposte solo se «risultino rilevanti ed indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza».

Secondo il consolidato indirizzo di questa corte, ai fini dell'utilizzabilità degli esiti di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in procedimento diverso da quello nel quale esse furono disposte, non occorre la produzione del relativo decreto autorizzativo, in quanto l'art. 270 c.p.p. prevede esclusivamente il deposito, presso l'autorità giudiziaria competente per il «diverso» procedimento, dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni medesime, né sono altrimenti previste sanzioni di inutilizzabilità (sez. un. n. 45189 del 17 novembre 2004, Esposito, *cit.*, e n. 49627 del 14 novembre - 13 dicembre 2023, Kasli Ramazan, *cit.*). Sempre secondo il costante orientamento di questa corte, grava sulla parte che eccepisce l'invalidità o l'inutilizzabilità delle intercettazioni provenienti da altro procedimento l'onere di allegare e provare il fatto dal quale dipende la patologia denunciata (sez. un. n. 45189 del 17 novembre 2004, Esposito, *cit.*), e, quindi, nel caso di censura concernente il vizio di motivazione apparente, di produrre sia il decreto di autorizzazione emesso nel procedimento diverso sia il documento al quale esso rinvia (sez. un. n. 45189 del 17 novembre 2004, Esposito, *cit.*, nonché n. 11168 del 18 febbraio 2019, C., *id.*, Rep. 2019, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 72). Ancora secondo quanto enunciato dalle sezioni unite, nel caso di acquisizione degli esiti di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in procedimento diverso da quello nel quale siano state rilasciate le relative autorizzazioni, il controllo del giudice sulla legalità dell'ammissione e dell'esecuzione delle operazioni — di carattere meramente incidentale e, come tale, ininfluenza nel procedimento *a quo* — riguarda esclusivamente la serietà e la specificità delle esigenze investigative, come individuate dal p.m. in relazione alla fattispecie criminosa ipotizzata, e non comporta alcuna valutazione di fondatezza, neanche sul piano indiziario, della ipotesi in questione (sez. un. n. 45189 del 17 novembre 2004, Esposito, *cit.*).

Numerose decisioni, poi, affermano che, in tema di intercettazioni disposte in altro procedimento, l'omesso deposito degli atti relativi, ivi compresi i nastri di registrazione, presso l'autorità competente per il diverso procedimento, non ne determina l'inutilizzabilità, in quanto detta sanzione non è prevista dall'art. 270 c.p.p. e non rientra nel novero di quelle di cui all'art. 271 c.p.p. aventi carattere tassativo (così, *ex plurimis*, Cass. n. 1801 del 16 luglio 2015, dep. 2016, T., *id.*, Rep. 2016, voce *cit.*, n. 94; n. 14783 del 13 marzo 2009, Badescu, *id.*, Rep. 2010, voce *cit.*, n. 46; n. 27042 del 18 febbraio 2008, Morabito, *id.*, Rep. 2008, voce *cit.*, n. 57).

Ancora, la trasmissione dei risultati delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni dal procedimento in cui sono state disposte ad altro procedimento in cui si intende utilizzarle non richiede alcun intervento preventivo da parte del giudice di quest'ultimo, al fine di autorizzare le parti interessate a procedere all'acquisizione di copia dei relativi atti, perché tale intervento non è previsto dall'art. 270 c.p.p., né è imposto da altre disposizioni o dal sistema normativo, per le ragioni già indicate al § 12.2.

15.2. – In materia di ordine europeo di indagine, la direttiva 2014/41/UE e il d.leg. n. 108 del 2017 prevedono regole specifiche per il caso che l'atto investigativo richiesto sia costituito da intercettazioni di telecomunicazioni, ma mancano disposizioni espresse per la trasmissione e l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state effettuate.

La direttiva 2014/41/UE dedica alla effettuazione di intercettazioni di telecomunicazioni gli art. 30 e 31.

In particolare, l'art. 30, par. 7, della direttiva citata stabilisce che «l'autorità di emissione può altresì richiedere, se ne ha particolare motivo, una trascrizione, una decodificazione o una decrittazione della registrazione, fatto salvo l'accordo dell'autorità di esecuzione».

L'art. 31 della direttiva citata, poi, prevede che, quando «l'intercettazione di telecomunicazioni è autorizzata dall'autorità competente di uno Stato membro e l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione indicata nell'ordine di intercettazione è utilizzato sul territorio di un altro Stato membro, la cui assistenza tecnica non è necessaria per effettuare l'intercettazione», occorre darne «notifica» all'autorità competente di quest'ultimo. Precisamente, la «notifica» deve precedere l'intercettazione, quando l'autorità procedente, già al momento di disporre l'attività di captazione, è a conoscenza della presenza della persona soggetta a controllo nel territorio di altro Stato membro; deve avvenire «durante l'intercettazione, o ad intercettazione effettuata», quando la conoscenza della presenza della persona soggetta a controllo nel territorio di altro Stato membro si determina durante o al termine dello svolgimento delle operazioni. L'autorità competente dello Stato che riceve la «notifica», «può» comunicare che l'intercettazione non è consentita; in questi casi, l'attività non può essere iniziata o proseguire, e gli eventuali risultati già ottenuti mentre la persona soggetta ad intercettazione si trovava sul territorio dello Stato che ha ricevuto la «notifica» non possono essere utilizzati, o possono esserlo solo alle condizioni specificate dall'autorità competente di quest'ultimo.

Il d.leg. n. 108 del 2017, a sua volta, regola la materia relativa alle intercettazioni di telecomunicazioni agli art. 43 e 44, per le procedure attive, e agli art. 23 e 24, per le procedure passive.

Gli art. 43 e 44 d.leg. cit. contengono disposizioni sostanzialmente sovrapponibili a quelle di cui agli art. 30 e 31 della direttiva 2014/41/UE. In particolare, l'art. 43, al comma 1, precisa che la disciplina si riferisce «all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, quando nel territorio di un altro Stato membro si trova il dispositivo o il sistema da controllare», e, al comma 4, stabilisce che «[l]a richiesta può avere ad oggetto la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate».

L'art. 24 d.leg. cit., poi, con riguardo alle intercettazioni effettuate dall'autorità giudiziaria di altro Stato membro di «un

dispositivo, anche di sistema informatico o telematico, in uso a persona che si trovi nel territorio dello Stato», contempla un'unica situazione alla quale consegue la cessazione delle operazioni e la inutilizzabilità ai fini di prova dei risultati già ottenuti: «se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite».

15.3. – In considerazione di quanto sopra evidenziato, può ritenersi che l'o.e.i. emesso dal pubblico ministero italiano avente ad oggetto l'acquisizione dei risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni disposte dall'autorità giudiziaria straniera, anche quando relative a sistemi informatici o telematici, o intercorrenti tra più sistemi, soddisfa la condizione di ammissibilità di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE.

Invero, siccome il pubblico ministero italiano può disporre l'acquisizione di risultati di intercettazioni ordinate in altro procedimento penale senza necessità di preventiva autorizzazione del giudice competente per il procedimento nel quale intende utilizzarli, deve ritenersi che un o.e.i. presentato dal pubblico ministero italiano, nel quale si chiede, senza preventiva autorizzazione del giudice nazionale, la trasmissione di risultati di intercettazioni ordinate dall'autorità giudiziaria straniera in un procedimento pendente davanti alla stessa, abbia ad oggetto atti che «avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

15.4. – E questa conclusione, in ordine al rispetto della condizione di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE, resta ferma anche se le operazioni di intercettazione siano state realizzate mediante l'inserimento di un captatore informatico sui server della piattaforma di un sistema informatico o telematico, al fine di acquisire le chiavi di cifratura delle comunicazioni, custodite nei dispositivi dei singoli utenti.

15.4.1. – Innanzitutto, non può ritenersi che l'inserimento di un captatore informatico sul server di una piattaforma di un sistema informatico o telematico costituisca mezzo «atipico» di indagine o di prova, come tale non consentito dall'ordinamento italiano perché incidente sui diritti fondamentali della persona.

In proposito, non assume valenza dirimente il fatto che, nel codice di rito, in materia di intercettazioni, si faccia menzione della sola ipotesi dell'«inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile».

Il captatore informatico, infatti, non è un autonomo mezzo di ricerca della

prova, e tanto meno un mezzo di prova, bensì uno strumento tecnico attraverso il quale esperire il mezzo di ricerca della prova costituito dalle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni. Sicché non è indispensabile che il legislatore preveda dove lo stesso possa essere «inserito».

E una conferma di questa conclusione può essere desunta dall'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, anche delle sezioni unite, la quale, già prima che venisse previsto dalla legge l'utilizzo del captatore informatico come strumento per effettuare attività di intercettazione, ne aveva ritenuto legittimo l'impiego a tali fini, precisandone anche l'ammissibilità, nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata, con riguardo a captazioni di conversazioni o comunicazioni tra presenti in luoghi di privata dimora (così, per tutte, sez. un. n. 26889 del 28 aprile 2016, Scurato, *id.*, 2016, II, 491).

15.4.2. – In secondo luogo, poi, non può ritenersi che l'utilizzo del captatore informatico al fine di acquisire le chiavi di cifratura presenti sui dispositivi mobili dei singoli utenti costituisca mezzo «atipico» di indagine o di prova, come tale non consentito nell'ordinamento italiano, perché opera un'intrusione nel domicilio informatico di una persona allo scopo di captare non comunicazioni, ma dati necessari per rendere intellegibili le comunicazioni.

Per un verso, sia la direttiva 2014/41/UE, all'art. 30, par. 7, sia il d.leg. n. 108 del 2017, all'art. 43, comma 4, prevedono espressamente la possibilità per l'autorità che ha emesso un o.e.i. per l'intercettazione di telecomunicazioni di chiedere la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercet-

tate. E così disponendo, riconoscono che l'attività di intercettazione implica anche l'acquisizione degli strumenti necessari per procedere a decodificazione o decrittazione delle conversazioni o comunicazioni.

Sotto altro profilo, poi, va rilevato che, nell'ordinamento italiano, secondo il diffuso orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'autorizzazione ad eseguire intercettazioni telefoniche ed ambientali implica anche il compimento di quegli atti che costituiscono una naturale modalità attuativa delle operazioni, sebbene gli stessi comportino l'intrusione nel domicilio di una persona. Invero, numerose decisioni hanno osservato che la finalità di intercettare conversazioni telefoniche e/o ambientali consente all'operatore di polizia la materiale intrusione, per la collocazione dei necessari strumenti di rilevazione, negli ambiti e nei luoghi di privata dimora, oggetto di tali mezzi di ricerca della prova (cfr., in particolare: Cass. n. 39403 del 23 giugno 2017, N., *id.*, Rep. 2017, voce cit., n. 40; n. 41514 del 25 settembre 2012, A., *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 43; n. 14547 del 31 gennaio 2011, D.M., *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 32). E, anzi, proprio in questa prospettiva, si è più volte affermato che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 266, comma 2, c.p.p., sollevata in relazione all'art. 14 Cost., che statuisce il principio dell'inviolabilità del domicilio, perché la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora costituisce una delle naturali modalità di attuazione delle intercettazioni, costituenti mezzo di ricerca della prova funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., con il quale il principio di inviolabilità del domicilio deve necessariamente coordinarsi, subendo la necessaria compressione, al pari di quanto previsto dall'art. 15 Cost. in tema di libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (così Cass. n. 21644 del 13 febbraio 2013, B., *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 28; e n. 38716 del 2 ottobre 2007, Biondo, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 32).

Deve perciò concludersi che, anche nel nostro sistema, è ammissibile, ai fini dell'utile effettuazione di intercettazioni telefoniche ed ambientali, l'autorizzazione, da parte del giudice, del compimento di quegli atti che ne costituiscono una naturale e necessaria modalità attuativa, pur quando gli stessi comportino l'intrusione nel dispositivo elettronico di una persona.

15.5. – Con riferimento al tema concernente la garanzia del rispetto dei «diritti fondamentali», la qualificazione degli atti acquisiti mediante o.e.i. dall'autorità giudiziaria francese come risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni determina l'esigenza, in particolare, di un esame dell'elaborazione in materia della giurisprudenza della Corte Edu e delle condizioni poste dalla specifica disciplina fissata nella direttiva 2014/41/UE.

15.5.1. – La tematica del rispetto dei «diritti fondamentali» in relazione alle attività di intercettazione di conversazioni o di comunicazioni ha costituito oggetto di un ampio approfondimento da parte della Corte Edu.

Innanzitutto, secondo la Corte di Strasburgo, la tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza, assicurata dall'art. 8 Cedu, esige sia la previsione di disposizioni «chiare» sui presupposti richiesti per autorizzare le intercettazioni, sia l'adozione di un provvedimento autorizzativo da parte di un'autorità indipendente specificamente motivato sull'esistenza in concreto di tali presupposti (cfr. Corte eur. diritti dell'uomo 12 gennaio 2023, *Potoczka e Adameo c. Slovacchia*, *id.*, Rep. 2023, voce cit., n. 41, nonché 15 gennaio 2015, *Dragojevic c. Croazia*). Sempre secondo la Corte Edu, poi, la motivazione del provvedimento autorizzativo deve consentire di verificare se sussistono ragioni «fattuali» per sospettare che una persona progetti, commetta o abbia commesso alcuni gravi reati e se non vi è alcuna prospettiva di accertare i fatti con successo mediante un altro metodo, diverso dalle intercettazioni, o questo sarebbe notevolmente più difficile (così Corte eur. diritti dell'uomo 12 gennaio 2023, *Potoczka e Adamo c. Slovacchia*, cit., § 73).

Da questa elaborazione, si evince, in particolare, che le intercettazioni non autorizzate da un giudice o da un'autorità indipendente, e le intercettazioni disposte sulla base di provvedimenti non motivati in ordine all'esistenza in concreto dei presupposti richiesti dalla legge per procedervi, si pongono in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu.

Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte Edu non emerge un divieto di effettuare intercettazioni di vaste proporzioni, purché siano previste efficaci garanzie contro rischi di abusi e di arbitri nelle fasi dell'adozione della misura, della sua esecuzione e del controllo successivo (cfr. Corte eur. diritti dell'uomo 25 maggio 2021, *Big Brother Watch ed altri c. Regno Unito*, e 25 maggio 2021, *Centrum för Rättvisa c. Svezia*, le quali, sebbene con riguardo ad intercettazioni effettuate dai servizi segreti e non nell'ambito di un procedimento penale, hanno escluso che, in generale, le c.d. "intercettazioni di massa", anche quando disposte per contrastare attività delittuose concernenti il traffico di sostanze illecite, integrino una violazione degli art. 8 e 10 Cedu, se effettuate nel rispetto di "dovute" garanzie).

Né risulta affermata l'incompatibilità con le garanzie della Cedu della trasmissione dei risultati di intercettazioni disposte in un procedimento penale ad un diverso procedimento penale da parte di un pubblico ministero. Anzi, allo stato, alcune decisioni hanno escluso che l'art. 8 Cedu esiga l'autorizzazione *ex ante* di un giudice alla trasmissione, dal pubblico ministero all'autorità amministrativa, di risultati di intercettazioni telefoniche effettuate in un procedimento penale (cfr., per tutte, Corte eur. diritti dell'uomo 16 maggio 2023, *Janssen De Jong Groep B.V. c. Paesi Bassi*).

Nemmeno l'impossibilità, per la difesa, di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per "criptare" il contenuto delle stesse determina, almeno in linea di principio, una violazione di «diritti fondamentali».

Ed infatti, se è vero che la disponibilità dell'algoritmo di criptazione è funzionale al controllo dell'affidabilità del contenuto delle comunicazioni acquisite al procedimento, deve però osservarsi, in linea con quanto evidenziato da numerose decisioni, che il pericolo di alterazione dei dati non sussiste, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, per cui una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo, anche solo parzialmente (cfr., tra le tante, Cass. n. 46833 del 26 ottobre - 21 novembre 2023, Bruzzaniti, non massimata sul punto; n. 48838 dell'11 ottobre 2023, Brunello, cit., non massimata sul punto; n. 16347 del 5-18 aprile 2023, Papalia, cit., non massimata sul punto; n. 6364 del 13 ottobre 2022, dep. 2023, Calderon, cit., non massimata sul punto). Né la giurisprudenza sovranazionale risulta aver affermato che l'indisponibilità dell'algoritmo di decrittazione agli atti del processo costituisca, di per sé, violazione dei «diritti fondamentali». In proposito, anzi, può rilevarsi che la Corte Edu, pronunciandosi in relazione ad una vicenda in cui i dati acquisiti non erano stati messi a disposizione della difesa e la pronuncia di colpevolezza era stata fondata sul mero fatto dell'uso di un sistema di messaggistica criptata denominato ByLock, si è limitata ad affermare che dare al ricorrente l'opportunità di prendere conoscenza del materiale decrittato nei suoi confronti poteva costituire un passo importante per preservare i suoi diritti di difesa senza avere, al contempo, affermato che tale mancata messa a disposizione integrasse un *vulnus* dei diritti fondamentali (Corte eur. diritti dell'uomo 26 settembre 2023, *YUksel Yalçinkaya c. Turchia*, cit., § 336; il testo originale è il seguente: «The Court is accordingly of the view that giving the applicant the opportunity to acquaint himself with the decrypted ByLock material in his regard would have constituted an important step in preserving his defence rights»).

In ogni caso, inoltre, resta fermo che l'onere dell'allegazione e della prova in ordine ai fatti da cui desumere la violazione dei «diritti fondamentali» grava sulla parte interessata, per le ragioni indicate in precedenza nel § 10.6.

15.5.2. – Con riferimento alle garanzie previste dalla direttiva 2014/41/Ue, può venire in rilievo il profilo, segnalato dai

ricorrenti, della violazione dei principi fissati dall'art. 31 in ordine alle intercettazioni effettuate nei confronti di persone il cui «indirizzo di comunicazione» è utilizzato nel territorio di uno Stato diverso da quello nel quale le operazioni di captazione sono state disposte.

Secondo quanto più analiticamente esposto in precedenza al § 15.2, l'art. 31 della direttiva citata prevede che lo Stato nel quale sono state disposte le intercettazioni dia «notifica» di tali attività all'autorità competente nello Stato nel quale è utilizzato l'indirizzo di comunicazione sottoposto a controllo, quando viene a conoscenza di tale circostanza, e che quest'ultima possa vietare il compimento o la prosecuzione delle operazioni, nonché l'utilizzazione dei risultati già ottenuti.

Sulla base di tale disciplina, deve rilevarsi, innanzitutto, che l'obbligo di notifica sorge quando l'autorità procedente viene a conoscenza che l'intercettazione riguarda persone il cui «indirizzo di comunicazione» è utilizzato nel territorio di un altro Stato.

Va segnalato, poi, che l'eventuale intempestività della comunicazione non è sanzionata di per sé, e che, in ogni caso, opera la garanzia della possibile dichiarazione di inutilizzabilità da parte dell'autorità competente dello Stato in cui è fatto uso dell'«indirizzo di comunicazione».

Occorre considerare, ancora, che il divieto della direttiva 2014/41/Ue di iniziare o proseguire le attività di captazione, ovvero di utilizzarne i risultati, è previsto solo «[q]ualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo». E, nella disciplina italiana di attuazione della direttiva citata, l'art. 24 d.leg. n. 108 del 2017 prevede un'unica ipotesi vietata: «se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite».

Può quindi concludersi che, nell'ordinamento italiano, sulla base della disciplina di cui all'art. 31 della direttiva 2014/41/Ue, l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte da autorità di altro Stato ed effettuate nei confronti di persone il cui «indirizzo di comunicazione» è attivato in Italia sussiste solo se l'autorità giudiziaria italiana rileva che le captazioni non sarebbero state consentite «in un caso interno analogo», perché disposte per un reato per il quale la legge nazionale non prevede la possibilità di ricorrere a tale mezzo di ricerca della prova.

16. – In considerazione delle argomentazioni fin qui esposte, vanno affermati i seguenti principi di diritto:

«In materia di ordine europeo di indagine, l'acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234 *bis* c.p.p., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, ma è assoggettata alla disciplina di cui all'art. 270 c.p.p.».

«In materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite dal pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle».

«L'emissione, da parte del pubblico ministero, di ordine europeo di indagine diretto ad ottenere i risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate attraverso l'inserimento di un captatore informatico sui server di una piattaforma criptata, è ammissibile, perché attiene ad esiti investigativi ottenuti con modalità compatibili con l'ordinamento italiano, e non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria ex art. 6 della direttiva 2014/41/Ue, perché tale autorizzazione non è richiesta nella disciplina nazionale».

«L'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, deve essere esclusa se il

giudice del procedimento nel quale dette risultanze istruttorie vengono acquisite rileva che, in relazione ad esse, si sia verificata la violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata».

«L'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente».

17. – Sulla base dei principi di diritto enunciati, e degli argomenti esposti a loro fondamento, è possibile esaminare le censure enunciate nel terzo, nel quarto, nel quinto e nel sesto motivo dei ricorsi, nonché le ulteriori richieste formulate nei ricorsi, nelle memorie e nelle conclusioni orali rese in udienza.

18. – Complessivamente infondate sono le censure esposte nel terzo, nel quarto, nel quinto e nel sesto motivo dei ricorsi, e sviluppate nelle memorie, le quali contestano l'utilizzabilità dei dati informatici relativi alle comunicazioni intercorse attraverso il sistema criptato Sky-Ecc, sotto vari profili.

In sintesi, le stesse deducono l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 234 *bis* c.p.p. e l'applicabilità di quella relativa all'acquisizione dei risultati di intercettazioni, il difetto dei presupposti per l'emissione dell'o.e.i., in particolare per il carattere generalizzato ed indifferenziato delle attività di captazione effettuata dall'autorità estera, per l'utilizzo di un captatore informatico inserito al fine esclusivo di acquisire le chiavi di cifratura delle comunicazioni, per la mancata messa a disposizione della difesa dei testi criptati delle comunicazioni, e per la violazione dell'art. 31 della direttiva 2014/41/UE, nonché ancora la violazione della disciplina francese, priva di disposizioni analoghe all'art. 270 c.p.p.

18.1. – Il collegio condivide la tesi della inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 234 *bis* c.p.p. in materia di acquisizione ed utilizzabilità dei dati relativi alle comunicazioni intercorse attraverso il sistema criptato Sky-Ecc, perché si tratta di disciplina alternativa, e, quindi, incompatibile con quella relativa al sistema dell'o.e.i., come precedentemente precisato nei § 9, 9.1 e 9.2.

Tuttavia, questo assunto non rende illegittima l'acquisizione, né preclude l'utilizzabilità dei dati relativi alle comunicazioni intercorse attraverso il sistema criptato Sky-Ecc, ottenuti dall'autorità giudiziaria francese in esecuzione di o.e.i. emesso dal pubblico ministero italiano. Invero, l'errore di qualificazione in cui è incorsa l'ordinanza impugnata non determina l'annullamento della stessa, sulla base di quanto previsto dall'art. 619, comma 1, c.p.p.: l'errore rilevato, precisamente, non ha avuto influenza decisiva sul dispositivo, in quanto, nella specie, sussistono le condizioni di ammissibilità necessarie per emettere legittimamente l'o.e.i. e non risultano violazioni dei diritti fondamentali.

18.2. – Innanzitutto, deve ritenersi soddisfatta la condizione di ammissibilità posta dall'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE, che richiede che l'atto o gli atti richiesti «avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Invero, gli atti ricevuti dall'autorità giudiziaria francese in esecuzione di o.e.i. emesso dal pubblico ministero italiano, per quanto è desumibile dal contenuto dell'ordinanza impugnata e non è contestato nel ricorso, costituiscono «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», perché acquisite nell'ambito di un procedimento penale pendente in quello Stato.

Ora, secondo i principi di diritto precedentemente enunciati, anche a voler ritenere che detti atti siano qualificabili come risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, la loro acquisizione può essere effettuata sulla base di o.e.i. emesso dal pubblico ministero in assenza di preventiva autorizzazione del giudice, in quanto tale autorizzazione non è richiesta

nell'ordinamento italiano per l'utilizzazione degli esiti di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state disposte.

Inoltre, sempre sulla base dei principi di diritto precedentemente enunciati, deve escludersi il mancato rispetto del requisito di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva citata anche a voler ritenere che l'o.e.i. abbia ad oggetto l'acquisizione dei risultati di intercettazioni effettuate attraverso l'inserimento di un captatore informatico sui server di una piattaforma criptata. Si è quindi evidenziato che questa modalità investigativa è compatibile con la disciplina delle intercettazioni prevista nell'ordinamento italiano.

Né vi sono dubbi che gli atti ottenuti mediante o.e.i. siano stati richiesti in quanto ritenuti «rilevanti ed indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza».

Non può poi ritenersi che l'asserita violazione delle garanzie procedurali di cui all'art. 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p. possa rilevare ai fini delle condizioni di ammissibilità di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva citata. Le garanzie indicate, infatti, non costituiscono condizioni per l'acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte in altro procedimento, ma rilevano in una fase successiva e di controllo, e la loro attuazione può essere differita fino alla chiusura delle indagini preliminari, anche dopo l'utilizzazione degli esiti delle captazioni a fini cautelari. Invero, l'art. 268 c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo non nella parte in cui non prevede il deposito degli atti relativi alle intercettazioni effettuate, bensì, ben più limitatamente, nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate (Corte cost. n. 336 del 2008, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 31).

18.3. – In secondo luogo, deve ritenersi soddisfatta la condizione di ammissibilità posta dall'art. 6, par. 1, lett. a), della direttiva 2014/41/UE, relativa alla necessità e proporzionalità delle attività richieste mediante o.e.i., anche in considerazione dei diritti degli indagati.

Si è detto in precedenza, al § 10.2, che l'esame di tale profilo deve essere compiuto avendo riguardo al procedimento nel cui ambito è emesso l'ordine europeo di indagine. E, nella specie, l'o.e.i. risulta formulato con espresso riferimento all'acquisizione delle comunicazioni relative a persone nominativamente indicate, tra le quali i due attuali ricorrenti, in quel momento già tutte sottoposte ad indagini per i reati di partecipazione ad associazione per delinquere finalizzata al traffico internazionale di cocaina e di acquisto, detenzione, importazione e cessione di partite di tale sostanza stupefacente.

18.4. – Non è deducibile in questa sede la questione concernente la decisione dell'autorità giudiziaria francese di dare esecuzione all'o.e.i., prospettata con riguardo alla violazione della legge francese, perché questa non prevederebbe l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in procedimenti diversi da quelli in cui le stesse sono stati disposti.

In effetti, come già evidenziato nel § 10.4, le questioni concernenti la fase di esecuzione, e quindi anche quelle concernenti la scelta di riconoscere ed eseguire l'o.e.i., sono proponibili solo nello Stato di esecuzione, salvo che non diano luogo a violazioni di «diritti fondamentali» che si ripercuotono sull'utilizzazione degli elementi istruttori nel procedimento pendente in Italia.

Peraltro, l'elemento indicato dai ricorrenti per affermare la violazione della legge francese, ossia la decisione Corte eur. diritti dell'uomo 29 marzo 2005, *Matheron c. Francia*, non dimostra l'esistenza di un divieto, nell'ordinamento transalpino, di utilizzare i risultati di intercettazioni in procedimenti diversi.

18.5. – Né può dirsi che, nel presente procedimento, sia stata accertata la violazione di «diritti fondamentali».

18.5.1. – Innanzitutto, i dati probatori trasmessi dall'autorità giudiziaria francese sono stati acquisiti in un procedimento penale pendente davanti ad essa sulla base di provvedimenti autorizzativi adottati da un giudice in relazione ad indagini per gravi reati, ed ampiamente motivati in ordine all'esistenza in concreto dei presupposti ritenuti necessari dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Invero, dall'esame alle ordinanze emesse dal giudice istruttore del Tribunale di Parigi, allegate dalla difesa alla richiesta di riesame, e prodotte in questa sede, si evince che i reati per i quali le operazioni sono state disposte sono quelli di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, di traffico di sostanze stupefacenti, di fornitura di prestazioni di crittografia non autorizzate, e di fornitura e importazione di mezzi di crittografia non autorizzati.

Il ricorso al sistema Sky-Ecc, inoltre, per le modalità di accesso, per la impenetrabilità dall'esterno, e per l'utilizzo che risulta esserne stato fatto, costituisce una concreta e specifica fonte indiziante a carico dei singoli utenti proprio con riguardo a tali reati.

Si può preliminarmente osservare che il sistema Sky-Ecc, per le garanzie di anonimato assicurate agli utenti, non è certamente compatibile con la disciplina italiana, che richiede l'identificazione degli stessi, mediante l'acquisizione di dati anagrafici riportati su un documento di identità, prima dell'attivazione anche di singole componenti di servizi di telefonia mobile (cfr. art. 98 *undetricies* d.leg. 1° agosto 2003 n. 259).

Ma, soprattutto, estremamente significative sono le circostanze esposte nelle già indicate ordinanze emesse dal giudice istruttore del Tribunale di Parigi. I provvedimenti dell'autorità giudiziaria francese, infatti, evidenziano che: a) l'acquisto del singolo dispositivo richiedeva il versamento di parecchie migliaia di euro in funzione di una utilizzazione limitata ad alcuni mesi e, quindi, lasciava presupporre la percezione di elevati «redditi conseguenti»; b) la vendita dei singoli dispositivi avveniva in condizioni di clandestinità, tali da garantire l'anonimato del venditore e dell'acquirente, anche perché effettuata dietro pagamenti in contanti, con conseguente esclusione della tracciabilità delle operazioni; c) il gestore del sistema di crittografia garantiva il massimo anonimato delle comunicazioni, in quanto precisava esplicitamente sul sito internet di non conservare alcun dato diverso da quello concernente l'apertura del rapporto e da quello della sua ultima utilizzazione; d) il sistema di crittografia era estremamente sofisticato, in quanto caratterizzato da ben quattro chiavi di cifratura, memorizzate in luoghi diversi.

Le medesime ordinanze, poi, anche facendo richiamo ad episodi specifici, rappresentano che il sistema Sky-Ecc è stato utilizzato da organizzazioni criminali operanti in Francia, in Belgio, nei Paesi Bassi e a livello internazionale, proprio in materia di traffico di sostanze stupefacenti. Espongono, ancora, che l'inserimento del captatore informatico sui server della piattaforma della società Sky-Ecc è da ritenere indispensabile perché unico mezzo per decifrare i messaggi individuali degli utilizzatori del sistema di crittografia in questione, determinare il livello di utilizzazione criminale dello stesso, identificare i dirigenti della società Sky Global che lo gestisce e conoscere i legami di costoro con le organizzazioni criminali.

18.5.2. – Le motivazioni esposte nelle ordinanze emesse dal giudice istruttore del Tribunale di Parigi escludono anche la plausibilità della prospettazione secondo cui le autorità francesi avrebbero effettuato intercettazioni generalizzate ed indiscriminate.

Dette ordinanze, infatti, come precisato nel § 18.5.1, evidenziano specifici elementi indizianti anche nei confronti dei singoli utenti del sistema Sky-Ecc in ordine al coinvolgimento dei medesimi nella commissione di gravi reati, in particolare in materia di traffico di sostanze stupefacenti. Invero, non può ritenersi abnorme il riferimento alle onerosissime condizioni economiche sostenute dai singoli utenti per fruire di un servizio caratterizzato da elevatissimi livelli di anonimato e di impenetrabilità; e questo a maggior ragione se si considera che,

sempre alla luce di quanto indicato nelle precisate ordinanze, il sistema risulta essere stato ripetutamente utilizzato da organizzazioni criminali insediate in vari Stati e dedite al traffico anche internazionale di sostanze stupefacenti. Non va trascurato, inoltre, che, come precisato dal giudice istruttore del Tribunale di Parigi, le indagini miravano anche ad individuare i dirigenti della società preposta alla gestione del sistema Sky-Ecc e a precisare il loro livello di coinvolgimento nelle attività illecite degli utenti.

18.5.3. – Deve poi escludersi che l'indisponibilità delle chiavi di cifratura necessarie per rendere le comunicazioni acquisite intelligibili costituisca una violazione dei diritti di difesa e della garanzia di un giusto processo.

Come già indicato in precedenza al § 15.5.1, la conoscibilità dell'algoritmo di criptazione attiene non all'acquisibilità o all'utilizzabilità dei dati relativi alle comunicazioni, ma alla verifica di affidabilità del loro contenuto; inoltre, la asserita alterazione dei dati è stata unicamente ipotizzata dal ricorrente, che non ha né allegato, né provato elementi utili a rendere concreta tale evenienza.

18.5.4. – Ancora, non risulta configurabile la violazione delle garanzie previste dalla direttiva 2014/41/Ue.

Invero, anche a voler ritenere che gli atti ricevuti dall'autorità giudiziaria francese siano qualificabili come risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, deve escludersi, in forza di quanto osservato in precedenza al § 15.5.2, che sia configurabile l'unica fattispecie di inutilizzabilità prevista dalla legge per il caso di captazioni disposte all'estero ed effettuate nei confronti di persone il cui «indirizzo di comunicazione» è attivato in Italia. Non può sostenersi, infatti, che, nella specie, le operazioni non sarebbero state consentite «in un caso interno analogo», perché le stesse sono state disposte in ordine a reati per i quali la legge italiana prevede la possibilità di ricorrere a tale mezzo di ricerca della prova, e, in particolare, per reati di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti e di traffico di sostanze stupefacenti.

19. – Per le ragioni precedentemente esposte, deve escludersi anche la necessità di formulare alla Corte di giustizia dell'Unione europea i quesiti prospettati dalla difesa nei ricorsi e nelle conclusioni rese in udienza.

Invero, anche ad accogliere la qualificazione giuridica prospettata dai ricorrenti, i dati ottenuti mediante o.e.i.: a) non possono in alcun modo ritenersi risultati di intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria francese in modo generalizzato ed indiscriminato, ovvero in difetto di indizi concreti nei confronti degli utenti del sistema Sky-Ecc o comunque in violazione di «diritti fondamentali» o di principi costituzionali dell'ordinamento nazionale, o in contrasto con le garanzie assicurate dall'art. 31 della direttiva 2014/41/Ue, per le ragioni indicate nei § 18.5.1, 18.5.2, 18.5.3 e 18.5.4; b) sono stati acquisiti sulla base di richieste relative a persone nominativamente indicate, tra le quali i due attuali ricorrenti, in quel momento già tutte sottoposte ad indagini in Italia per i reati di partecipazione ad associazione per delinquere finalizzata al traffico internazionale di cocaina e di acquisto, detenzione, importazione e cessione di partite di tale tipo di droga.

Di conseguenza, nella vicenda in esame, non si pongono problemi di mancato rispetto delle condizioni previste dall'art. 6, par. 1, lett. a) e b), della direttiva 2014/41/Ue, o di interpretazione ed applicazione dell'art. 31 della direttiva citata.

Deve pertanto escludersi che ricorrano ragionevoli dubbi in ordine alla interpretazione del diritto dell'Unione europea concretamente applicabile nel caso in esame, e che, quindi, sussista l'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue (cfr., in questo senso, Corte giust. 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management*, causa C-561/19, *id.*, Rep. 2021, voce *Unione europea*, n. 1059, ma già Corte giust. 6 ottobre 1982, *s.r.l. Cilfit e Lanificio di Gavardo s.p.a.*, causa 283/81, *id.*, 1983, IV, 63).

20. – Prive di specificità, e comunque manifestamente infondate, sono le censure esposte nel motivo nuovo, che contestano la violazione del diritto di difesa per l'impossibilità di accedere al sistema informatico impiegato per l'analisi delle comunica-

zioni intercorse sul sistema Sky-Ecc, anche al fine di verificare se le stesse siano state raggruppate e decrittate sulla base di trattamenti automatizzati, sottratti alla supervisione umana.

Innanzitutto, occorre evidenziare che la richiesta ha ad oggetto attività compiute in procedimenti penali pendenti all'estero o comunque dall'autorità giudiziaria estera in esecuzione dell'o.e.i., e, quindi, attività in linea generale non sindacabili dall'autorità giudiziaria italiana per le ragioni indicate nel § 10.4. In ogni caso, poi, la difesa non ha nemmeno allegato di aver presentato istanza di accesso al sistema informatico asseritamente impiegato per l'analisi delle comunicazioni intercorse sul sistema Sky-Ecc.

21. – Del tutto inammissibile, infine, è la richiesta, formulata per la prima volta in udienza, di annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata per far disporre perizia al fine di assicurare in contraddittorio gli esiti del processo di decriptazione, analisi e selezione delle conversazioni acquisite.

La richiesta, in primo luogo, non espone ragioni specificamente indicative della indispensabilità di tale atto istruttorio; e, come si è evidenziato in precedenza nei § 15.5.1 e 18.5.4, la asserita alterazione dei dati è stata unicamente ipotizzata dal ricorrente, che non ha né allegato, né provato elementi utili a rendere concreta tale evenienza. In secondo luogo, presuppone l'esame di dati non trasmessi in Italia, come le chiavi di cifratura, ed ha inoltre ad oggetto operazioni, quelle di analisi e cifratura delle comunicazioni, effettuate dall'autorità estera. In terzo luogo, non considera che il tribunale del riesame è privo di poteri istruttori in ordine ai fatti relativi all'imputazione, siccome incompatibili con la speditezza del procedimento incidentale *de libertate* (così, tra le tantissime, Cass. n. 46036 del 26 ottobre - 15 novembre 2023, V., *id.*, Rep. 2023, voce *Misure cautelari personali*, n. 108; e n. 23869 del 22 aprile 2016, P., *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 344).

22. – Alla complessiva infondatezza delle censure seguono il rigetto dei ricorsi e la condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese processuali, a norma dell'art. 616 c.p.p.

II

Cass., sez. un., 29 febbraio - 14 giugno 2024, n. 23755, Gjuzi

Ritenuto in fatto

(*Omissis*)

Considerato in diritto

1. – Le questioni di diritto sottoposte alle sezioni unite sono le seguenti:

«Se l'acquisizione di messaggi su chat di gruppo, scambiati con sistema cifrato, attraverso un ordine europeo di indagine presso un'autorità giudiziaria straniera che ne abbia eseguito la decrittazione costituisca acquisizione di documenti e di dati informatici ai sensi dell'art. 234 *bis* c.p.p. o di documenti ex art. 234 c.p.p. ovvero sia riconducibile ad altra disciplina relativa all'acquisizione di prove»;

«Se l'acquisizione di cui sopra debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei relativi dati, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte della autorità giurisdizionale nazionale».

(*Omissis*)

12. – Secondo il ricorso, gli atti acquisiti mediante o.e.i. dall'autorità giudiziaria francese, invece, pur non costituendo risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, attengono a dati concernenti il traffico, l'ubicazione, e il contenuto di comunicazioni elettroniche, e, quindi, debbono essere sottoposti alla relativa disciplina, la quale richiede, come presupposti necessari per la loro acquisizione, sia la necessità degli stessi ai fini dello svolgimento di indagini

per un reato «grave», sia la preventiva autorizzazione del giudice.

12.1. – In forza della disciplina italiana, i dati relativi al traffico telefonico o telematico possono essere acquisiti presso il fornitore, solo se: a) sussistano sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, o di altri reati specificamente indicati; b) detti dati siano «rilevanti per l'accertamento dei fatti»; c) vi sia stata precedente autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, ovvero il provvedimento del pubblico ministero adottato in caso di qualificata urgenza, sia stato convalidato con decreto motivato del giudice entro il termine massimo di novantasei ore (art. 132 d.leg. 30 giugno 2003, nel testo vigente a seguito, in particolare, delle modifiche recate dall'art. 1, comma 1, d.l. 30 settembre 2021 n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 novembre 2021 n. 178).

Questa disciplina è stata adottata per adeguare l'ordinamento italiano alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. La Corte di giustizia, infatti, con pronuncia della grande sezione, ha affermato che l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 12 luglio 2002, letto alla luce degli art. 7, 8 e 11, nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, osta ad una normativa nazionale che: a) consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica; b) renda il pubblico ministero competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale (Corte giust. 2 marzo 2021, *H.K./Prokuratuur*, causa C-746/18, *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Unione europea*, n. 1653).

La disciplina di cui all'art. 132 d.leg. n. 196 del 2003 non può reputarsi derogata da quella di cui all'art. 45 d.leg. n. 108 del 2017, la quale prevede che l'o.e.i. «al fine di ottenere i dati esterni relativi al traffico telefonico o telematico, nonché l'acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni» possa essere presentato sia dal giudice, sia dal pubblico ministero.

Invero, ritenere che il pubblico ministero abbia l'obbligo di ottenere la preventiva autorizzazione del giudice del procedimento nel quale intende utilizzare dati relativi al traffico telefonico o telematico, quando occorre richiederli ad un gestore operante in Italia, e non anche quando sia necessario richiederli ad un gestore estero, sarebbe in contrasto con la prescrizione dell'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/Ue, la quale esige che l'autorità di emissione abbia il potere di disporre «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. [...] alle stesse condizioni in un caso interno analogo». E in questo senso si è già espressa anche la giurisprudenza eurounitaria, la quale ha pure precisato che «il riconoscimento da parte dell'autorità di esecuzione di un ordine europeo di indagine, emesso per l'acquisizione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione connessi alle telecomunicazioni, non può sostituire i requisiti previsti nello stato di emissione nel caso in cui tale ordine sia stato emesso indebitamente dal pubblico ministero, quando, nell'ambito di una procedura nazionale analoga, l'adozione di un atto di indagine per l'acquisizione di dati siffatti rientra nella competenza esclusiva del giudice» (Corte giust. 16 dicembre 2021, *HP*, causa C-724/19, *ForoPlus*).

12.2. – La disciplina che richiede la preventiva autorizzazione del giudice, però, si riferisce alla acquisizione dei dati presso il gestore dei servizi telefonici e telematici, ma non anche all'utilizzazione dei dati in un procedimento penale diverso da quello in cui sono stati già acquisiti.

L'art. 132 d.leg. n. 196 del 2003, in effetti, come si evince da un esame combinato di tutte le sue disposizioni, fa riferimento ai dati relativi al traffico telefonico e al traffico telematico «conservati dal fornitore» (così testualmente il comma 1).

Né questa lettura dell'art. 132 cit. appare porsi in contrasto con il diritto eurounitario. La Corte di giustizia, infatti, come già ricordato sopra, ha dichiarato che l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 12 luglio 2002, letto alla luce degli art. 7, 8 e 11, nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, osta ad una normativa nazionale che renda il pubblico ministero competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e a i dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale (Corte giust. 2 marzo 2021, *H.K./Prokuratuur*, causa C-746/18, cit.). Quando, però, i dati in questione sono già stati acquisiti in un procedimento penale, non si pone più la questione dell'autorizzazione all'accesso di un'autorità pubblica, siccome gli stessi sono già a disposizione di un'autorità pubblica.

Di conseguenza, può concludersi che, nel sistema processuale italiano, il pubblico ministero può acquisire da altra autorità giudiziaria dati relativi al traffico o all'ubicazione, concernenti comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica, senza dover chiedere preventiva autorizzazione al giudice competente per il procedimento nel quale intende utilizzarli, in forza dei principi generali indicati in precedenza nel § 9.2, e in difetto di regole o principi di segno diverso nella specifica materia.

12.3. – Sulla base delle osservazioni precedentemente compiute, può ritenersi che l'o.e.i. emesso dal pubblico ministero italiano avente ad oggetto l'acquisizione di dati relativi al traffico o all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, pur se manchi una preventiva autorizzazione del giudice competente per il procedimento nel quale si intende utilizzarli, soddisfa la condizione di ammissibilità di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE.

Invero, siccome il pubblico ministero italiano può disporre l'acquisizione di dati relativi al traffico o all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, già disponibili in altro procedimento penale pendente in Italia, senza necessità di preventiva autorizzazione del giudice competente per il procedimento nel quale intende utilizzarli, deve ritenersi che un o.e.i. formulato dal pubblico ministero italiano nel quale si chiede, senza preventiva autorizzazione del giudice nazionale, la trasmissione di dati della medesima tipologia, già acquisiti dall'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, abbia ad oggetto atti che «avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

12.4. – Quanto indicato nei § 12.1 e 12.2, poi, è utile per l'esame del tema concernente la garanzia del rispetto dei «diritti fondamentali».

In particolare, può ritenersi, anche in ragione della specifica elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, che l'originaria acquisizione presso il gestore dei servizi telefonici e telematici dei dati relativi al traffico o all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, deve essere stata preventivamente autorizzata da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente non coinvolta nelle indagini e in posizione di terzietà rispetto all'esito del procedimento (Corte giust. 2 marzo 2021, *H.K./Prokuratuur*, causa C-746/18, cit.; cfr., nello stesso senso, Corte giust. 5 aprile 2022, *Commissioner of An Garda Síochána*, causa C-140/20, *Foro it.*, Rep. 2022, voce cit., n. 1171, § 107, 108, 109 e 110, nonché Corte giust. 16 dicembre 2021, *HP*, causa C-724/19, cit., § 42).

Non risulta invece costituire violazione di «diritti fondamentali» l'acquisizione dei dati in questione da parte del pubblico ministero senza previa autorizzazione del giudice competente per il procedimento nel quale si intende utilizzarli, quando gli stessi siano già stati acquisiti in altro procedimento previa autorizzazione di un giudice. Invero, come si è detto in precedenza al § 12.2, in questo caso l'accesso ai dati relativi al traffico

e all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, da parte dell'autorità statale istituzionalmente preposta a dirigere le indagini, è già avvenuto in forza del preventivo controllo di un giudice a tutela dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone interessate. Sembra significativo osservare, in proposito, che la Corte di giustizia, quando si è occupata dell'uso successivo a fini amministrativi di dati relativi al traffico e all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, già acquisiti ai fini della lotta alla criminalità grave, non ha segnalato il difetto di preventiva autorizzazione del giudice come profilo di criticità, sebbene, nella vicenda da essa esaminata, la trasmissione dei dati fosse rimessa alle esclusive determinazioni del pubblico ministero (cfr., per queste indicazioni, Corte giust. 7 settembre 2023, *A.G.*, causa C-162/22, *ForoPlus*, § 11, 13 e 15).

Neppure l'accesso ad un'ampia mole di dati relativi al traffico e all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, integra, di per sé, violazione di «diritti fondamentali». In proposito, la giurisprudenza della Corte di giustizia non pone limiti quantitativi, ma, diversamente, richiede «criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati in questione», ed indica, come accessibili, «i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere» (così Corte giust. 2 marzo 2021, *H.K./Prokuratuur*, causa C-746/18, cit., § 50; e 5 aprile 2022, *Commissioner of An Garda Síochána*, causa C-140/20, cit., § 105).

Anche l'impossibilità, per la difesa, di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per «criptare» il contenuto delle stesse non determina, almeno in linea di principio, una violazione di «diritti fondamentali». Ed infatti, se è vero che la disponibilità dell'algoritmo di crittazione è funzionale al controllo dell'affidabilità del contenuto delle comunicazioni acquisite al procedimento, deve però osservarsi, in linea con quanto evidenziato da numerose decisioni, che il pericolo di alterazione dei dati non sussiste, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, per cui una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo, anche solo parzialmente (cfr., tra le tante, Cass. n. 46833 del 26 ottobre - 21 novembre 2023, Bruzzaniti, non massimata sul punto, *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Prova penale*, n. 52; n. 48838 dell'11 ottobre - 7 dicembre 2023, Brunello, non massimata sul punto, *ibid.*, n. 56; n. 16347 del 5-18 aprile 2023, Papalia, non massimata sul punto, *ibid.*, n. 69; n. 6364 del 13 ottobre 2022, dep. 2023, Calderon, non massimata sul punto, *ForoPlus*). D'altra parte, la giurisprudenza sovranazionale non risulta aver affermato che l'indisponibilità dell'algoritmo di decrittazione agli atti del processo costituisce, di per sé, violazione dei «diritti fondamentali». In proposito, anzi, la Corte Edu, pronunciandosi in relazione ad una vicenda in cui i dati acquisiti non erano stati messi a disposizione della difesa e la pronuncia di colpevolezza era stata fondata sul mero fatto dell'uso di un sistema di messaggistica criptata denominato ByLock, si è limitata ad affermare che dare al ricorrente l'opportunità di prendere conoscenza del materiale decrittato nei suoi confronti poteva costituire un passo importante per preservare i suoi diritti di difesa senza avere, al contempo, affermato che tale mancata messa a disposizione integrasse un *vulnus* dei diritti fondamentali (Corte eur. diritti dell'uomo 26 settembre 2023, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, § 336; il testo originale è il seguente: «The Court is accordingly of the view that giving the applicant the opportunity to acquaint himself with the decrypted ByLock material in his regard would have constituted an important step in preserving his defence rights»).

In ogni caso, poi, resta fermo che l'onere dell'allegazione e della prova dei fatti da cui desumere la violazione dei «diritti fondamentali» grava sulla parte interessata, per le ragioni indicate in precedenza nel § 7.6.

13. – In considerazione delle argomentazioni fin qui esposte, vanno affermati i seguenti principi di diritto:

«La trasmissione, richiesta con ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234 *bis* c.p.p., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, bensì nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli art. 238 e 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.».

«In materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite dal pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle».

«L'emissione, da parte del pubblico ministero, di ordine europeo di indagine diretto ad ottenere il contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria a norma dell'art. 6 della direttiva 2014/41/UE, perché tale autorizzazione, nella disciplina nazionale relativa alla circolazione delle prove, non è richiesta per conseguire la disponibilità del contenuto di comunicazioni già acquisite in altro procedimento».

«La disciplina di cui all'art. 132 d.leg. n. 196 del 2003, relativa all'acquisizione dei dati concernenti il traffico di comunicazioni elettroniche e l'ubicazione dei dispositivi utilizzati, si applica alle richieste rivolte ai fornitori del servizio, ma non anche a quelle dirette ad altra autorità giudiziaria che già detenga tali dati, sicché, in questo caso, il pubblico ministero può legittimamente accedere agli stessi senza chiedere preventiva autorizzazione al giudice davanti al quale intende utilizzarli».

«L'utilizzabilità del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, e trasmesse sulla base di ordine europeo di indagine, deve essere esclusa se il giudice italiano rileva che il loro impiego determinerebbe una violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata».

«L'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente».

14. – Sulla base dei principi di diritto enunciati, è possibile esaminare l'oggetto del ricorso rimesso all'esame delle sezioni unite.

(*Omissis*)

15.4. – Non può neppure dirsi che, nel presente procedimento, sia stata accertata la violazione dei diritti fondamentali, così come sostenuto nel ricorso.

Innanzitutto, non è nemmeno allegato che i dati trasmessi dall'autorità giudiziaria francese siano stati acquisiti nel procedimento penale pendente davanti ad essa in difetto di un provvedimento autorizzativo di un giudice.

In secondo luogo, l'ordinanza impugnata rappresenta che l'acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni intercorse attraverso il sistema criptato Sky-Ecc è stata effettuata dall'autorità giudiziaria estera in relazione ad indagini concernenti, in particolare, il narcotraffico (cfr., specificamente, pag. 33 dell'ordinanza impugnata); e i fatti per i quali la stessa è stata adottata si riferiscono proprio al narcotraffico e ad un'associazione a tal fine costituita.

In terzo luogo, l'affermazione difensiva secondo cui l'autorità estera avrebbe effettuato attività di captazione e di ap-

preensione dei dati in modo generalizzato ed indifferenziato è meramente assertiva ed aspecifica e, in quanto tale, inidonea a soddisfare gli oneri di allegazione e di prova dei fatti dai quali inferire che l'accesso a tali dati da parte dell'autorità giudiziaria francese sia avvenuto in modo arbitrario, o in radicale difetto dei presupposti necessari.

In quarto luogo, le modalità di consegna dei file relativi alle comunicazioni, siccome trasfusi in una consulenza tecnica avente ad oggetto la loro decrittazione, e l'indisponibilità delle chiavi di cifratura necessarie per renderle intelligibili non sono circostanze relative all'acquisibilità o all'utilizzabilità di tale tipologia di elementi, ma attengono alla verifica di affidabilità di questi ultimi e del loro contenuto. Come già indicato in precedenza al § 12.4, la asserita alterazione dei dati è stata unicamente ipotizzata dal ricorrente, che non ha né allegato, né provato elementi utili a rendere concreta tale evenienza.

(*Omissis*)

17. – Diverse da quelle consentite in sede di legittimità sono le censure esposte nel terzo motivo, che contestano l'affermazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine alla partecipazione dell'attuale ricorrente all'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti diretta da Marsel Hajri e da Gerti Hajri, deducendo l'equivocità degli elementi valorizzati a tal fine.

17.1. – L'ordinanza impugnata ricostruisce l'esistenza dell'associazione per delinquere di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309 del 1990 indicando l'organigramma del gruppo, i quantitativi di sostanze stupefacenti trattati, e diversi reati-fine.

Il tribunale, in particolare, rappresenta che il vertice dell'illecito sodalizio è costituito dai fratelli Marsel Hajri e Gerti Hajri, il primo operante in Italia ed il secondo in Albania, i quali si occuperebbero di sovraintendere al reperimento di eroina, cocaina, hashish e marijuana in Albania, al trasporto di tali sostanze in Italia ed al rifornimento degli organizzatori delle singole piazze di spaccio, attive, in particolare, ad Altamura, San Cataldo di Lecce e Frigole.

Segnala, poi, che il gruppo si avvarrebbe del contributo di più persone, tra le quali sono indicati Anxhela Balla ed Ervis Balla, rispettivamente sorella e cognato dei fratelli Hajri, addetti alla riscossione dei corrispettivi delle vendite, alla contabilità e ai rapporti con gli organizzatori delle piazze di spaccio, nonché Myrteza Balliu e Kleidi Musaku, quali corrieri e "chimici". Precisa che Kleidi Musaku, in occasione delle perquisizioni e dei sequestri del 30 marzo 2023, è risultato disporre di ingenti quantitativi di eroina e di marijuana e di un "laboratorio", in cui vi erano, tra l'altro, bilancine di precisione, attrezzi da taglio, una maschera con filtri e un motore di maceratore/frullatore industriale.

Espone, ancora, che, sulla base di quanto emerge dalle comunicazioni intercorse attraverso il sistema criptato Sky-Ecc, il gruppo criminale, nel solo periodo compreso tra il 12 dicembre 2019 e l'8 marzo 2021, avrebbe trattato 526,5 kg di droga, cedendone 142,5 kg a terzi e praticando prezzi pari a 44.250 euro al kg per la cocaina, a 20.000 euro al kg per l'eroina e 3.575 euro al kg per marijuana e hashish.

Evidenzia, altresì, che l'organizzazione illecita si servirebbe, come base operativa per lo svolgimento di riunioni, per il riciclaggio di denaro e per il deposito della droga, dell'azienda agricola dell'attuale ricorrente Ermal Gjuzi.

17.2. – L'ordinanza impugnata afferma, sulla base di specifici elementi, che sussistono gravi indizi di colpevolezza nei confronti di Ermal Gjuzi quale partecipe dell'associazione finalizzata al narcotraffico di cui si è appena detto, sulla base anche della messa a disposizione della sua azienda agricola per le riunioni del gruppo criminale e per la custodia dello stupefacente. In tal modo, avrebbe assicurato una "copertura" ad esponenti del sodalizio, assumendoli come braccianti agricoli, e sarebbe concorso nel reimpiego dei proventi dei traffici illeciti dell'organizzazione.

A tal fine, innanzitutto, rappresenta che Ermal Gjuzi, in data 19 giugno 2020, ha consegnato la somma in contanti di 150.000 euro ad un agente sotto copertura, in funzione dell'ac-

quisto di una partita di cocaina proveniente dal Sud America, ottenendo, quale ricevuta della consegna, una banconota di 5 euro. Segnala che questa condotta è significativa sia perché, lo stesso giorno, i fratelli Hajri, mediante comunicazioni intercorse attraverso il sistema criptato Sky-Ecc, si sono scambiati diverse fotografie di denaro impacchettato in quindici mazzette da 10.000 euro ciascuna, nonché del numero seriale della banconota da 5 euro utilizzata come ricevuta, sia perché, per quanto emerso dall'attività di osservazione svolta dalla polizia giudiziaria, Marsel Hajri, nei giorni precedenti, aveva incassato somme di denaro riconducibili all'attività di spaccio.

L'ordinanza impugnata, poi, segnala che Ermal Gjuzi ha assunto come braccianti agricoli presso la sua azienda agricola sia Marsel Hajri, capo del gruppo criminale, sia Myrteza Balliu, altro membro della consorteria, e, in data 15 marzo 2021, dopo essere stato contattato dai carabinieri della stazione territorialmente competente, è stato oggetto di una comunicazione intercorsa attraverso il sistema criptato Sky-Ecc tra i due fratelli Marsel e Gerti Hajri, i quali hanno commentato una fuga di notizia relativa allo stesso.

Il medesimo provvedimento, ancora, rileva che, mediante conversazioni intercorse attraverso il sistema criptato Sky-Ecc tra Marsel Hajri e Gerti Hajri tra il 3 ed il 12 aprile 2020, nonché tra Marsel Hajri ed Ervis Gjuzi tra il 6 e l'8 agosto 2020, sono state scambiate fotografie documentanti l'utilizzo di terreni, di teli di plastica neri e di serre di fragole riferibili all'azienda dell'attuale ricorrente Ermal Gjuzi quali luoghi e mezzi per il deposito di sostanza stupefacente.

Il Tribunale del riesame, infine, segnala che, dopo l'arresto di Kleidi Musaku, avvenuto nel tardo pomeriggio del 30 marzo 2023, all'esito di perquisizioni e sequestri che avevano fatto rinvenire nella disponibilità di costui 32 panetti di eroina per complessivi 15,30 kg, 5 kg di marijuana ed un laboratorio dotato di diversi attrezzi da taglio, Marsel Hajri, Gerti Hajri, Myrteza Balliu e l'attuale ricorrente Ermal Gjuzi, in piena notte, si sono recati nei terreni dove erano installate le serre di fragole dell'azienda di quest'ultimo. Precisa che la riunione deve ritenersi avere avuto un oggetto illecito, per la sua stretta consequenzialità con l'arresto di Kleidi Musaku, e che la giustificazione fornita dagli indagati in proposito, ossia la riparazione della recinzione danneggiata dai cinghiali, non è stata supportata da alcun elemento di riscontro. L'ordinanza impugnata evidenzia, altresì, che Kleidi Musaku è il fratello della convivente di Myrteza Balliu, e, sulla base di risultanze di intercettazioni tra presenti, in data 6 marzo 2023, avrebbe cooperato con quest'ultimo nel caricare, trasportare e consegnare al gestore di una piazza di spaccio 20 pezzi di eroina per complessivi 10 kg, e nell'incassare il relativo prezzo (cfr. pag. 112 s. dell'ordinanza impugnata).

17.3. — Ciò posto, le censure formulate nel motivo di ricorso in esame, più che denunciare vizi logico-giuridici, tendono ad ottenere una diversa valutazione delle risultanze acquisite.

I rilievi formulati, infatti, deducono che non vi sarebbero elementi idonei a dimostrare la consapevolezza di Ermal Gjuzi in ordine alla illiceità della provenienza o della destinazione del denaro consegnato all'agente sotto copertura, e neppure la riferibilità al medesimo della materiale attività di dazione della somma, ovvero che le conversazioni acquisite sono poco significative, perché non offrono certezze sulla presenza di droga nell'azienda agricola dell'attuale ricorrente, e comunque sono intercorse tra altre persone, ovvero ancora che la sua partecipazione al "sopralluogo" notturno nei terreni della ditta da lui gestita costituisce un dato neutro. In altri termini, detti rilievi non evidenziano violazioni di norme giuridiche, manifeste illogicità, contraddittorietà o lacune nell'attività di ricostruzione del quadro gravemente indiziario nell'ordinanza impugnata, e, quindi, si traducono nella mera prospettazione di una interpretazione alternativa degli elementi acquisiti, diversa da quella accolta dal tribunale del riesame, e non consentita in sede di legittimità (cfr., per l'inammissibilità delle censure che, pur investendo formalmente la motivazione dell'ordinanza del tribunale del riesame, si risolvono nella prospettazione di una

diversa valutazione di circostanze già esaminate dal giudice di merito, tra le tantissime, Cass. n. 27866 del 17 giugno 2019, M., *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure cautelari personali*, n. 229; e n. 47748 dell'11 agosto 2014, C., *id.*, Rep. 2014, voce cit., n. 356).

18. — Alla complessiva infondatezza delle censure seguono il rigetto del ricorso e la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, a norma dell'art. 616 c.p.p.

Nota di richiami

(1-6) I. — Con le sentenze in epigrafe (della n. 23755, *sub II*, si riporta la parte relativa alla massima 6 e alla esposizione dei principi di diritto, essendo i due provvedimenti conformi), le sezioni unite hanno risolto il contrasto insorto a proposito dell'individuazione dello strumento processuale "interno" da porre a parametro per l'importazione della messaggistica criptata su piattaforma Sky-ECC, acquisita mediante ordine europeo di indagine (o.e.i.) da autorità estera che ne abbia eseguito la decriptazione. Nell'esaminare le delicate questioni in tema di circolazione tramite o.e.i. delle conversazioni decodificate, la giurisprudenza di legittimità non era infatti pervenuta a conclusioni uniformi né con riguardo all'identificazione della fattispecie processuale entro cui ricondurle, né con riferimento alla necessità di una verifica giurisdizionale — preventiva o successiva — ai fini dell'emissione dell'euro-ordine di acquisizione della prova né tantomeno in relazione al regime di utilizzabilità degli esiti di tali attività investigative.

Secondo l'orientamento prevalente, le chat su sistema Sky-ECC costituiscono rappresentazioni comunicative incorporate su una base materiale con metodo digitale o, comunque, dati informatici di natura documentale conservati all'estero e acquisibili per mezzo dell'art. 234 *bis* c.p.p. (Cass. 28 marzo - 28 aprile 2023, n. 17647, A.A., *ForoPlus*; 13 ottobre 2022 - 15 febbraio 2023, n. 6364, C., *ibid.*; 19 ottobre - 24 novembre 2023, n. 47201, B., *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Prova penale*, n. 55; 30 maggio - 14 settembre 2023, n. 37503; 5-18 aprile 2023, n. 16345; 1° luglio - 15 settembre 2022, n. 34059, M.; 11 maggio - 27 giugno 2023, n. 27775, tutte in *ForoPlus*).

Qualificare le conversazioni decriptate come "dati informatici" semplifica notevolmente il regime di utilizzabilità del materiale raccolto, essendo in linea teorica sufficiente per l'impiego nei procedimenti penali italiani solo il «previo consenso del legittimo titolare».

Da siffatta impostazione si è fatto discendere che, ai fini dell'acquisizione dei dati, era ritenuto bastevole un o.e.i. emesso dal pubblico ministero senza la necessità di un controllo da parte di un organo giurisdizionale italiano né antecedente né successivo.

Tuttavia, questa ricostruzione non è né condivisa né condivisibile posto che — come osservano le sezioni unite — la disciplina tracciata dall'art. 234 *bis* c.p.p. è «alternativa e incompatibile» rispetto a quella dettata in tema di o.e.i., che il considerando 35 della direttiva 2014/41/UE qualifica come prevalente su tutti gli altri pertinenti strumenti internazionali che dovessero concorrere in materia.

Per di più, la fattispecie processuale ex art. 234 *bis* prescinde da forme di collaborazione con l'autorità giudiziaria straniera come si evince dal requisito del mero consenso del legittimo titolare.

Un secondo orientamento ha diversamente opinato che l'attività acquisitiva di messaggistica criptata debba essere inquadrata nelle disposizioni che regolano il sequestro di dati informatici ex art. 254 *bis* c.p.p.

In talune decisioni s'è pure specificato che tali operazioni soggiacciono sì alla disciplina di cui all'art. 254 *bis* c.p.p., ma solo quando riguardino comunicazioni già effettuate o comunque già acquisite dall'autorità giudiziaria estera (c.d. "dati freddi"); in caso contrario — quando, cioè, l'apprensione coinvolga messaggi ancora in transito — troveranno applicazione le norme di cui agli art. 266 ss. c.p.p. in materia di intercettazione (così Cass. 26 ottobre - 2 novembre 2023, n. 44154, I.B., *Foro it.*, Rep. 2023, voce cit., n. 46; 26 ottobre - 2 novembre 2023, n. 44155, K., *ibid.*, n. 43) o, se si tratta di "dati esterni" al traffico telefonico o tele-

matico, quella di cui all'art. 132 d.leg. 196/03 (c.d. "codice della privacy").

Da siffatto inquadramento segue che il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi deve essere sempre autorizzato da un giudice (così testualmente Cass. 2 novembre 2023, n. 44154, cit.). Di conseguenza, qualora l'euro-ordine sia illegittimo perché non preceduto dal provvedimento autorizzativo, la difesa potrà far valere i mezzi di impugnazione disponibili nello Stato di esecuzione per scongiurare il riconoscimento dell'o.e.i. o per impedire la trasmissione della prova o la sua utilizzazione. Nello specifico, se l'o.e.i. ha determinato il compimento di un'attività illegittima, la prova sarà inutilizzabile; qualora invece sia stato emesso per acquisire una prova già disponibile nello Stato di esecuzione e la questione non sia stata fatta valere con successo dinanzi agli organi di quest'ultimo, la difesa potrà solo lamentare le condizioni di ammissibilità della prova secondo l'ordinamento processuale italiano. Ciò sarebbe coerente con l'insegnamento della Consulta (Corte cost. 27 luglio 2023, n. 170, *id.*, 2023, I, 2297), che s'è pronunciata in ordine all'estensione delle garanzie previste dall'art. 15 Cost. in materia di libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

Quanto al regime di utilizzabilità del materiale probatorio raccolto, per l'orientamento appena descritto, vengono in considerazione, in quanto compatibili, i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di utilizzabilità dei risultati delle rogatorie: pertanto, vige la regola della prevalenza della *lex loci* sulla *lex fori*, in forza della quale l'atto viene eseguito secondo le norme processuali dello Stato richiesto, con l'unico limite che la prova non può essere utilizzata se la stessa sia in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (*ex multis*, Cass. 12 ottobre 2021 - 14 gennaio 2022, n. 1396, T.G., *ForoPlus*; 6 novembre 2016 - 12 gennaio 2017, n. 1405, R., *ibid.*; 22 dicembre 2016 - 17 gennaio 2017, n. 2173, C., *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Rogatoria*, n. 5).

Infine, l'ultimo indirizzo nomofilattico ritiene che il formante procedurale da esperire per l'acquisizione delle chat decriptate sia quello delineato dall'art. 234 c.p.p. in materia di prova documentale; sicché il loro trasferimento in un procedimento penale in Italia può essere disposto sulla base della sola richiesta del pubblico ministero (Cass. 26 ottobre - 21 novembre 2023, 46833, B., *id.*, Rep. 2023, voce *Prova penale*, n. 52; 11 ottobre - 7 dicembre 2023, 48838, B., *ibid.*, n. 56; 27 settembre - 17 novembre 2023, 46482, B., *ibid.*, n. 48).

II. – A fronte di tali differenti ricostruzioni, le sezioni unite hanno ritenuto di dover prendere in considerazione sia le ipotesi prospettate nei plurimi indirizzi nomofilattici, sia la tesi — offerta dalle difese — che qualifica il contenuto del materiale digitale trasmesso come "dati di traffico", soggiacente, come tale, alla disciplina di cui all'art. 132 d.leg. n. 196 del 2003.

L'archetipo normativo è stato dal Supremo consesso individuato nell'art. 78 disp. att. c.p.p. relativo all'acquisizione della «documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera»; norma, quest'ultima, ideata per la raccolta transnazionale delle prove tramite rogatoria e importata anche nel caso di criptodati. Ne consegue che le regole probatorie rilevanti ai fini dell'acquisizione in Italia delle prove già raccolte all'estero sono quelle tracciate nell'art. 238 c.p.p., cui l'art. 78 disp. att. c.p.p. rinvia; nonché, qualora si tratti di intercettazioni di comunicazioni, quelle specifiche rinvenibili nell'art. 270 c.p.p.

Venendo in rilievo l'o.e.i., la disciplina codicistica opera nello spettro delle garanzie previste dal diritto eurounitario: in particolare, il principio di proporzionalità e necessità, in forza del quale le eventuali compressioni dei diritti fondamentali originate dalle attività istruttorie siano contenute nello stretto necessario e comunque non intacchino i nuclei essenziali dei medesimi (art. 1, § 4, e 6, § 1, lett. a), della direttiva 2014/41/Ue; art. 7 d.leg. n. 108 del 2017); e il principio di equivalenza, ai sensi del quale l'atto di indagine richiesto nell'o.e.i. dovrebbe poter essere emesso «alle stesse condizioni in un caso interno analogo» (art. 6, § 1, lett. b, della direttiva 2014/41/Ue).

Dall'individuazione di tale cornice legislativa e della disciplina legislativa interna — art. 78 disp. att. c.p.p., 238 e 270 c.p.p. — discende un caposaldo dell'intero apparato motivazionale dei due *decisa*: trattandosi di prove già autonomamente raccolte dalle autorità straniere prima dell'emissione dell'o.e.i., l'equivalenza con la clausola «in un caso interno analogo» contemplata dal diritto dell'Unione va parametrata non già in rapporto alla disciplina nazionale della «formazione», quanto piuttosto a quella della «circolazione» delle prove fra procedimenti diversi. Sicché, in applicazione della clausola di equivalenza, la legittimazione a emettere l'o.e.i. è attribuita — sia ai sensi dell'art. 238 che in forza dell'art. 270 c.p.p. — al p.m. senza alcun controllo dell'organo giudicante e ciò è vero anche quando si tratti di operazioni istruttorie che a livello nazionale non potrebbero essere disposte direttamente dalla pubblica accusa ma necessiterebbero di una preventiva autorizzazione giurisdizionale; soluzione, quest'ultima, confortata anche da Corte giust. 30 aprile 2024, causa C-670/22, M.N., *ForoPlus*.

L'affermazione di diritto in forza della quale tali prove possano essere legittimamente richieste e acquisite dal pubblico ministero (in quanto autorità giudiziaria), tuttavia, non implica che l'apprensione tramite euro-ordine sia sottratta a controlli giurisdizionali, sia pure *ex post*, tesi a garantire il rispetto dei diritti fondamentali, anche nel senso indicato da Corte giust. 2 marzo 2021, causa C-746/18, H.K., in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Unione europea*, n. 1653. Ciò in linea con le letture della Corte di giustizia che non richiedono necessariamente un controllo giurisdizionale *ex ante* (Corte giust. 11 novembre 2021, causa C-852/19, *Spetsializirana prokuratura c. Ivan Gavanovov*, *ibid.*, n. 1705).

Il vaglio dell'organo giudicante è funzionale all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e, parimenti, equivale ad assicurare il diritto all'impugnazione nello Stato di emissione dell'euro-ordine sancito dall'art. 14 della direttiva 2014/41/Ue.

Nel congegno dell'o.e.i. sono infatti contemplati — ex art. 14, § 1 e 2, della direttiva — «mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo» tali da permettere, nell'ambito dello Stato richiedente, di contestare le ragioni di merito dell'emissione dell'euro-ordine. Le sezioni unite attribuiscono tale vaglio al giudice di merito o al giudice chiamato ad applicare una misura cautelare, i quali conservano integro il potere di valutare se vi siano i presupposti per ammettere e utilizzare le prove. Resta però il problema di segnare i limiti di siffatto controllo.

I parametri concreti del controllo giurisdizionale sono stabiliti dalla direttiva 2014/41/Ue. Ai fini dell'utilizzabilità nello Stato di emissione di atti acquisiti mediante o.e.i., è necessario garantire il rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, tra questi, del diritto di difesa e della garanzia di un giusto processo; ma non anche l'osservanza, da parte dello Stato di esecuzione, di tutte le disposizioni previste dall'ordinamento giuridico italiano in tema di formazione e acquisizione di tali atti, considerato che nessuna norma della direttiva e del d.leg. attuativo n. 108 del 2017 prevede la necessità di una puntuale applicazione di tutte le regole che l'ordinamento giuridico italiano fissa, in via ordinaria, per la formazione degli atti corrispondenti formati sul territorio nazionale. Questa soluzione, del resto, si iscrive nel solco di una consolidata giurisprudenza di legittimità in tema di rogatorie internazionali (v., al riguardo, Cass., sez. un., 25 febbraio - 21 aprile 2010, n. 15208, M., *id.*, 2011, II, 38, con nota di Di Fresco).

La qualificazione degli atti acquisiti tramite o.e.i. come risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni determina l'esigenza di un raccordo con la giurisprudenza della Corte Edu e con le condizioni poste dalla specifica disciplina fissata nella direttiva 2014/41/Ue. Secondo la Corte di Strasburgo, la tutela prospettata dall'art. 8 Cedu esige la previsione di disposizioni «chiare» sui presupposti richiesti per autorizzare le intercettazioni, l'adozione di un provvedimento autorizzativo da parte di un'autorità indipendente (cfr. Corte eur. diritti dell'uomo 12 gennaio 2023, *Potoczka e Adamco c. Slovacchia*, in <hudoc.echr.coe.int>; 15 gennaio 2015, *Dragojevic c. Croazia*, *ibid.*) e, qualora la mole di comunicazioni captate sia notevole, come nei casi posti all'attenzione delle sezioni unite, garanzie contro rischi di abusi e

di arbitrii nelle fasi di adozione, di esecuzione e di controllo della misura (Corte eur. diritti dell'uomo, grande camera, 25 maggio 2021, *Big Brother e altri c. Regno Unito*, *ibid.*; 25 maggio 2021, *Centrum för Rättvisa c. Svezia*, *ibid.*).

Ciò chiarito, le sezioni unite si premurano comunque di ribadire che il sistema dell'o.e.i. rimane ispirato al principio di "presunzione relativa" di conformità ai diritti fondamentali delle attività istruttorie svolte dalle autorità giudiziarie degli altri Stati dell'Unione, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 4 ottobre - 7 novembre 2023, n. 44882, B., *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Misure cautelari personali*, n. 56; 12 ottobre 2021 - 14 gennaio 2022, n. 1396, T.G., *ForoPlus*; 6 novembre 2019 - 25 giugno 2020, n. 19216, A.A., *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 36) e dagli stessi giudici di Lussemburgo (Corte giust. 11 novembre 2021, causa C-852/19, G., cit., § 54; 8 dicembre 2020, causa C-584/19, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 1593).

Se ne può ricavare che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire la violazione di diritti fondamentali grava sulla difesa, quando è questa a dedurre l'inutilizzabilità o l'invalidità di atti istruttori acquisiti dall'autorità giudiziaria italiana mediante o.e.i.

Salvo specifiche allegazioni di segno contrario, pertanto, non figura tra le violazioni dei diritti fondamentali la circostanza che la difesa non abbia accesso all'algoritmo per decifrare i messaggi criptati, dovendo escludersi il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è indiscutibilmente abbinato alla sua chiave. Anche in questo caso, si tratta di un principio di diritto consolidato (cfr. Cass. 21 novembre 2023, 46833, cit.; 7 dicembre 2023, 48838, B., cit. e, da ultimo, Corte eur. diritti dell'uomo, grande camera, 26 settembre 2023, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, in *Cass. pen.*, 2024, 690, con nota critica di D. TRIPICIONE, *Il regime di utilizzabilità della prova digitale formata all'estero ed acquisita mediante ordine europeo d'indagine*).

Con riguardo al regime di utilizzabilità, le sezioni unite sembrano poi delineare almeno altre due specifiche condizioni le quali, ancorché non figuranti nelle massime, emergono con chiarezza dall'apparato motivazionale delle due pronunce.

Anzitutto, quando vengano in gioco prove raccolte autonomamente all'estero tramite atti che, come le intercettazioni o l'acquisizione di tabulati, a livello nazionale esigerebbero l'autorizzazione preventiva di un giudice, la Corte di cassazione richiede che l'acquisizione sia stata a suo tempo autorizzata *ex ante* da un giudice nello Stato di esecuzione.

Poi, la prima delle due sentenze (c.d. sentenza Giorgi, *sub I*) aggiunge che, qualora le comunicazioni siano state autonomamente acquisite all'estero con la forma delle intercettazioni, sarebbe necessaria la loro rilevanza per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, così come previsto dall'art. 270, comma 1, c.p.p.

III. – In dottrina: L. MARAFIOTI, *Sezioni unite e tirannie tecnologiche: diritto di difesa, contraddittorio e "criptofonini"*, in <dirittodidifesa.eu>, 18 settembre 2024; M. DANIELE, *Le sentenze "gemelle" delle sezioni unite sui criptofonini. La mappa del controllo giurisdizionale quando l'o.e.i. ha ad oggetto prove già in possesso dell'autorità straniera*, in <sistemapenale.it>, 17 luglio 2024; L. FILIPPI, *Sulle chat francesi criptate le sezioni unite ammettono la prova di origine ignota*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2024, 391; G. GUAGLIARDI, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati ottenuti tramite una operazione di hacking massiva all'estero e acquisiti in Italia tramite ordine europeo di indagine. Il fine giustifica i mezzi?*, in <giurisprudenzapenale.com>, 19 giugno 2024; S. RAGAZZI - F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo, in attesa del count-down italiano*, in *Sistema penale*, 2024, fasc. 2, 204; D. TRIPICIONE, *Il regime di utilizzabilità della prova digitale formata all'estero ed acquisita tramite ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2024, 692; G. SPANGHER, *Criptofonini: sono "in gioco" i diritti fondamentali*, *ibid.*, 162; W. NOCERINO, *L'acquisizione di messaggistica su sistemi criptati: intercettazioni o prova documentale?*, *id.*, 2023, 2786; M.T. MORCELLA, *Le due mosse con cui l'autorità giudiziar*

ria francese ha "hackerato" Sky ECC, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 1377; *Id.*, *Da mihi factum, dabo tibi ius: un principio irrinunciabile, pure nell'era dei criptofonini*, in *Giur. it.*, 2023, 2191; *Id.*, *Sky ECC: la partita vera si giocherà intorno all'art. 270 c.p.p., in IUS penale*, <ius.giuffre.it>, 13 novembre 2023.

* * *

Criptofonini e indagini digitali transfrontaliere su larga scala: un difficile equilibrio tra privacy, fairness processuale ed esigenze di repressione dei reati

di VERONICA VIRGA

1. – Nell'esperire le attività istruttorie sui criptofonini, le forze di polizia francesi si sono avvalse di tecniche investigative particolarmente intrusive e articolate, tutt'ora parzialmente coperte da segreto di Stato, che hanno consentito di intercettare, acquisire e decodificare l'intera mole di comunicazioni convogliate su note piattaforme criptate come Sky-ECC ed Encrochat (ma anche Ennetcom, PGP Safe, IronChat e ANOM)⁽¹⁾.

Le operazioni hanno coinvolto chat individuali o di gruppo recanti milioni di messaggi riferibili a decine di migliaia di utenti dislocati in tutto il mondo. Per procedere alla captazione, i server e i criptofonini — nel caso Sky-ECC basati su quattro diverse chiavi di cifratura — sono stati hackerati dalle autorità di contrasto francesi, operanti in una squadra investigativa congiunta (JIT – Joint Investigation Team) con le forze di polizia olandese e belga.

Gli esiti di tali attività istruttorie sono stati poi trasmessi, ricorrendo all'ordine europeo di indagine, agli organi investigativi degli Stati membri interessati.

La raccolta di dati in così grandi dimensioni⁽²⁾ ha sollevato complessi interrogativi concernenti la tutela della privacy, la validità delle prove digitali, la compatibilità con le regole del giusto processo sotto il versante della parità delle armi e la necessità di garantire l'invulnerabilità del diritto di difesa. Per comprendere la rilevanza della questione, è sufficiente notare come le vicende sui criptofonini abbiano cagionato incidenti di costituzionalità, pronunce dei giudici interni di merito e di legittimità⁽³⁾, oltre che

(1) Per una descrizione dettagliata delle operazioni condotte in Francia, si rinvia a M. T. MORCELLA, *Le due mosse con cui l'autorità giudiziaria francese ha "hackerato" Sky ECC*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 1377; *Id.*, *Da mihi factum, dabo tibi ius: un principio irrinunciabile, pure nell'era dei criptofonini*, in *Giur. it.*, 2023, 2191. L'attenzione delle autorità di contrasto alle piattaforme criptate può essere spiegata ricorrendo a ciò che Europol definisce come "infrastruttura grigia" (v. Europol, *Rapporto IOCT4*, 2021, 18). In criminologia, il criptofonino è qualificato come "misura di sicurezza deviante" (deviant security measure): v. E.H.A. VAN DE SANDT, *The Technical Computer Security Practices of Cyber Criminals*, University of Bristol, 2019, 76 e 99.

(2) Secondo i dati forniti dalla polizia belga, nel caso Sky-ECC si sarebbe proceduto all'acquisizione di circa un miliardo di messaggi. Vedi *Cracking of encrypted messaging service dealt major blow to organised crime*, in *The Brussels Times*, 9 marzo 2021.

(3) Ne dà conto anche la *Memoria per l'udienza delle sezioni unite penali del 29 febbraio 2024* della procura generale presso la Corte di cassazione, consultabile in <sistemapenale.it>, 1° marzo 2024, 83 s.: «il Conseil constitutionnel francese, con la decisione n. 2022-987 QPC dell'8 aprile 2022, ha statuito che la disciplina francese, sulla cui base è stata disposta l'acquisizione delle chat e l'intercettazione delle comunicazioni operate nel presente procedimento, è conforme alla Costituzione francese; il Bundesgerichtshof, con la sentenza 5 StR 457/21 del 2 marzo 2022, ha ritenuto che l'intercettazione della piattaforma Encrochat, "violata" dall'autorità giudiziaria francese, fosse legittima ai sensi del diritto processuale penale tedesco; [...] la Corte suprema dei Paesi Bassi (Flage Raad), con la sentenza n. 913 del 13 giugno 2023, ha ritenuto conforme al diritto interno l'acquisizione dei dati informatici presenti sulle piattaforme criptate Encrochat e Sky-Ecc, acquisite dall'autorità giudiziaria francese».

l'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea⁽⁴⁾: dalle corti francesi a quelle italiane, passando per le giurisdizioni belga, olandese, norvegese e tedesca, i tribunali del vecchio continente, di ogni ordine e grado, si sono trovati a dover fronteggiare i dilemmi che le operazioni istruttorie basate sui criptodati hanno originato.

All'appello manca soltanto la voce della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale non s'è ancora espressa su ricorsi che riguardino specificamente le piattaforme criptate Encrochat e Sky-ECC⁽⁵⁾. Indagini come quelle condotte sui dati digitali mostrano gravi implicazioni sui diritti fondamentali e devono, quindi, essere regolate con procedure e garanzie adeguate.

L'infiltrazione francese, ancora "tutelata" da segreto di Stato, ha reso impossibile verificare l'autenticità, l'affidabilità e la legalità delle prove utilizzate a carico degli imputati, generando l'onda d'urto delle difese, che — unitesi in una open letter of concern⁽⁶⁾ — hanno avanzato l'ipotesi di chiedere al parlamento europeo l'istituzione di un comitato di inchiesta, ai sensi dell'art. 226 Tfu, per indagare sulle violazioni del diritto dell'Unione nel contesto dell'indagine Encrochat.

Una questione, dunque, di tenuta delle garanzie fondamentali e dei non trascurabili risvolti pratici, che, nel caso dell'Italia, si arricchisce anche dei più recenti moniti contenuti nell'ennesima pronuncia dell'affaire *Contrada*⁽⁷⁾; sentenza, quest'ultima, che lascia trapelare un problema sistemico nell'ordinamento giuridico italiano: la legge processuale non offre sufficienti garanzie contro gli abusi nelle intercettazioni a carico di soggetti non direttamente coinvolti in un procedimento penale. E, infatti, uno dei rischi che si cela dietro l'acquisizione di un così ragguardevole volume di "corrispondenza" — stando agli ultimi insegnamenti della Corte costituzionale⁽⁸⁾ — è quello che l'operazione si traduca in una "battuta di pesca" (c.d. fishing expedition) con valenza meramente esplorativa. Esigenze, quelle che si stagliano all'orizzonte, che si mostrano allora tanto più impellenti quando si considerino le notizie che giungono ancora dalla Francia e che riguardano note e ben più in voga app di messaggistica crittografata⁽⁹⁾.

In attesa che i giudici di Strasburgo intervengano, è possibile provare ad azzardare una previsione su quali possono essere gli standard minimi di tutela — c.d. *minimum safeguards* — richiesti a fronte di operazioni istruttorie di così grande rilevanza da realizzare esigenze di repressione dei reati e involgere direttamente

gli art. 8 e 6 Cedu, anche con l'intento di vagliare la tenuta delle soluzioni adottate dalle sezioni unite.

2. — Anzitutto, dando seguito alle doglianze mosse dalle difese, occorre domandarsi se le attività istruttorie avviate in Francia si traducano in operazioni di "bulk interception of data", cioè di raccolta massiva di dati o se, diversamente opinando, si tratti di una "captazione c.d. mirata".

La giurisprudenza della Corte Edu⁽¹⁰⁾, da tempo impegnata a tracciare i confini di tutela del diritto alla vita privata e familiare, al domicilio e alla corrispondenza, ha affrontato in più occasioni la delicata questione della captazione massiva di dati, originariamente circoscritta all'intercettazione collettiva — c.d. "sorveglianza segreta" — di telefoni fissi⁽¹¹⁾, poi progressivamente estesa ai telefoni cellulari⁽¹²⁾ e più di recente alle intercettazioni indiscriminate effettuate dai servizi di intelligence.

I giudici di Strasburgo sono giunti ad ammetterne la liceità «per indagare su alcuni reati gravi»⁽¹³⁾ a condizione, però, che vengano previste efficaci garanzie contro il rischio di abusi e di arbitrii nelle fasi di adozione della misura, della sua esecuzione e del controllo successivo.

Per saggiare se le operazioni Sky-ECC ed Encrochat, condotte nell'ambito di diversi procedimenti penali, siano qualificabili come "bulk interception of data" e valutarne l'ammissibilità anzitutto rispetto all'art. 8 Cedu, è possibile prendere a parametro di riferimento le indicazioni che i giudici convenzionali hanno fornito nelle citate *Big Brother Watch c. Regno Unito* e *Centrum för Rättvisa c. Svezia*; pronunce, queste ultime, nelle quali è stata vagliata la conformità di pratiche di sorveglianza di massa — implicanti la raccolta di dati, metadati e comunicazioni elettroniche — con le garanzie previste dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In tanto un'intercettazione può dirsi "di massa" in quanto presenti le seguenti caratteristiche: *i*) le comunicazioni riguardino un gran numero di persone, molte delle quali non sono affatto di interesse per le autorità di intelligence⁽¹⁴⁾; *ii*) la captazione massiva è generalmente diretta alle comunicazioni internazionali⁽¹⁵⁾; *iii*) in molti casi, lo scopo dichiarato dell'intercettazione massiva è quello di monitorare le comunicazioni di persone al di fuori della giurisdizione territoriale dello Stato⁽¹⁶⁾ e, infine; *iv*) l'intercettazione sembra essere utilizzata ai fini della raccolta di informazioni di intelligence estere⁽¹⁷⁾.

È opportuno sottolineare che l'intercettazione di massa compiuta dai servizi segreti è operazione diversa rispetto a quella esperita nel contesto di un procedimento penale (come nei casi più recenti di Sky-ECC ed Encrochat) con scopi di repressione. Anzitutto, diverge lo scopo della raccolta dei dati: l'intelligence solitamente esegue la captazione indiscriminata con l'intento di

(4) Vedi Corte giust. 30 aprile 2024, causa C-670/22, M.N., *ForoPlus*.

(5) Tra le pronunce più recenti in materia di messaggistica crittografata — nel caso di specie, su piattaforma denominata ByLock — si segnala Corte eur. diritti dell'uomo, grande camera, 26 settembre 2023, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, in *Cass. pen.*, 2024, 690, con nota critica di D. TRIPICIONE, *Il regime di utilizzabilità della prova digitale formata all'estero ed acquisita mediante ordine europeo d'indagine*.

(6) Vedi *Open Letter of Concern*, consultabile al sito <fairtrials.org/articles/news/encrochat-hack-fair-trials-denounces-lack-of-transparency-and-oversight>.

(7) Corte eur. diritti dell'uomo 23 maggio 2024, *Contrada c. Italia* (n. 4), in *ForoPlus*. Per una lettura in chiave incrementale dei diritti, P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area Cedu*, Torino, 2023, 290 ss.

(8) Corte cost. 27 luglio 2023, n. 170, *Foro it.*, 2023, I, 2297, con cui il giudice delle leggi ha statuito che «il concetto di "corrispondenza" ricomprende ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza». La tutela accordata dall'art. 15 Cost. «si estende, quindi, ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale» (par. 4.2 del considerato in diritto). Secondo la *Memoria per l'udienza delle sezioni unite penali del 29 febbraio 2024* della procura generale presso la Corte di cassazione, cit., 39: «[d] alle statuizioni della Corte costituzionale deriva che le chat acquisite dall'autorità giudiziaria francese debbano essere qualificate come corrispondenza».

(9) È il caso della nota app Telegram; per una ricostruzione v. *La svolta di Telegram dopo l'arresto di Durov: consegnerà alle autorità indirizzi e numeri dei presunti criminali*, in *la Repubblica*, 24 settembre 2024.

(10) Per uno screening delle innumerevoli pronunce che legano le intercettazioni all'art. 8 Cedu, S. LORUSSO, *Intercettazioni e Cedu. Un circuito a geometria variabile*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni* a cura di P. MAGGIO, Torino, 2023, 3 ss.

(11) Corte eur. diritti dell'uomo 6 settembre 1978, *Klass e al. c. Germania*, in <hudoc.echr.coe.int>.

(12) Corte eur. diritti dell'uomo 29 giugno 2006, *Weber e Saravia c. Germania*, in <hudoc.echr.coe.int>; 1° luglio 2008, *Liberty e al. c. Regno Unito*, *ibid.*; 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, *ibid.*

(13) Corte eur. diritti dell'uomo, grande camera, 25 maggio 2021, *Big Brother Watch e al. c. Regno Unito*, in <hudoc.echr.coe.int>, § 345; 25 maggio 2021, *Centrum för Rättvisa c. Svezia*, *ibid.*, § 259. In dottrina, F. ERTOLA, *Mass surveillance e diritto alla privacy*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 653.

(14) *Big Brother Watch e al.*, cit., § 326.

(15) *Big Brother Watch e al.*, cit., § 344 e 354: «bulk interception is generally directed at international communications (that is, communications physically travelling across State borders), and while the interception and even examination of communications of persons within the surveilling State might not be excluded, in many cases the stated purpose of bulk interception is to monitor the communications of persons outside the State's territorial jurisdiction, which could not be monitored by other forms of surveillance».

(16) *Big Brother Watch e al.*, cit., § 344 e 354.

(17) *Big Brother Watch e al.*, cit., § 344 e 354.

raccogliere informazioni di servizi segreti stranieri o di individuare e indagare tempestivamente su attacchi informatici, controspionaggio e atti di terrorismo⁽¹⁸⁾. Le attività in seno alla piattaforma Sky-ECC hanno invece perseguito l'obiettivo di contrastare reati di criminalità organizzata dedicata al traffico internazionale di stupefacenti.

In secondo luogo, l'intercettazione collettiva in un contesto di intelligence è generalmente diretta alle comunicazioni di persone o organizzazioni al di fuori della giurisdizione territoriale dello Stato. Nell'operazione Sky-ECC, il traffico di rete è stato intercettato attraverso l'utilizzo di uno o più trojan horses inoculati su server specifici utilizzati da Sky-ECC Global presso un unico fornitore di servizi Internet in Francia. Questa intercettazione è dunque "più mirata".

E infatti, secondo gli organi giurisdizionali di molti Stati europei, le indagini condotte sui criptofonini nei casi Sky-ECC ed Encrochat non costituirebbero un'ipotesi di «bulk interception of data». Ad esempio, il Tribunale distrettuale di Amsterdam⁽¹⁹⁾, chiamato a pronunciarsi sulla vicenda Encrochat, pur ritenendo che possa sussistere «a (potential) large infringement on privacy» — una (potenziale) grande violazione della privacy — ha statuito che non si tratti affatto di "bulk data", nel senso di raccolta indifferenziata di dati, essendo le captazioni indirizzate a un target definito di persone — gli utenti Encrochat — additate di un sospetto specifico — che la piattaforma venisse impiegata interamente o prevalentemente da partecipanti alla criminalità organizzata per compiere reati. Tuttavia, stando anche agli ultimi approdi giurisprudenziali⁽²⁰⁾, occorre prestare estrema attenzione all'automatismo in forza del quale, considerate le caratteristiche tecniche degli strumenti di messaggistica, la piattaforma criptata possa essere utilizzata «esclusivamente» da membri dell'organizzazione criminale, senza alcuna considerazione in ordine al ruolo eventualmente rivestito dall'imputato, dato che siffatta presunzione si riverserebbe direttamente sulla fairness processuale, pregiudicando l'art. 6 Cedu sotto il profilo del diritto di difesa.

Ciononostante, la motivazione *de qua* ricorre anche nelle pronunce di altri tribunali olandesi⁽²¹⁾, tra le motivazioni dei giudici di merito italiani⁽²²⁾ (condivise evidentemente anche della procura generale presso la Corte di cassazione)⁽²³⁾, in alcune sentenze della Corte suprema norvegese⁽²⁴⁾ e della Corte suprema federale tedesca⁽²⁵⁾; decisioni, queste, in cui è stata stabilita in modo definitivo la legittimità dell'uso dei dati di Encrochat e Sky-ECC nei procedimenti penali⁽²⁶⁾.

Più divergenti, invece, le opinioni in dottrina, laddove a coloro che escludono che si tratti di "bulk data"⁽²⁷⁾ si contrappongono chi, diversamente opinando, ritiene che l'intercettazione sia massiva⁽²⁸⁾.

Pur ammettendo e ipotizzando che l'apprensione e la conservazione dei dati Encrochat e Sky-ECC non costituiscano ipotesi di acquisizione indiscriminata — almeno non nel senso di Big Brother Watch e Centrum för Rättvisa — è comunque molto probabile che talune garanzie sancite con riguardo a questa tipologia di "intrusioni" possano essere estese alle indagini sui criptofonini.

Ora, è bene ricordare che le operazioni di captazione di grandi quantità di dati, in blocco o meno, si articolano in un *iter* procedurale ben preciso⁽²⁹⁾: a) l'intercettazione e la conservazione iniziale delle comunicazioni e dei dati relativi alle comunicazioni (cioè i dati di traffico appartenenti alle comunicazioni intercettate); b) l'applicazione di "selettori specifici" al materiale raccolto; c) l'analisi per estrarne informazioni rilevanti e, infine, d) la successiva conservazione dei dati e il loro impiego, che include eventualmente anche la condivisione con terzi. I giudici convenzionali ritengono che l'art. 8 Cedu proietti la sua tutela lungo ciascun segmento, sebbene l'interferenza sia progressivamente tanto più marcata quanto più avanzata è la fase in cui stazioni l'operazione.

Tra le garanzie che la Corte Edu ritiene necessarie in operazioni che involgono una grande quantità di dati spicca, senza dubbio, il controllo che un'autorità indipendente è chiamata a esercitare su ciascuna fase, in modo tale che l'ingerenza sui diritti umani possa essere limitata a ciò che è "necessario in una società democratica".

In particolare, l'organo di controllo dovrebbe valutare la necessità e la proporzionalità dell'azione intrapresa, tenendo debitamente conto del corrispondente livello di intrusione nei diritti tutelati dalla convenzione⁽³⁰⁾. Al riguardo dirimente è la presenza di «garanzie end-to-end»: al fine di ridurre al minimo il rischio di abuso, la corte considera che, a livello nazionale, deve essere effettuata una valutazione in ogni fase del processo circa la necessità e la proporzionalità delle misure adottate; che l'intercettazione di massa debba essere soggetta a autorizzazione indipendente all'inizio, quando vengono definiti l'oggetto e l'ambito dell'operazione; e che l'operazione debba essere soggetta a supervisione e revisione indipendente *ex post facto*.

Secondo la corte, queste sono salvaguardie fondamentali di qualsiasi regime di intercettazione di massa conforme all'art. 8 Cedu. È altamente probabile che, a prescindere dalla circostanza che si tratti di "bulk data" o meno, analoghe garanzie verranno richieste anche nei casi Sky-ECC ed Encrochat.

Nella prima fase — quella che potremmo definire di "raccolta" — le autorità francesi hanno ottenuto un'autorizzazione per intercettare i dati per un periodo di tempo limitato e per trasferirli ad altri Stati al fine di trovare una soluzione per decifrare il traffico di rete. Una tecnica di decriptazione, sviluppata dalle autorità olandesi (c.d. "sistema Hansken"), è stata poi condivisa con la polizia francese. Un giudice d'oltralpe ha quindi successivamente autorizzato l'intercettazione per un periodo di tempo più lungo. In sintesi, un test sulla necessità e la proporzionalità si è svolto nella fase di raccolta dell'operazione Sky-ECC.

Le attività compiute in Francia debbono essere considerate legittime sulla base del principio di fiducia reciproca: tra gli Stati membri dell'Unione non sussistono regole uguali per l'assunzione della prova; si suppone, invece, un analogo livello di protezione dei diritti individuali. Quando emette un o.e.i. diretto al trasferimento di prove esistenti, l'autorità di emissione è vincolata al principio del mutuo riconoscimento, che costituisce la "pietra angolare" su cui si fonda la cooperazione in materia pe-

(18) *Big Brother Watch e al.*, cit., § 345 e 348; *Centrum för Rättvisa c. Svezia*, cit., § 258.

(19) Corte distrettuale di Amsterdam 17 marzo 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1243, <derechtspraak.nl>.

(20) *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, cit., § 338 s.

(21) Corte distrettuale del North Holland 4 maggio 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3833, <derechtspraak.nl>; Corte distrettuale del Zee-land-West-Brabant 10 giugno 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:3104, <derechtspraak.nl>.

(22) Secondo Trib. Reggio Calabria, ord. 29 agosto 2023: «si tratta di apparecchi non intercettabili, progettati per le attività criminali e normalmente utilizzati — tenuto conto anche degli esorbitanti costi e della necessità di conoscere i nickname delle persone con cui si vuole conversare — da strutturate organizzazioni criminali».

(23) Nella *Memoria per l'udienza delle sezioni unite penali del 29 febbraio 2024*, cit., si legge che i criptofonini costituiscono «[l']attuale strumento di elezione per le comunicazioni aventi ad oggetto il traffico internazionale di stupefacenti e l'attività di terrorismo internazionale» (p. 25 s.).

(24) Corte suprema norvegese 30 giugno 2022, HR-2022-1314-A, case no. 22-027874STR-HRET, case no. 22-027879STR-HRET e case no. 22-027883STR-HRET, consultabili in <domstol.no>.

(25) Bundesgerichtshof tedesco, sent. 5 StR 457/21 del 2 marzo 2022, <bundesgerichtshof.de>. Cfr. *Encrochat-Data may be used for the Investigation of serious criminal Offences*, *ibid.*, 25 marzo 2022.

(26) V. ancora, per la Francia, Conseil constitutionnel, decisione n. 2022-987 QPC, dell'8 luglio 2022, consultabile al sito <conseil-constitutionnel.fr>; per la Germania, Bundesgerichtshof, sent. 5 StR 457/21 del 2 marzo 2022, cit.; per i Paesi Bassi, Hoge Raad, sent. 913 del 13 giugno 2023, consultabile al sito <uitspraken.rechtspraak.nl>.

(27) V., per esempio, nella dottrina internazionale, G. SAGITTA, *On the lawfulness of the Encrochat and Sky ECC-operations*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2023, 14(3), 280.

(28) Cfr. L. MASSARI, *Il diritto di difesa, questo sconosciuto: il caso dei criptofonini e degli ordini europei di indagine*, in <dirittodidifesa.eu>, 11 settembre 2024.

(29) *Big Brother Watch e al.*, cit., par. 325.

(30) *Big Brother Watch and others*, par. 356.

nale nell'Unione europea. Poiché i dati di Encrochat e Sky-ECC sono stati intercettati dalle autorità francesi nell'ambito di un'indagine condotta sulla base del loro codice di procedura penale, il ricorso al principio della mutual trust implica che gli organi giurisdizionali chiamati a valutare gli esiti delle attività istruttorie condotte in Francia, debbono ritenere affidabili e legittime le intercettazioni dei dati.

Le prove ottenute attraverso una violazione del diritto alla privacy non costituiscono necessariamente una violazione del diritto a un giusto processo⁽³¹⁾, sebbene — secondo l'insegnamento della Corte di giustizia dell'Ue⁽³²⁾ — il principio di effettività impone al giudice nazionale «di non tenere conto degli elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati», nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di persone sospettate di avere commesso atti di criminalità, qualora queste «non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e possono influenzare in maniera preponderante la valutazione dei fatti»⁽³³⁾.

La circostanza che la prima delle quattro fasi, quella di raccolta, sia stata assistita dalle garanzie procedurali necessarie assicura la legittimità delle attività istruttorie francesi sul versante dell'art. 8 Cedu. Resta, quindi, da determinare se le operazioni compiute — tanto in Francia, quanto in Italia dopo la traslazione dei dati e ancora coperte da segreto di Stato — siano state condotte in maniera tale da rispettare i diritti sanciti, nell'alveo del giusto processo, dall'art. 6 Cedu. Fatta salva la necessità del relativo bilanciamento con interessi quali la sicurezza nazionale o la segretezza dei metodi di indagine della polizia, infatti, occorre verificare se gli atti istruttori richiesti siano stati acquisiti nel rispetto delle garanzie procedurali che, anche alla luce del diritto interno (art. 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p.), obbligano a mettere la difesa nelle condizioni di conoscere le modalità di acquisizione delle comunicazioni scambiate mediante il sistema Sky-ECC, per verificare la corrispondenza dei testi acquisiti in originale e dei testi decodificati, nonché la coincidenza delle utenze dei soggetti identificati come mittenti e destinatari.

3. – Le vicende investigative sulle piattaforme criptate investono quindi direttamente la fairness del processo, anzitutto sotto il profilo della “parità delle armi” tra accusa e difesa, nel cui contesto è possibile vagliare tre diversi aspetti: la trasparenza, l'affidabilità delle prove e l'accesso ai “set” di dati.

Per ciò che concerne la trasparenza, nell'ambito dell'operazione Sky-ECC, si rileva una persistente lacuna informativa relativa alla condivisione dei dati tra l'accusa e la difesa; carenza, quest'ultima, alimentata proprio dal ricorso argomentativo a quel principio di mutual trust tra gli Stati membri che non sembra però porre al riparo da tutti i pregiudizi concreti relativi alle garanzie procedurali.

Le autorità giudiziarie di diversi paesi, tra cui Italia, Paesi Bassi e Belgio, hanno infatti rilevato una certa reticenza nel fornire alle difese il *corpus* informativo richiesto.

In particolare, la Corte di cassazione, in una delle pronunce più garantistiche⁽³⁴⁾, ha sollevato dubbi sulle modalità di intercettazione dei messaggi criptati, richiedendo una maggiore chiarezza procedurale e sottolineando come «il principio del contraddittorio implichi che la dialettica procedimentale non si espli soltanto

relativamente al vaglio del materiale acquisito ma si estenda alle modalità di acquisizione del predetto materiale».

Nei Paesi Bassi⁽³⁵⁾, sebbene i tribunali abbiano sollecitato una migliore divulgazione dei dettagli investigativi, è emerso un ritardo nella comunicazione delle informazioni relative allo sviluppo degli strumenti di decrittazione.

In Belgio, l'accesso a dettagli cruciali, quali le metodologie di decrittazione iniziali, risulta limitato: l'analisi dei dati intercettati, condotta mediante sofisticate tecniche di intelligenza artificiale e machine learning, è stata oggetto di un'informatica pubblica piuttosto generica, limitandosi a indicare l'utilizzo di algoritmi per filtrare contenuti criminali e analizzare comunicazioni in diverse lingue⁽³⁶⁾.

Pertanto, sebbene la fase di raccolta dei dati nell'operazione Sky-ECC abbia goduto di un certo grado di controllo da parte di un'autorità indipendente, la successiva fase di analisi presenta significative zone d'ombra. In tale specifico segmento occorre valutare se le autorità di polizia abbiano seguito procedure adeguate a selezionare, esaminare e utilizzare il materiale intercettato; se abbiano limiti chiari sulla durata dell'intercettazione, sulle circostanze in cui tale materiale deve essere cancellato e distrutto e se dispongano di procedure adeguate a una successiva revisione indipendente ed efficace. Un'asimmetria nell'accesso alle informazioni da parte dell'accusato rischia di compromettere il principio del contraddittorio, riverberandosi sul diritto di difesa e inficiando la valutazione della prova da parte dei giudici.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, anche in questo caso, ha elaborato specifici standard per garantire un giusto processo in presenza di tali dataset. La disclosure di set di grandi dimensioni di dati potrebbe determinare, infatti, una violazione degli obblighi positivi alla protezione dei diritti fondamentali al rispetto della vita (art. 2 Cedu), dell'integrità fisica (art. 3 Cedu) e della privacy (art. 8 Cedu).

Le autorità inquirenti, al fine di analizzare i dati grezzi (“raw data”), procedono a una filtrazione selettiva, creando set di dati intermedi sempre più specifici. Si passa dunque da un set iniziale, comprensivo di tutte le informazioni acquisite, a uno focalizzato sui dati rilevanti per le indagini in corso, sino ad arrivare a quello contenente le informazioni pertinenti a un singolo individuo⁽³⁷⁾. La questione cruciale riguarda la divulgazione dei dataset alla difesa.

Mentre il dataset più specifico, direttamente pertinente al caso, dovrebbe essere integralmente trasmesso, la divulgazione dei set “madre” e “intermedio” è spesso oggetto di controversie.

Per quanto riguarda il set di raw data, non esiste alcun obbligo di divulgare tutte le informazioni⁽³⁸⁾. Quando il set di dati grezzo viene filtrato attraverso specifici termini per creare un set di dati secondario, potrebbe essere utile includere la difesa⁽³⁹⁾. La Corte Edu non ritiene necessario che la difesa possa utilizzare da sola il motore di ricerca o qualsiasi programma software analitico: può anche fornire alle autorità di polizia i termini di ricerca. In questo senso, una specifica richiesta di filtrare il set di dati grezzi utilizzando termini di ricerca specifici è anche una salvaguardia contro eventuali battute di pesca⁽⁴⁰⁾.

Queste garanzie procedurali debbono essere lette in uno con le ultimissime indicazioni promananti dalla grande camera della Corte Edu, la quale — pronunciandosi per la prima volta in tema di prova digitale costituita dalla messaggistica scambiata attraverso l'applicazione denominata “Bylock” — ha affermato rilevanti principi in tema di giusto processo, con particolare riferimento al bilanciamento che può rendersi necessario tra il diritto della difesa alla e-discovery di tutte le prove e le esigenze investigati-

(31) Corte eur. diritti dell'uomo 31 ottobre 2017, *Dragos Ioan Rusu c. Romania*, in <hudoc.echr.coe.int>, § 50.

(32) Corte giust. 6 ottobre 2020, causa C-511/18, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 1581.

(33) Corte giust. 6 ottobre 2020, causa C-511/18, cit., § 227.

(34) Cass. 15 luglio - 7 settembre 2022, n. 32915, *ForoPlus*, secondo cui ciò comporta imprescindibilmente «la possibilità di conoscere le modalità di svolgimento dell'attività investigativa svolta e il procedimento di acquisizione di tale messaggistica, onde consentire la piena esplicazione del diritto di difesa, attraverso l'instaurazione di una proficua dialettica procedimentale in ordine ad ogni profilo di ritualità, rilevanza, attendibilità e valenza dimostrativa che possa venire in rilievo, nell'ottica dell'imputazione. Ciò che nel caso in esame non è stato consentito ai difensori».

(35) V., per esempio, Corte di Gelderland 20 dicembre 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7425, <derechtspraak.nl>.

(36) V. la dichiarazione del ministro della giustizia belga, *1 jaar SKY ECC: Een ongezien succes in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit*, in <teamjustitie.be>, 9 marzo 2022.

(37) Cfr. Corte eur. diritti dell'uomo 4 giugno 2019, *Sigurður Einarsson e al. c. Islanda*, in <hudoc.echr.coe.int>, § 90 ss.

(38) *Sigurður Einarsson e al. c. Islanda*, cit., § 90.

(39) *Ibid.*

(40) *Ibid.*

ve correlate alla protezione della sicurezza nazionale o dei diritti fondamentali.

I giudici convenzionali hanno statuito che la condanna dell'imputato è viziata da una inaccettabile violazione del principio del contraddittorio allorché l'acquisizione di prove digitali avvenga senza il rispetto delle garanzie procedurali previste dalla legge interna. La corte ha ribadito che, sebbene il diritto alla conoscenza delle prove non sia assoluto e possa subire limitazioni in nome di interessi superiori quali, ad esempio, la sicurezza nazionale, tali restrizioni devono essere circoscritte e giustificate da garanzie procedurali adeguate⁽⁴¹⁾. I giudici di Strasburgo hanno altresì affermato che le caratteristiche delle prove digitali non possono giustificare una deroga ai principi fondamentali del processo penale. Anzi, la natura intrinseca di tali prove e il peculiare iter di formazione (raccolta, conservazione, analisi dei dati e condivisione) rendono ancora più urgente l'esigenza di un rigoroso controllo giurisdizionale su ogni fase della loro acquisizione e valutazione⁽⁴²⁾.

Ne deriva che, in quella pronuncia, la Corte Edu ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6, § 1, Cedu non in relazione alla "qualità" delle prove elettroniche utilizzate nei confronti del ricorrente, ma avendo riguardo proprio alla violazione del principio del contraddittorio. Tale lesione è stata riscontrata sotto un duplice profilo: 1) la mancata adozione di adeguate garanzie procedurali volte a consentire al ricorrente di contestare in modo efficace le prove elettroniche prodotte nei suoi confronti, consistite nei soli rapporti ByLock e non anche nei dati "grezzi" relativi al contenuto delle conversazioni intercorse attraverso tale servizio di messaggistica; e 2) l'omesso esame delle richieste e delle censure del ricorrente in merito alla integrità e al valore probatorio dei dati elettronici trasmessi.

In particolare, si è posto l'accento sul diniego di accesso ai dati "grezzi" che, a giudizio della Corte Edu, non è stato controbalanciato da adeguate garanzie procedurali. Si è, infatti, constatato che nei procedimenti interni non era rinvenibile alcun provvedimento che esaminasse la richiesta di accesso del ricorrente e indicasse le ragioni del rigetto della richiesta, cosicché ciò ha, di fatto, impedito a quest'ultimo di presentare controdeduzioni, di contestare la fondatezza di tali ragioni e garantire l'esercizio dei diritti della difesa.

4. – Tirando le fila del ragionamento, le due sentenze delle sezioni unite — affrontate con atteggiamento che parte della dottrina ha definito «pilatesco»⁽⁴³⁾ — lasciano aperti molteplici interrogativi in ordine alla mancata conoscenza dei contenuti digitali, alla conseguente impossibilità delle difese di contrastarne gli esiti nonché da ultimo in relazione alla sufficienza del controllo giurisdizionale *ex post* rispetto ai gravi vulnera arrecati alla difesa.

L'assunzione a parametro "d'importazione" dell'art. 270 c.p.p., stando a quanto stabilito dai commi 2 e 3 della disposizione, dovrebbe garantire anche nella vicenda *ad quem* l'accesso diretto alla fonte di prova; accesso diretto che è stato reputato dalla Corte costituzionale⁽⁴⁴⁾ presupposto indefettibile per valutare la genuinità della prova e per verificare l'effettiva valenza dimostrativa degli elementi probatori. Ove il dato grezzo — che dovrebbe essere depositato unitamente a tutti i metadati — sia criptato, sarebbe necessario mettere a disposizione delle parti e

del giudice la chiave per decifrarlo. Nella medesima direzione si muove peraltro l'art. 14, par. 7, della direttiva sull'ordine europeo di indagine, che nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia⁽⁴⁵⁾ impone di espungere dal procedimento informazioni ed elementi di prova idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti se l'imputato non sia in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni.

L'approdo dei giudici di Lussemburgo parrebbe andare ben oltre le conseguenze della nullità a regime intermedio argomentabile dalla disciplina dell'intercettazione in caso di violazione delle disposizioni procedurali, per giungere sino ad affermare una vera e propria regola generale di inutilizzabilità patologica⁽⁴⁶⁾. Secondo il costrutto delle sezioni unite, invece, l'asserita infallibilità dell'algoritmo — cui segue una fideistica presunzione di integrità dei dati trasmessi dall'autorità straniera — renderebbe del tutto superflua ogni garanzia difensiva di accesso, minando in radice il diritto di difesa.

L'impiego crossborder della prova allogena digitale acquisita su larga scala con mezzi tecnologici invasivi e decriptata fuori dal contraddittorio⁽⁴⁷⁾ è elemento conoscitivo a tal punto seduttivo da divenire centro di gravità fagocitante le garanzie processuali: presunzioni di legittimità, di integrità, di genuinità e di affidabilità — disinvoltamente affermate dalle sezioni unite — evocano il sospetto, più che giustificato, che difficilmente le soluzioni delle sentenze in rassegna, sotto il versante del diritto di difesa e della parità delle armi, resisterebbero al giudizio incisivo della Corte europea dei diritti dell'uomo.

(45) Corte giust. 30 aprile 2024, causa C-670/22, *M.N.*, in *ForoPlus*.

(46) In materia di intercettazioni, sull'inutilizzabilità, L. GIORDANO, *Inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni: diritti difensivi e prassi giurisprudenziali*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni* a cura di P. MAGGIO, cit., 359 ss.

(47) Gli stessi problemi, invero, si rinvenivano già nel caso di intercettazioni telefoniche, eseguite mediante la tecnica dell'instradamento, di chat pin-to-pinscambiate su sistema BlackBerry. Si rinvia, al riguardo, a V. VIRGA, *Lost in translation: le intercettazioni per instradamento di chat crittografate*, in *Processo penale e giustizia*, 2023, 1142 ss. Sulle patologie e sui nuovi approdi applicativi, A. GAITO, *Comunicazioni criptate ed esigenze difensive (da BlackBerry a Sky-ECC)*, in *Arch. pen.*, 2024, 1.

(41) Corte eur. diritti dell'uomo, grande camera, 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis c. Regno unito*, in <hudoc.echr.coe.int>, § 308.

(42) *Yüksel Yalçınkaya c. Turchia*, cit., nella quale la corte, pur ribadendo che non rientra nell'ambito della propria cognizione il sindacato sull'ammissibilità del mezzo di prova, ha affermato che qualora la raccolta o il trattamento di dati elettronici non siano soggetti «a previa autorizzazione o supervisione indipendente, o a un controllo giurisdizionale *post factum*, o quando non sono accompagnati da altre garanzie procedurali o corroborati da altre prove», è più probabile che l'affidabilità di tali prove sia posta in discussione.

(43) L. MARAFIOTI, *Sezioni unite e tirannie tecnologiche: diritto di difesa, contraddittorio e "criptofonini"*, in <dirittodidifesa.eu>, 18 settembre 2024, 7.

(44) Corte cost. 10 ottobre 2008, n. 336, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 31.

(G.U. 23 marzo 1996, n. 70), dove si evidenziavano i disagi che il mutamento dei toponimi esistenti può arrecare ai cittadini per l'aggiornamento dei documenti in loro possesso, nonché l'aggravio di lavoro a carico dei servizi comunali, invitando i comuni a procedervi solo in base a effettive necessità.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO; provvedimento 5 marzo 2024, n. 31124; Pres. RUSTICHELLI, Rel. IOSSA; TikTok Technology Ltd e altri.

Concorrenza (disciplina della) — Social network — Obbligo di vigilanza sui contenuti pubblicati da terzi — Pratiche commerciali scorrette — Fattispecie (D.leg. 6 settembre 2005 n. 206, codice del consumo, a norma dell'art. 7 l. 29 luglio 2003 n. 229, art. 20, 21, 25).

Posto che a carico del social network TikTok è dato configurare l'obbligo di vigilanza sui contenuti ospitati sulla piattaforma, in virtù del ruolo attivo esercitato dal prestatore del servizio nella selezione dei contenuti audiovisivi (da proporre a ciascun utente mediante un sistema di raccomandazione personalizzato, fondato su una profilazione algoritmica), la modalità di selezione non vigilata dei contenuti integra gli estremi di pratiche commerciali scorrette (nella specie, le violazioni si sostanziano: a) nell'inadeguatezza delle misure di controllo e vigilanza adottate da TikTok sui contenuti generati dagli utenti, con particolare riguardo alla tutela dei soggetti vulnerabili; b) nell'inosservanza degli obblighi di diligente applicazione delle linee guida della piattaforma, previamente comunicate agli utenti; c) nella diffusione di contenuti potenzialmente lesivi della sicurezza psico-fisica dei minori; d) nell'indebito condizionamento degli utenti mediante la reiterata proposizione di contenuti che sfruttano la vulnerabilità di determinati gruppi di consumatori). (1)

(Omissis)

V. Valutazioni

52. — Il presente procedimento si inserisce in un contesto di crescente attenzione verso il fenomeno dei social media che genera l'esigenza di garantire un elevato livello di protezione nell'ambiente digitale, specie per i minori e i soggetti vulnerabili. In questo senso, la recente «risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2023 sulla progettazione di servizi online che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell'Ue» [[europa.eu/doi/2023-0459_IT.html](https://eur-lex.europa.eu/doi/2023-0459_IT.html)] (di seguito anche risoluzione) considera che molti servizi digitali progettano i propri sistemi per sfruttare la vulnerabilità degli utenti al fine di catturare la loro attenzione e aumentare la quantità di tempo che trascorrono sulle piattaforme [considerando A; «la citata risoluzione conclude pertanto che il Parlamento europeo è «allarmato dal fatto che alcune piattaforme... sfruttino le vulnerabilità psicologiche al fine di progettare, per interessi commerciali, interfacce digitali che massimizzano la frequenza e la durata delle visite degli utenti, in modo da prolungare l'uso dei servizi online e creare un coinvolgimento con la piattaforma [e] sottolinea che la progettazione che crea dipendenza può causare danni alla salute fisica e psicologica, nonché danni materiali ai consumatori» (punto 3)»], e che «alcuni servizi, prodotti o funzioni che potenzialmente non hanno alcun effetto sugli adulti possono invece essere estremamente rischiosi e dannosi per i minori e creare dipendenza in questi ultimi» (considerando D). In tale ambito, viene anche considerato che taluni sistemi di raccomandazione, basati sulla personalizzazione e sull'interazione, possono contribuire al funzionamento delle piattaforme per migliorare l'interazione sociale, ma spesso mirano anche a trattenere gli utenti sulla piattaforma [punto M della

risoluzione citata]. La risoluzione prende altresì atto di come gli accademici siano sempre più concordi sull'esistenza di fenomeni come la «dipendenza dai social media» [punto A della risoluzione citata]. Della medesima consapevolezza e dei possibili effetti negativi sui minori si dà conto nel citato rapporto del U.S. Surgeon General [Cf. U.S. Surgeon General, *Social Media and Youth Mental Health*, 2023, disponibile alla pagina hhs.gov/sites/default/files/sg-youth-mental-health-social-media-advisory.pdf] in cui si indica anche, a pag. 16, che «[t]he platform design and algorithms should prioritize health and safety as the first principle, seek to maximize the potential benefits, and avoid design features that attempt to maximize time, attention, and engagement»].

53. — Le condotte oggetto del presente provvedimento concernono i seguenti profili:

- a) violazione degli obblighi di diligente applicazione delle proprie linee guida comunicate agli utenti;
- b) indebito condizionamento degli utenti attraverso la riproposizione di contenuti che sfruttano la vulnerabilità di alcuni gruppi di consumatori;
- c) inadeguatezza delle misure di controllo e vigilanza adottate da TikTok sui contenuti pubblicati dagli utenti, con particolare riferimento alla tutela dei soggetti minori e vulnerabili;
- d) diffusione di contenuti in grado di minacciare la sicurezza psico-fisica di bambini e adolescenti.

Questioni preliminari

54. — In via preliminare, non può essere condivisa l'eccezione che TikTok solleva in relazione alla incompetenza dell'autorità a valutare le condotte oggetto del presente procedimento, affermando che le stesse sarebbero valutabili esclusivamente ai sensi del DSA (regolamento (Ue) n. 2022/2065 del parlamento europeo e del consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali). Infatti, l'ambito di applicazione del codice del consumo, in ragione del suo carattere orizzontale e dell'ampiezza della nozione di pratica commerciale, si estende a tutte le attività poste in essere dai professionisti nei confronti degli utenti di servizi digitali prima, durante e dopo l'operazione commerciale. Peraltro, l'art. 2 del DSA fa espressamente salvo il diritto europeo in materia di tutela dei consumatori [art. 2, par. 4, DSA: «Il presente regolamento non pregiudica le norme stabilite da altri atti giuridici dell'Unione che disciplinano ulteriori aspetti della prestazione di servizi intermediari nel mercato interno o che precisano e integrano il presente regolamento, in particolare i seguenti atti: (...) f) diritto dell'Unione in materia di protezione dei consumatori e sicurezza dei prodotti, compresi i regolamenti (Ue) 2017/2394 e (Ue) 2019/1020 e le direttive 2001/95/Ce e 2013/11/Ue»] (cfr., pure, considerando 10) e pertanto deve ritenersi applicabile il principio di cui all'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/Ce, come interpretato dalla Corte di giustizia (Corte giust. 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C/55/17, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Unione europea*, n. 1918), secondo cui il «contrasto» tra le disposizioni di detta direttiva e altre norme comunitarie sussiste solo laddove queste ultime disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali imponendo ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29/Ce. Sul piano dell'enforcement, l'art. 27, comma 1 *bis*, cod. consumo, che costituisce trasposizione di tale norma europea, individua un criterio generale di ripartizione preventiva delle competenze tra Agcm e autorità di vigilanza in tutti i settori regolati, assegnando in via esclusiva all'Agcm l'enforcement rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle che integrano al contempo la violazione di una norma di settore. La competenza delle Autorità di vigilanza settoriali assume carattere residuale, confinata all'ipotesi in cui il comportamento non costituisca al contempo pratica commerciale scorretta.

Peraltro, la citata risoluzione del parlamento europeo, nel prendere atto delle diverse previsioni normative già in vigore tra cui il DSA (espressamente richiamato nei visti), ritiene in ogni caso possibile vietare tali condotte nell'ambito del vigente quadro normativo di tutela del consumatore (punto 6).

55. — In merito all'asserita estraneità delle condotte contestate rispetto alla finalità di tutela degli interessi economici perseguita dal codice del consumo, si osserva che, diversamente da

quanto sostenuto dai professionisti, il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di TikTok, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale, nonché per il funzionamento del sistema di raccomandazione, acquisto, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra i professionisti e l'utenza stessa, anche in assenza di corrispettivo monetario.

Sul punto giova richiamare l'ormai consolidato orientamento della commissione europea volto a riconoscere che «[i] dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico *de facto*» [Commissione europea, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/Ce relativa alle pratiche commerciali sleali*, SWD (2016)/0163 pag. 28]. In linea con tale impostazione, il giudice amministrativo ha esplicitamente evidenziato la "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, e la conseguente applicabilità della disciplina consumeristica, affermando che «il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti e la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing (...) acquista proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo (...) a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il professionista e l'utente» (Tar Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, nn. 260, 261, rispettivamente *id.*, Rep. 2020, voce *Persona fisica*, n. 251, e *ForoPlus*, poi confermata dal Consiglio di Stato. La pronuncia è poi ripresa nei medesimi termini da Tar Lazio, sez. I, 18 novembre 2022, n. 15326, *ibid.*). Il giudice ha inoltre specificato che «la patrimonializzazione del dato personale (...) costituisce il frutto dell'intervento delle società (NdR: Facebook) attraverso la messa a disposizione del dato — e della profilazione dell'utente — a fini commerciali» (Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2630, *Foro it.*, Rep. 2021, voce cit., n. 218).

56. — Infine, nemmeno appare fondato il rilievo di TikTok riguardante i principi affermati dalla recente sentenza della Corte di giustizia (Corte just. 9 novembre 2023, causa C-376/22, *Google — Meta — TikTok*, *id.*, Rep. 2023, voce *Unione europea*, n. 1109) in relazione all'applicazione della direttiva 2000/31/Ce, in quanto l'autorità non adotta un provvedimento generale ed astratto applicabile indistintamente a qualsiasi prestatore di una categoria di servizi della società dell'informazione ma, al contrario, un provvedimento "necessario" e "proporzionato" per la salvaguardia di un interesse specifico, ovvero la tutela dei consumatori, reso nei confronti di uno specifico professionista e riguardante un "determinato" servizio (la piattaforma TikTok). Ciò è quanto espressamente consentito dall'art. 3, par. 4, della direttiva 2000/31/Ce [ai sensi di tale norma gli Stati membri possano adottare provvedimenti in deroga al principio di stabilimento per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione, a condizione che i provvedimenti in parola siano (i) necessari, tra le altre cose, alla tutela dei consumatori; (ii) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione; (iii) proporzionati a tali obiettivi].

57. — Per quanto attiene alla contestazione relativa all'acquisizione agli atti delle dichiarazioni del prof. Vicari, si osserva che il riferimento delle parti alla procedura di cui all'art. 13 del regolamento non appare conferente nel caso di specie. Infatti, non è stato attribuito un incarico a svolgere indagini assimilabili ad una consulenza tecnica o perizia su specifici elementi forniti, bensì sono stati richiesti ad un esponente della comunità scientifica dati oggettivi di conoscenza, derivanti dall'esperienza maturata nell'esercizio della professione medico-specialistica, circa l'influenza dei contenuti presenti su social mediacome TikTok su bambini e adolescenti, nonché circa i possibili pregiudizi non fisici derivanti da video come quelli relativi alla cicatrice francese. Ciò rientra nei poteri istruttori dell'autorità, ex art. 12 del regolamento sulle procedure istruttorie, ai sensi del quale «il responsabile acquisisce nel corso dell'istruttoria ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie e, a tal fine, può richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato». L'esperimento di tale mezzo istruttorio non ha comunque leso il diritto di TikTok di esercitare in modo pieno il diritto di difesa, avendo il professionista avuto accesso al relativo verbale e avendo controdedotto in ordine a quanto ivi riportato (Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5070, *ForoPlus*. Rientra nella discrezionalità dell'Agcm

«valutare l'opportunità istruttoria di avvalersi dello strumento dell'acquisizione di informazioni ai sensi dell'art. 12 del citato regolamento, oppure di una vera e propria consulenza tecnica o perizia ai sensi dell'art. 13 del regolamento, tenendo conto di tutte le circostanze del caso». Nel caso di specie, la richiesta di informazioni rivolta all'Istituto dermatologico non può essere assimilata ad una consulenza tecnica in quanto «l'oggetto delle informazioni atteneva alla possibilità di riconoscere alle sostanze contenute nel prodotto cosmetico [...], gli effetti pubblicizzati [...] sicché all'Istituto (IDI) non era stato conferito l'incarico di svolgere specifiche indagini tecniche assimilabili ad una consulenza tecnica, bensì quello di acquisire dati oggettivi di conoscenza, noti alla comunità scientifica, circa l'efficacia delle sostanze presenti nel prodotto pubblicizzato», ne deriva che «l'esperto mezzo istruttorio è, dunque, riconducibile all'ambito applicativo dell'istituto dell'acquisizione di informazioni istruttorie da terzi ex articolo 12 del [...] con conseguente inapplicabilità della disciplina relativa al diverso mezzo istruttorio della perizia o consulenza tecnica, contenuta nel successivo articolo 13». Inoltre, Tar Lazio, sez. I, 21 gennaio 2015, n. 994, *ibid.* Non sussiste «un onere dell'amministrazione di continuo aggiornamento della parte in ordine alle acquisizioni disposte», in quanto «la conoscenza della pendenza del procedimento consentiva alla ricorrente di accedere in qualunque momento agli atti dello stesso». In ogni caso, si tratta di problematiche sollevate anche da altri esponenti della comunità scientifica, come sopra indicato [Cf. U.S. Surgeon General, *Social Media and Youth Mental*, cit.].

58. — Infine, pur prendendosi atto dell'autorevole opinione espressa dall'esperto consultato dalle parti, si evidenzia che anche nella citata risoluzione del parlamento EU si legge che l'uso di Internet può comportare effetti collaterali simili a quelli delle dipendenze da sostanze stupefacenti, che gli utenti assidui di media digitali hanno il doppio delle probabilità di sviluppare problemi di salute mentale, compresi fattori di rischio di suicidio e autolesionismo, e che i bambini e i giovani sono più vulnerabili a tali sintomi [lett. D della risoluzione]. Analoghe considerazioni sono compiute nel citato rapporto del U.S. Surgeon General.

Valutazioni nel merito

a) L'imputazione delle pratiche commerciali

59. — Le condotte oggetto del presente procedimento sono imputate a TikTok Technology Limited con il quale gli utenti residenti nello Spazio unico europeo stipulano un contratto allorquando accettano le condizioni generali di contratto presenti sul sito e sulla App, delle quali le linee guida delle community sono parte integrante; la società è inoltre responsabile del funzionamento della piattaforma, dei sistemi atti a monitorare i contenuti e a prevenire la diffusione di contenuti pericolosi, nonché dello sviluppo e funzionamento del sistema di raccomandazione].

Le condotte sono inoltre imputate a TikTok Italy s.r.l. in quanto tale società si occupa della vendita e gestione degli spazi pubblicitari per il mercato italiano ed ha quindi interesse alla presenza sulla piattaforma di contenuti che attraggano il maggior numero di utenti per massimizzare le loro interazioni e il tempo speso sulla stessa.

È altresì responsabile delle condotte contestate TikTok Information Technologies UK Limited, in quanto vende e gestisce spazi pubblicitari e fornisce servizi a valore aggiunto, come il livestreaming, per la piattaforma TikTok. In ogni caso, dal momento che controlla al 100 per cento TikTok Technology Limited e TikTok Italy s.r.l., essa trae vantaggio economico dalle condotte qui in esame. In merito si richiama il principio affermato dalla giurisprudenza, in base al quale «[n]ella materia antitrust [...] in presenza di una società che detiene il 100 per cento del capitale sociale di un'altra società, si presume che la società controllante eserciti un'influenza determinante nello svolgimento dell'attività della controllata, tale da farla ritenere responsabile per gli illeciti da quest'ultima materialmente realizzati». La richiamata giurisprudenza individua le ragioni per le quali tale principio deve essere applicato anche in materia di sanzioni per pratiche commerciali scorrette. Infatti, la diversità dei due plessi normativi (antitrust e tutela del consumatore) non elide la matrice e la *ratio* comune degli stessi che, quand'anche sotto diversi angoli visuali, attengono, per entrambi, alla tutela dell'endiade costituita

dal mercato e dalla libertà di concorrenza (Tar Lazio, sez. I, 16 ottobre 2017, n. 10360, *ibid.* Si veda anche Tar Lazio, sez. I, 2 novembre 2000, n. 9001, *ibid.*, che richiama Corte giust. 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Commissione*, C-286/98 P, punto 29, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., nn. 1345, 1409, 1422). Pertanto, le condotte oggetto del procedimento devono essere imputate anche a TikTok Information Technologies UK Limited in quanto in grado di esercitare, in ragione del controllo totalitario, un'influenza determinante sull'attività di TikTok Technology Limited e TikTok Italy s.r.l.

b) *Le lacune nell'applicazione delle linee guida della Community, in violazione dell'art. 21, comma 2, lett. b)*

60. – Le linee guida di TikTok, consultabili sulla piattaforma, contengono affermazioni volte a rassicurare gli utenti sull'offerta di un ambiente virtuale protetto, volto a rendere la piattaforma «uno spazio sicuro e accogliente per tutti», promettendo controlli pervasivi rispetto ad un ampio spettro di tematiche e contemplando la rimozione di «qualsivoglia contenuto – video, audio, live, immagini, commenti, link e testo che violi le nostre linee guida». Vi è inoltre una dichiarata attenzione ai giovani utenti e ai soggetti vulnerabili, asseritamente volte a garantire la «tutela dei soggetti minorenni sulla nostra piattaforma», nonché una specifica preoccupazione con riguardo ad «atti pericolosi e sfide» e «suicidio, autolesionismo e alimentazione scorretta».

61. – In realtà, le linee guida appaiono costituire una declinazione di principi virtuosi che sono soggetti ad una interpretazione e applicazione discrezionale e lacunosa da parte dei professionisti, tale da tradursi in una elusione degli stessi principi enunciati.

62. – Le linee guida, infatti, catalogano quali contenuti pericolosi soltanto quelli che presentano una manifesta illiceità, ma non anche quelli contrari alla comune sensibilità culturale e psicologica, come emerge dalla vicenda relativa alla «challenge cicatrice francese». A tal proposito, si rileva che esponenti del settore medico affermano che i danni derivanti dall'esposizione a simili contenuti vanno apprezzati anche sotto il profilo della assuefazione all'autolesionismo, suscettibile di condurre a episodi di possibile più ampia scala e maggiore gravità [cfr., sul punto, il verbale del prof. Vicari (doc. 44), nonché il già citato rapporto del U.S. Surgeon General, *Social Media and Youth Mental Health*].

Le parti sostengono la correttezza e l'efficacia sia della «revisione automatizzata» sia di quella «manuale» ai fini del buon esito del processo di moderazione. Con riguardo alla prima, rileva sottolineare che essa non ha impedito il dilagare dei citati video sulla piattaforma; la seconda, realizzata attraverso specifiche valutazioni dei moderatori, ha concluso per la coerenza dei video con le linee guida. Secondo TikTok, la «french scar challenge» non rientrerebbe infatti nella categoria «autolesionismo», che include solo le lesioni fisiche qualificabili come tali dal punto di vista giuridico e legale.

63. – TikTok ha quindi deciso di assumere misure di moderazione dei video relativi alla cicatrice francese solo ad esito della rilevanza mediatica assunta dagli stessi. Tali misure, peraltro, non hanno determinato la rimozione dei contenuti ma ne hanno solo limitato la divulgazione e hanno avuto ad oggetto solo alcuni video selezionati da TikTok o segnalati dagli utenti. Solo dopo l'avvio del procedimento sono state ampliate le linee guida, includendo la possibilità di limitare la pagina «per te» di soggetti minorenni evitando di mostrare contenuti suscettibili di determinare danni fisici reputati «moderati».

64. – Dagli elementi raccolti sono emerse inoltre lacune negli strumenti utilizzati per il monitoraggio dei contenuti, tali da limitare l'efficacia del processo di moderazione previsto nelle linee guida. La moderazione automatizzata risulta meno efficace nei casi in cui le violazioni sono più complesse da interpretare e attinenti a settori in continua evoluzione, di talché la moderazione umana diviene particolarmente rilevante per valutare i contenuti la cui inadeguatezza è meno immediata. Ciò nonostante, il reclutamento dei componenti del «team di moderazione» appare effettuato sulla base di requisiti generici e la loro formazione interna è incentrata sui soli contenuti manifestamente illegali, violenti, oppure a contenuto sessuale. L'analisi del numero di video rimossi in diverse lingue lascia

inoltre supporre che il sistema di revisione automatizzata sia meno efficace per i video diffusi in lingua italiana.

65. – Sebbene TikTok adotti alcune misure specifiche per sottrarre a minori e soggetti vulnerabili la visibilità di alcuni contenuti, queste trovano un limite importante nella possibilità che gli utenti inseriscano in fase di registrazione alla piattaforma false informazioni sulla propria età, che è rimessa, nelle parole di TikTok stessa, alla mera autodichiarazione.

66. – I professionisti lamentano la scarsa valorizzazione del numero di video rimossi dalla piattaforma. Le considerazioni mosse sul punto, diversamente da quanto sostenuto da TikTok, non investono il numero assoluto dei video rimossi, ma la loro rilevanza rispetto alla fattispecie in esame. Infatti, tali dati, ai fini della presente valutazione, si rivelano numericamente irrisori se considerati in termini percentuali rispetto al numero di video complessivamente diffusi sulla piattaforma. In ogni caso, è ben noto che le pratiche commerciali scorrette siano illecite di pericolo, la cui sussistenza prescinde da un'analisi puntuale della diffusione della condotta.

67. – In conclusione, le linee guida — pur prevedendo diverse tipologie di controlli sui contenuti e pur attribuendo alla piattaforma TikTok il carattere di «luogo sicuro» — sono state oggetto, nei fatti, di una applicazione lacunosa. Ciò è in grado di condizionare la scelta economica del consumatore di registrarsi su TikTok e utilizzare il servizio di social media, inducendolo a credere che non saranno visualizzati contenuti suscettibili di pregiudicare gli utenti, specie vulnerabili, in violazione dell'art. 21, comma 2, lett. b), cod. consumo.

Nel caso dei video relativi alla cicatrice francese, gli interventi di controllo compiuti sulla base dei criteri rinvenibili nelle linee guida non hanno tenuto conto della vulnerabilità degli adolescenti, caratterizzata da peculiari meccanismi cognitivi dai quali derivano, ad esempio, la difficoltà a distinguere la realtà dalla finzione, l'assenza di strumenti di inibizione, la tendenza ad emulare comportamenti di gruppo. Se alcuni servizi o funzioni potrebbero non avere un effetto equivalente sugli adulti, possono invece essere maggiormente rischiosi e dannosi per i minori e creare dipendenza, anche a causa dell'impatto cumulativo di una combinazione di più funzioni o degli effetti prolungati nel tempo [cfr. risoluzione del parlamento Ue, cit., punto D]. Pertanto, nel superiore interesse di questi ultimi, è necessario che i controlli sui contenuti in applicazione delle linee guida siano più rigorosi.

c) *L'indebito condizionamento degli utenti, in particolare minori e vulnerabili, tramite il sistema di raccomandazione basato sulla profilazione algoritmica in violazione dell'art. 25, comma 1, lett. c)*

68. – Nel contesto delineato, TikTok utilizza un sistema di raccomandazione basato su tecniche di profilazione algoritmica che sfruttano la vulnerabilità di gruppi di consumatori e appare generare un indebito condizionamento degli utenti.

69. – TikTok propone infatti una fruizione del servizio, presentata come «esperienza», che si fonda sulla personalizzazione delle visualizzazioni e che seleziona pertanto costantemente quali contenuti destinare a ciascun utente tramite un «sistema di raccomandazione» basato sulla profilazione algoritmica. Ciò al fine di perseguire lo specifico interesse economico di aumentare le interazioni tra gli utenti e il loro tempo di permanenza sulla piattaforma, onde accrescere la redditività degli introiti pubblicitari e similari. La presenza su TikTok di contenuti potenzialmente pericolosi per gli utenti, pertanto, appare funzionale a obiettivi di massimizzazione del profitto, attuati mediante la diffusione di video accattivanti secondo i gusti di ciascun specifico utente, così da stimolare in modo crescente la fruizione della piattaforma.

70. – Il potenziale lesivo per i minori e i soggetti vulnerabili deriva non solo dalla proposizione di singoli video pericolosi ad un ampio numero di utenti, ma è amplificato dalla riproposizione, ad opera del sistema di raccomandazione, di video analoghi in successione a ciascun singolo utente. Nonostante il sistema di raccomandazione personalizzato sia presentato all'utente come un fattore positivo che contribuisce alla scoperta del mondo, «che ispira la creatività e porta gioia», TikTok è consapevole che la raccomandazione in sequenza di determinati contenuti può creare effetti pregiudizievoli, in particolare

per i minori e soggetti vulnerabili [la stessa commissione europea, negli orientamenti già richiamati (2021/C 526/01), con riferimento alle pratiche commerciali scorrette basate sui dati, sottolinea, che si tratti di pratiche che possono avere «un effetto più significativo sui consumatori vulnerabili», atteso che alcuni consumatori potrebbero risultare «particolarmente sensibili alle pratiche di persuasione personalizzate nell'ambiente digitale». Ad avviso della commissione europea «l'utilizzo di informazioni riguardanti le vulnerabilità di consumatori specifici o di un gruppo di consumatori», potrebbe integrare una forma di manipolazione in cui «il professionista esercita un «indebito condizionamento» nei confronti del consumatore, dando luogo a una pratica commerciale aggressiva vietata ai sensi degli art. 8 e 9 della direttiva»]. Appare infatti prevalere, anche nei confronti di tali categorie di utenti, l'interesse di TikTok a generare un importante effetto di addizione che essa riesce a monetizzare.

71. – La circostanza che TikTok fornisca agli utenti sistemi per selezionare attivamente i contenuti da visualizzare e per sottrarsi parzialmente all'agire del sistema di raccomandazione (quali criteri di ricerca per parole chiave o la possibilità di azzerare il sistema di raccomandazione) non appare sufficiente a limitare gli effetti dell'utilizzo del modello di profilazione dei contenuti, come dimostrato dal fatto che tali strumenti sono scarsamente utilizzati dagli utenti.

72. – Non appare efficace a limitare la personalizzazione dei contenuti proposti nemmeno l'introduzione, a partire dal 25 agosto 2023, di un'opzione di utilizzo di un «sistema di raccomandazione» alternativo, non basato sulla profilazione, in ragione delle modalità con cui lo stesso è stato introdotto ed è proposto ai consumatori.

Innanzitutto, il consumatore non è edotto dell'esistenza e degli effetti di tale opzione, posto che in un percorso usuale di navigazione sull'app non è data alcuna evidenza di tale nuova possibilità e delle sue implicazioni. Per scoprire tale opzione e valutare se attivarla sono necessari vari passaggi e diversi comandi, senza che sin dall'inizio del percorso vi siano informazioni sulla finalità dello stesso. Non si arriva ad avere una informazione chiara nemmeno quando si giunge all'ultimo passaggio denominato «Gestisci personalizzazione delle pagine». Non viene specificato come sarà selezionato il flusso di immagini visibili nella versione non personalizzata delle pagine: per il feed «per te» viene meramente indicato che assumerà la denominazione «Popolari», mentre per il feed «Seguiti» non viene fornita alcuna informazione.

Inoltre, il fatto che all'utente, all'atto di iscrizione a TikTok, per fruire dei servizi della piattaforma sia fornito di default un sistema di raccomandazione con contenuti personalizzati, rappresenta esso stesso una limitazione della libertà di scelta del consumatore. TikTok, infatti, impone per tale via agli utenti una opzione pre-stabilita di fruizione della piattaforma, obbligandoli a attivarsi per disattivarla, secondo un meccanismo di scelta di c.d. opt-out. In sostanza, il consumatore può esercitare l'opzione contraria solo mediante uno specifico comportamento attivo, che a sua volta dipende dalle informazioni fornite all'utente e dalla agevole fruibilità del relativo comando. Un tale meccanismo di pre-impostazione, operante in via generalizzata e preventiva, rappresenta — come confermato dalla prassi e dalla giurisprudenza applicativa del codice del consumo (Tar Lazio, sez. I, 18 novembre 2022, n. 15326, cit.) — una compressione della facoltà di scelta.

Pertanto, la scelta della personalizzazione quale opzione di default non appare adeguata a rimuovere i citati profili di indebito condizionamento degli utenti minori e vulnerabili, legato — come visto — non solo alla visualizzazione di video pericolosi, ma anche alla ripetuta riproposizione, ad opera dell'algoritmo di TikTok, di contenuti simili a uno stesso utente minore/vulnerabile, idonea a generare un fenomeno di visualizzazione in successione da parte dello stesso utente, che amplifica la portata potenzialmente lesiva dei contenuti.

73. – Le descritte condotte appaiono in grado di condizionare indebitamente la scelta dei consumatori, in particolare minori e utenti vulnerabili, in relazione al tempo e modo di fruizione del servizio offerto da TikTok, limitando la sua capacità di prendere

una decisione consapevole e alterando la sua decisione di consumo in violazione dell'art. 25, comma 1, lett. c), cod. consumo.

74. – Appaiono prive di fondamento le obiezioni delle parti relative al fatto che per la configurazione di una condotta aggressiva l'indebito condizionamento debba necessariamente collocarsi prima della nascita del vincolo negoziale. Nel caso di specie non è richiesto alcun corrispettivo al momento della registrazione alla piattaforma, ma il consumatore nel corso del suo utilizzo fornisce a TikTok dati, che vengono da questa utilizzati per generare un profitto. L'indebito condizionamento del consumatore interviene proprio in relazione alla sua continua scelta circa la tempistica e le modalità di fruizione della piattaforma, che comporta cessione di dati (cfr. Tar Lazio, sez. I, 22 marzo 2018, n. 3186, *ForoPlus*). La pratica aggressiva va definita come una condotta invasiva, per le pressioni in cui in concreto consiste, della libertà di scelta del consumatore, condotta che può avere luogo, anche nel corso del rapporto contrattuale, oltre che nella fase di costituzione del vincolo negoziale. In tale senso depone anche la citata risoluzione Ue, dove si afferma che la «decisione di natura commerciale» contenuta nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali include l'utilizzo continuo del servizio, lo scorrere di un feed la visualizzazione di contenuti pubblicitari [cfr. risoluzione citata, punto 8].

75. – Inoltre, diversamente da quanto sostenuto dalle parti, è ben chiara la distinzione tra disattivazione della personalizzazione dei contenuti e personalizzazione degli annunci pubblicitari. Ciò che si deve sottolineare, tuttavia, è che vi è un interesse di TikTok alla personalizzazione dei contenuti al fine di indurre l'utente a spendere maggior tempo sulla piattaforma e in modo più attivo, con l'effetto indiretto di generare una maggiore visualizzazione di pubblicità (anche non targhetizzate) aumentando il valore della raccolta pubblicitaria o generando altri benefici economici legati ad un utilizzo più prolungato della piattaforma.

d) *L'inadeguatezza delle misure di controllo in violazione dell'art. 20, commi 2 e 3*

76. – L'omessa adozione di misure e procedure adeguate, pur nella disponibilità del professionista, volte a prevenire e rimuovere la diffusione di contenuti potenzialmente pericolosi, viola l'art. 20 commi 2 e 3, cod. consumo. Tale condotta, contrariamente alla diligenza professionale richiesta alle piattaforme di social media, è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore.

77. – Nel contesto in esame è richiesta una particolare diligenza dei professionisti al fine di proteggere i minori nell'ambiente digitale, tanto più pregiudicati se esposti a una fruizione reiterata e massiva dei contenuti. I sistemi di monitoraggio adottati da TikTok non sono stati adeguati a vigilare sulla circolazione dei contenuti pericolosi relativi alla cicatrice francese. Piuttosto, TikTok risulta adottare una precisa strategia commerciale che non contempla la rimozione dei contenuti particolarmente seduttivi per alcuni gruppi di utenti, anche laddove lo siano sfruttandone la vulnerabilità: tale strategia è volta, infatti, ad attrarre il maggior numero possibile di consumatori, massimizzare il loro tempo di permanenza sulla piattaforma e il loro engagement, in modo da aumentare la redditività degli introiti pubblicitari [cfr. risoluzione citata, punto 3].

78. – Appare di scarsa significatività nell'ambito del presente procedimento il mero raffronto tra la numerosità degli «statement of reasons» estratti dal DSA Transparency Database — proposto dalle parti nelle ultime memorie al fine di affermare il proprio «superiore» livello di diligenza. Tali dati riguardano infatti la totalità delle misure adottate e auto-dichiarate (statement of reasons) da 16 piattaforme, in maniera aggregata per 14 categorie di violazioni, in un periodo di tempo limitato. Vi è un'ampia eterogeneità tra tali piattaforme considerate, le quali offrono servizi e hanno modelli di business diversi da quelli di TikTok, in termini di tipologia di contenuti, modalità di diffusione dei medesimi, target di utenti, sistemi di raccomandazione, di profilazione, meccanismi di moderazione. Alcune piattaforme non diffondono affatto contenuti analoghi a quelli oggetto del presente procedimento.

79. – Infine, appare privo di fondamento il richiamo di TikTok al principio esenzione di responsabilità previsto dal DSA e alla c.d. hosting provider defencedi cui al d.leg. 70/03, che comporterebbe l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui conte-

nuti ospitati. Infatti, tale eccezione difensiva, basata sulla non conoscibilità dei contenuti, appare incompatibile con il ruolo attivo svolto da TikTok nella selezione dei video da destinare a ciascun consumatore tramite un sistema di raccomandazione personalizzato, basato sulla profilazione algoritmica. Inoltre, l'impegno espresso che TikTok assume nelle proprie linee guida a limitare la diffusione di contenuti pericolosi presuppone la concreta conoscibilità dei medesimi e la sua capacità di influenzarli.

e) *La diffusione di contenuti pericolosi per minori, in violazione dell'art. 21, comma 4*

80. – Le descritte condotte dei professionisti, così come sopra ricostruite, integrano una violazione dell'art. 21, comma 4, cod. consumo in quanto sono in grado di ledere la salute psico-fisica di alcuni gruppi di utenti e, in particolare, di minacciare anche indirettamente la sicurezza di bambini e adolescenti.

f) *Conclusioni: la pratica commerciale*

81. – Alla luce di quanto esposto, le condotte dei professionisti parti del procedimento integrano complessivamente una pratica commerciale scorretta che viola gli art. 20, commi 2 e 3, 21, comma 2, lett. b), 21, comma 4, 25, comma 1, lett. c), cod. consumo con riferimento, rispettivamente, ai seguenti profili:

a) inadeguatezza delle misure di controllo e vigilanza adottate da TikTok sui contenuti pubblicati dagli utenti, con particolare riferimento alla tutela dei soggetti vulnerabili;

b) violazione degli obblighi di diligente applicazione delle proprie linee guida comunicate agli utenti;

c) diffusione di contenuti in grado di minacciare la sicurezza psico-fisica di bambini e adolescenti;

d) indebito condizionamento degli utenti attraverso la riproposizione di contenuti che sfruttano la vulnerabilità di alcuni gruppi di consumatori.

Tutti i citati profili hanno l'effetto di aumentare il tempo trascorso dall'utente sulla piattaforma con conseguente incremento dei ricavi di TikTok.

82. – Quanto alla posizione dell'Agcom che ha disposto di non procedere al rilascio del parere richiesto, ritenendo che i profili di contestazione delle condotte non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta, vale richiamare la nozione di pratica commerciale delineata negli "Orientamenti", secondo cui essa deve essere «direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di una bene o di un servizio al consumatore» [comunicazione della commissione – Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/Ce del parlamento europeo e del consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno (2021/C 526/01); punto 2.3].

83. – Come ampiamente descritto, le condotte poste in essere da TikTok consistono nella diffusione sulla propria piattaforma di video relativi alla challengec.d. "cicatrice francese" quale esito dell'insufficienza delle azioni poste in essere per evitarne la circolazione, nonché nell'utilizzo di "sistemi di raccomandazione" dei contenuti che amplificano la diffusione degli stessi, nonostante i rassicuranti principi enunciati nelle linee guida del professionista.

84. – La natura "commerciale" della pratica in oggetto è riconducibile al rapporto tra TikTok e i suoi utenti, nell'ambito del quale l'erogazione del servizio di social network trova come corrispettivo la cessione dei dati personali dei consumatori. Tali dati vengono utilizzati da TikTok per la profilazione degli utenti a uso commerciale, nonché per il funzionamento del sistema di raccomandazione a vantaggio della redditività della piattaforma. Come sopra argomentato, i dati ceduti dai consumatori acquistano, proprio in ragione dell'utilizzo dei medesimi da parte di TikTok, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra i professionisti e l'utenza stessa, anche in assenza di corrispettivo monetario. Inoltre, la pratica in oggetto ha una specifica e continuativa incidenza sul rapporto di consumo legata appunto alla circostanza che essa ha l'effetto di aumentare il tempo trascorso dall'utente sulla piattaforma.

85. – In tale contesto, TikTok è qualificabile come professionista ai sensi dell'art. 18 cod. consumo ed è responsabile della pratica contestata in quanto svolge un ruolo attivo di proposi-

zione profilata dei contenuti circolanti sulla piattaforma, che ne presuppone la concreta conoscenza da parte dei professionisti, come sopra delineato.

86. – Le condotte contestate si traducono nelle violazioni delle specifiche norme del codice del consumo sopra indicate ed appaiono suscettibili di determinare un'alterazione della scelta economica del consumatore avente ad oggetto le modalità di fruizione dei servizi offerti dalla piattaforma.

87. – Le condotte oggetto del presente procedimento integrano, quindi, complessivamente, gli estremi della pratica commerciale scorretta. Pertanto, ai sensi dell'art. 27, comma 1 bis, cod. consumo la competenza a intervenire spetta in via esclusiva dell'Agcm. La disciplina consumeristica non trova infatti applicazione «unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29» (Corte giust. 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C/55/17, cit.) (v. pure Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 6596, *ibid.*).

VI. Quantificazione della sanzione

88. – Ai sensi dell'art. 27, comma 9, cod. consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

89. – Al riguardo si rileva che, per le ragioni sopra descritte, la condotta in esame si è protratta anche in seguito all'entrata in vigore, in data 2 aprile 2023, del nuovo regime sanzionatorio, che ha aumentato il massimo edittale delle sanzioni irrogabili in materia di tutela del consumatore da 5 a 10 milioni di euro.

Tale condotta è assimilabile a un'ipotesi di illecito permanente o continuato, rispetto a cui, in forza del principio *tempus regit actum*, trova applicazione il regime sanzionatorio vigente al momento in cui l'amministrazione provvede ad irrogare la sanzione stessa, ossia la nuova versione del citato art. 27, comma 9, cod. consumo.

90. – In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 l. n. 689 del 1981, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, cod. consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

91. – Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame dell'omessa adozione da parte del professionista di misure e procedure adeguate a rimuovere dalla piattaforma contenuti potenzialmente pericolosi — quali quelli relativi alla cicatrice francese — idonei a minacciare la sicurezza psico-fisica di bambini e adolescenti. Sotto tale profilo le condotte riscontrate attengono a fattispecie per le quali il codice del consumo prevede una tutela rafforzata ai sensi dell'art. 21, comma 4.

Inoltre, nonostante TikTok abbia adottato linee guida che promettevano un ambiente virtuale protetto, il controllo sui contenuti si è rivelato insufficiente in quanto tali linee guida sono risultate suscettibili di interpretazione e applicazione discrezionale tali da tradursi in una tutela inadeguata dei minori e vulnerabili.

La gravità va altresì apprezzata con riguardo all'indebito condizionamento generato dall'utilizzo di un sistema di raccomandazione basato su tecniche di profilazione algoritmica che sfruttano la vulnerabilità di gruppi di consumatori per aumentare le interazioni e per indurre l'utente a spendere maggior tempo sulla piattaforma, con l'effetto indiretto di aumentare il valore della raccolta pubblicitaria o di generare altri benefici economici legati ad un utilizzo più prolungato della piattaforma.

92. – Va considerata, inoltre, l'elevata potenzialità offensiva della fattispecie, considerata l'enorme popolarità della piattaforma, che è arrivata a interessare mediamente [10-31]milioni di utenti italiani nel primo trimestre 2023 ed è in costante crescita.

93. – Infine, si tiene conto della dimensione economica dei professionisti. Infatti, le società TikTok Italy s.r.l., TikTok Techno-

logy Limited e TikTok Information Technologies UK Limited appartengono a un gruppo (Bytedance) che opera a livello mondiale nel settore dei social media. Esse hanno realizzato fatturati assai rilevanti, rispettivamente pari a circa 20 milioni di euro (bilancio di TikTok Italy s.r.l. del 2022), 180 milioni di euro (bilancio di TikTok Technology Limited del 2021) e 2.400 milioni di euro (bilancio consolidato di TikTok Information Technologies UK Limited). Il margine operativo lordo che emerge dai medesimi bilanci risulta rispettivamente pari a circa 1,6 milioni di euro e 18 milioni di euro per TikTok Italy s.r.l. e TikTok Technology Limited, mentre TikTok Information Technologies UK Limited presenta un margine operativo lordo negativo pari a circa 458 milioni di euro. L'utile di esercizio di TikTok Italy s.r.l. e TikTok Technology Limited è rispettivamente pari a circa 994.000 euro e 14,5 milioni di euro; TikTok Information Technologies UK Limited presenta una perdita di esercizio pari a 493 milioni di euro.

94. – Con riferimento al pregiudizio subito dai consumatori, rileva come la pratica in oggetto sia suscettibile anzitutto di minacciare la sicurezza psico-fisica degli utenti più giovani e vulnerabili; inoltre, va considerato che la stessa riguarda un servizio di social media che utilizza il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti per la profilazione dei medesimi a uso commerciale, nonché per il funzionamento del sistema di raccomandazione, con conseguente assunzione da parte di tali dati di uno specifico valore economico. L'utilizzo del sistema di raccomandazione al fine di aumentare le interazioni e indurre l'utente a spendere maggior tempo sulla piattaforma comporta una maggiore cessione di tali dati.

95. – Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che le condotte in esame sono state poste in essere almeno dal 5 febbraio 2023 [data fornita dalle parti relativa alla diffusione del primo dei video relativi alla “cicatrice francese”, rinvenuto sulla piattaforma al 31 luglio 2023] e sono ancora in corso. Infatti, benché il 16 febbraio 2024 le parti abbiano comunicato che Agcom, nell'esercizio dei propri poteri, ha avviato in data 22 gennaio 2024 un procedimento conclusosi con archiviazione, ad esito di iniziative di rimozione dei video spontaneamente intraprese da TikTok, allo stato non vi è certezza che siano stati rimossi tutti i video presenti su TikTok relativi alla cicatrice francese. In ogni caso, l'ampia portata della pratica contestata dall'autorità coinvolge anche l'adeguatezza del sistema di controllo dei contenuti potenzialmente lesivi dell'utenza più giovane.

96. Sulla base dell'insieme di tali elementi, e tenuto conto della necessaria funzione deterrente della sanzione, nonché della dimensione economica complessiva del gruppo di appartenenza, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile in solido alle società TikTok Italy s.r.l., TikTok Technology Limited e TikTok Information Technologies UK Limited nella misura di 10 milioni di euro.

(Omissis)

(1) Profilazione algoritmica, patrimonializzazione dei dati e condizionamento delle persone vulnerabili: il caso delle sfide virali su TikTok

di ELENA FALLETTI

1. Le piattaforme di condivisione dei video e la protezione dei minori

L'internet delle origini⁽¹⁾, come i più ricorderanno, era una prateria vasta e aperta, allergica ai confini; mentre il tempo e la creazione di piattaforme globali hanno favorito la formazione di “walled garden”⁽²⁾, cioè di giardini recintati, di proprietà delle cosiddette Big

Tech⁽³⁾. Questo passaggio, prima tecnologico e poi sociale⁽⁴⁾, ha provocato la partizione della agorà comune⁽⁵⁾ in aree riservate all'esclusivo impiego di chi usufruisce di un servizio offerto dal proprietario della piattaforma, il quale stabilisce unilateralmente le condizioni di accesso. In questi spazi dominicali ciascun gatekeeper⁽⁶⁾ cerca di trattenere i propri clienti il più a lungo possibile al fine di raccogliere informazioni⁽⁷⁾, «costringendolo ad accettare condizioni sempre più sfavorevoli e a farsi profilare e rivendere come merce»⁽⁸⁾.

Nel tempo, ciascuna piattaforma si è diversificata⁽⁹⁾, pur mantenendo una certa coerenza nell'attrattività del proprio pubblico, poiché gli utenti presentano la tendenza a suddividersi per fasce d'età in comunanza di interessi con i propri coetanei⁽¹⁰⁾. Tuttavia, indipendentemente dal pubblico di riferimento, servizi come TikTok⁽¹¹⁾ sono considerate “Very Large Online Platform”⁽¹²⁾ ai

(3) M. WÖRSDÖRFER, *Datafeudalism: The Domination of Modern Societies by Big Tech Companies*: A Commentary, in *Philosophy & Technology*, 2024, 37(3), 86.

(4) V. BERTOLA - S. QUINTARELLI, *Internet fatta a pezzi*, Torino, 2023, *passim*.

(5) S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?* in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss.

(6) La figura del “gatekeeper” è delineata dall'art. 3 del DMA (acronimo di “Digital Markets Act”, cioè il regolamento Ue 2026/2022) e dispone che un fornitore di servizi di una piattaforma è designato come tale se ha un impatto significativo sul mercato interno (cioè quando presuntivamente siffatto operatore realizza un fatturato annuo nel SEE pari o superiore a 6,5 miliardi di euro); se gestisce un servizio di piattaforma centrale, che funge da importante gateway per gli utenti aziendali, i quali se ne servono per raggiungere gli utenti finali (cioè quando tale operatore fornisce un servizio che gode di più di 45 milioni di utenti finali mensili attivi e più di 10000 utenti business annuali all'interno dell'Ue attivi nell'ultimo anno finanziario) e, infine, se gode di una posizione consolidata e durevole nelle sue operazioni oppure se è prevedibile che godrà di tale posizione in un futuro prossimo (cioè quando l'operatore in questione ha raggiunto siffatti risultati nei tre anni finanziari precedenti) (D. D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto* in *Riv. dir. civ.*, 2021, 745 ss.; V. FALCE - N.M.F. FARAONE, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. ind.*, 2022, 5 ss.; E.A. RAFFAELLI, *Antitrust, politica industriale e “Digital Markets Act”*, in *Eurojus*, 2023, 66 ss.; G. CONTALDI, *Il DMA (“Digital Markets Act”) può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2023, 77 ss.).

(7) S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York, 2019, *passim*.

(8) V. BERTOLA - S. QUINTARELLI, *Internet fatta a pezzi*, cit., 66 ss.

(9) Y. MA, *TikTok Influencers: How age affects popularity*, in *SHS Web of Conferences*, Vol. 185, 2024, 03007; J. GRANDINETTI, *Examining embedded apparatuses of AI in Facebook and TikTok*, in *Ai & Society*, 2023, 1-14.

(10) J. GOTTFRIED, *Americans' social media use*, Pew Research Center, 31 gennaio 2024, <<https://www.pewresearch.org/internet/2024/01/31/americans-social-media-use/>>; S. GAMBO - B.O. ZAD, *The demographics of computer-mediated communication: A review of social media demographic trends among social networking site giants*, in *Computers*, in *Human Behavior Reports*, 2020, 2, 100016.

(11) Secondo le informazioni fornite dalle medesime parti all'Agcom, nel primo trimestre 2023 i soli utenti italiani di TikTok sono stati mediamente tra i 10 e i 31 milioni (Autorità garante della concorrenza 5 marzo 2024, in rassegna, 6).

(12) La commissione europea ha pubblicato l'elenco delle very large online platforms (VLOPs) e delle very large online search engines (VLOSEs) ai sensi dell'art. 33, par. 4 e 6, del Digital Services Act. In ottemperanza di tale disposto la commissione europea ha individuato 24 operatori rispondenti ai criteri del citato articolo, esprimendosi sul punto in data 25 aprile 2023, 20 dicembre 2023, 26 aprile 2024 e 31 maggio 2024. Secondo il dettato del DSA (art. 33, par. 6), la commissione europea è tenuta a pubblicare (ed aggiornare) tale elenco nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Come osservato dalla dottrina, era prevista un'applicazione anticipata alle VLOPs e ai VLOSEs designati dalla commissione europea a decorrere da quattro mesi dalla relativa notifica qualora anteriore al 17 febbraio 2024, il regolamento è stato reso applicabile dal 25 agosto 2023 alle piattaforme designate in data 25 aprile 2023 (A. CHIAPPINI, *Disciplina sui servizi digitali erogati dai fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi e ruolo della Commissione europea*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 2, 532). A seguito di ciò, il Tribunale dell'Unione europea ha respinto il ricorso del gruppo cinese Bytedance che controlla TikTok, contro la decisione della commissione che la ha designata come gatekeeper (Trib. I

(1) B.M. LEINER - V.G. CERF - D.D. CLARK - R.E. KAHN - L. KLEINROCK - D.C. LYNCH - J. POSTEL - L.G. ROBERTS - S. WOLFF, *A brief history of the Internet*, in *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 39, 5, 2009, 22-31.

(2) D. HUNTER, *Walled Gardens*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 62, 2005, 607; L.M. FRIEDMAN, J.L. GROSSMAN, *The Walled Garden: Law and Privacy*, in *Modern Society*, 2022, *passim*.

sensi del regolamento Ue 2065/2022 (conosciuto come Digital Service Act - DSA)⁽¹³⁾.

In merito al caso in esame, su TikTok sono diventati virali contenuti audiovisivi ritraenti una pratica, potenzialmente lesiva dell'integrità psico-fisica degli utenti più vulnerabili, conosciuta come "cicatrice francese" ("French scar": insomma, pizzicarsi le guance sino a far apparire lividi sugli zigomi). Si tratta di una pratica commerciale potenzialmente illecita, e sanzionata come tale dall'Agcom, collegata alla profilazione algoritmica personalizzata sulle preferenze di ciascun utente⁽¹⁴⁾, e finalizzata — nemmeno a dirlo — a catturare il tempo e l'attenzione degli utenti più vulnerabili per incrementare i ricavi legati alla commercializzazione dei dati acquisiti a seguito della permanenza online. A seguito di ciò, l'Agcom ha avviato un procedimento volto ad accertare l'eventuale inadeguatezza delle misure di contrasto alla propagazione di tali contenuti, nonché la possibile promozione della loro reiterazione mediante algoritmi di raccomandazione, suscettibili di condizionare negativamente i soggetti più fragili.

Il provvedimento in rassegna è focalizzato sulla protezione del minore alla luce della normativa consumeristica, oltre che sulla base della già assodata applicabilità della disciplina a tutela della privacy, in virtù del rapporto non paritario tra la piattaforma TikTok e i suoi utenti minorenni e vulnerabili⁽¹⁵⁾. Sotto il profilo neuropsichiatrico infantile, l'esigenza di effettuare un controllo stringente sui contenuti di TikTok è conseguente ai meccanismi cognitivi propri dei giovanissimi e degli adolescenti, i quali tendono a emulare i comportamenti di coloro che riconoscono come leader per vedersi riconoscere appartenenti al gruppo, anche in ambienti virtuali. Inoltre, a livello neurologico, la dipendenza da dispositivi elettronici⁽¹⁶⁾ è considerata analoga⁽¹⁷⁾ a quella delle sostanze stupefacenti⁽¹⁸⁾.

Ulteriormente, ci si chiede se il consistente uso giornaliero di tali dispositivi possa indurre i ragazzi a forme autolesionistiche⁽¹⁹⁾, come, appunto, la "cicatrice francese"⁽²⁰⁾.

2. Le questioni poste dalla profilazione algoritmica di TikTok

Nell'ambito specifico, la modalità dinamica di acquisizione di conoscenza degli interessi degli iscritti utilizzava una classificazione combinata, determinata dagli interessi degli utenti insieme al tempo trascorso da costoro sulla piattaforma stessa, poiché più l'utente dimora sulla piattaforma, meglio l'algoritmo riesce a calibrare in

modo preciso e dettagliato le sue caratteristiche personali, stimando elementi come generalità, fascia d'età, genere e preferenze⁽²¹⁾.

La piattaforma consente altresì l'utilizzo di una diversa modalità di selezione dei contenuti preferiti, attraverso la consultazione del feed "seguiti", dove vengono raccolti i video pubblicati dagli utenti apprezzati dalla persona iscritta come "follower". Siffatti contenuti sono evidenziati in base ad una raccomandazione che elabora le informazioni in ordine di interesse di chi li fruisce invece che in ordine cronologico.

Una terza modalità residuale di visualizzazione dei video riguarda l'utilizzo di una funzione di ricerca per parole chiave, visionando uno specifico profilo di un utente selezionato ovvero cliccando su hastag e link che rimandano ad altri profili.

Vi sono poi ulteriori strumenti che mettono l'utente in condizione di incidere sul meccanismo di profilazione algoritmica, come la funzionalità "non mi interessa", in merito a specifici argomenti, oppure l'applicazione di filtri sulla ricerca per parole chiave o hashtag che agevolano la costruzione del feed "per te".

L'elaborazione dei dati degli utenti da parte dell'algoritmo di TikTok rappresenta il punto di maggiore interesse della fattispecie in esame. Tale aspetto sembrerebbe ricadere sotto la vigenza del Gdpr, in particolare per quel che concerne l'art. 22 in relazione al diritto alla spiegazione dovuto al titolare di siffatti dati per il loro trattamento automatizzato. A ben vedere, però, i dubbi in merito al trattamento massivo dei dati effettuato dall'algoritmo della piattaforma non concernono esclusivamente la tutela della privacy. Infatti, la questione è più ampia perché i dati in questione svolgono un duplice ruolo: da un lato, sono nutrimento algoritmico, con le relative conseguenze in tema di profilazione e discriminazione; dall'altro, operano come linfa necessaria per l'estrazione di valore economico dalla fruizione dei video. Ciò accade per tutti i video caricati sulla piattaforma, tuttavia l'attenzione dell'Agcom è giustificata dal contenuto controverso dei video e dei relativi effetti sui comportamenti di fruitori minorenni ovvero vulnerabili.

Se la strategia dell'Unione europea sul Digital Services Package si concentra sul trattamento massivo dei dati e sul potere economico-politico delle grandi piattaforme, il provvedimento Agcom si appunta sulla tutela di ciascun utente-consumatore minorenne dalla sottrazione del suo tempo e dei suoi dati, che rappresentano fonti di ricchezza appetibili per la piattaforma. Si tratta di una interpretazione che enfatizza la forza della disciplina consumeristica quale scudo di difesa contro la "patrimonializzazione" dei dati personali, caratteristica fondamentale delle economie dei mercati digitali⁽²²⁾.

Ai fini di meglio comprendere l'interazione dell'algoritmo di TikTok con gli utenti, e gli effetti giuridici conseguenti, si propone una sommaria ricostruzione⁽²³⁾ del funzionamento sulla base di studi condotti sui contenuti pubblicati dai "producers"⁽²⁴⁾, cioè gli utilizzatori della piattaforma, i quali sono allo stesso tempo

gradio 17 luglio 2024, causa T-1077/23, *Bytedance c. Commissione*, <curia.europa.eu>).

(13) A questo proposito si osserva che il provvedimento emanato dall'Agcom e i fatti da questo vagliati sono precedenti alla pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale* dell'Unione europea del regolamento Ue 1689/2024 del parlamento europeo e del consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (Ce) 300/2008, (Ue) 167/2013, (Ue) 168/2013, (Ue) 2018/858, (Ue) 2018/1139 e (Ue) 2019/2144 e le direttive 2014/90/Ue, (Ue) 2016/797 e (Ue) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

(14) K.E. ANDERSON, *Getting acquainted with social networks and apps: it is time to talk about TikTok*, in *Library hi tech news*, 37(4), 2020, 7-12.

(15) M. DUROVIC - J. POON, *Consumer Vulnerability, Digital Fairness, and the European Rules on Unfair Contract Terms: What Can Be Learnt from the Case Law Against TikTok and Meta?*, in *Journal of consumer policy*, 46(4), 2023, 419-443.

(16) J. LICHY - F. MCLEAY - C. BURDFIELD - O. MATTHIAS, *Understanding pre-teen consumers social media engagement*, in *International Journal of Consumer Studies*, 47(1), 2023, 202-215.

(17) D. TULLETT-PRADO - V. STAVROPOULOS - R. GOMEZ - J. DOLEY, *Social media use and abuse: Different profiles of users and their associations with addictive behaviours*, in *Addictive Behaviors Reports*, 17, 2023, 100479.

(18) C. MONTAG - Z. DEMETROVICS - J.D. ELHAI - D. GRANT - I. KONING - H.J. RUMPF - R. VAN DEN EIJNDEN, *Problematic social media use in childhood and adolescence*, in *Addictive behaviors*, 2024, 107980.

(19) J. NESI - T.A. BURKE - A.H. BETTIS - A.Y. KUDINOVA - E.C. THOMPSON - H.A. MACPHERSON - R.T. LIU, *Social media use and self-injurious thoughts and behaviors: A systematic review and meta-analysis*, in *Clinical psychology review*, 87, 2021, 102038.

(20) Autorità garante della concorrenza 5 marzo 2024, cit., 10.

(21) K. VOMBATKERE - S. MOUSAV - S. ZANNETTOU - F. ROESNER - K.P. GUMMADI, *TikTok and the Art of Personalization: Investigating Exploration and Exploitation on Social Media Feeds*, in *Proceedings of the ACM on Web Conference*, 2024 (3789-3797).

(22) Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2630, *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Persona fisica*, n. 219, secondo cui costituisce pratica commerciale ingannevole per un social network (ex art. 20-23 cod. consumo - d.leg. 6 settembre 2005 n. 206) omettere informazioni rilevanti per consentire al consumatore di decidere consapevolmente di registrarsi alla sua piattaforma e, invece, lasciare supporre che sia possibile ottenere "gratuitamente" il vantaggio collegato ai suoi servizi, senza comunicare che ciò avverrà se i dati saranno resi disponibili a soggetti commerciali non definibili anticipatamente, operanti in settori non preindicati, e che li utilizzeranno per finalità di uso commerciale e di diffusione pubblicitaria (anche attraverso forme di profilazione). L. CASALINI, *Dati personali all'intersezione tra diritto del consumo e tutela della privacy*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1605 ss.; A.L. TARASCO - M. GIACCAGLIA, *Facebook è "gratis"? "Mercato" dei dati personali e giudice amministrativo*, in *Dir. economia*, 2020, 265-303.

(23) D. KLUG - Y. QIN - M. EVANS - G. KAUFMAN, *Trick and please. A mixed-method study on user assumptions about the TikTok algorithm*, in *Proceedings of the 13th ACM Web Science Conference*, 2021, 84-92.

(24) A. BRUNS, *Producersage*, in *Proceedings of the 6th ACM SIGCHI Conference on Creativity & Cognition*, 2007, 99-106 <<https://dl.acm.org/doi/10.1145/1254960.1254975>>.

produttori e utenti di contenuti, perché la piattaforma disincentiva il suo uso meramente passivo⁽²⁵⁾.

Gli studi settoriali sugli utenti di TikTok hanno applicato parametri qualitativi nell'analisi dei contenuti⁽²⁶⁾ o metodi di "walkthrough" cognitivi⁽²⁷⁾, attraverso la creazione di profili fittizi⁽²⁸⁾, per ricostruire le esperienze dei fruitori⁽²⁹⁾, ovvero verificare le teorie più diffuse sull'algoritmo dell'app⁽³⁰⁾.

Da siffatte ricerche emerge che tali algoritmi applicano il processamento del linguaggio naturale⁽³¹⁾ per classificare elementi testuali e componenti audio nei video caricati, nonché la tecnologia di visione artificiale⁽³²⁾ per individuare e categorizzare automaticamente gli oggetti visivi⁽³³⁾. Insieme all'analisi degli hashtag e delle didascalie dei video, queste informazioni vengono apparentemente utilizzate per valutare un video ai fini della selezione da parte dell'algoritmo di raccomandazione⁽³⁴⁾.

I nuovi video vengono dapprima proposti a un piccolo gruppo di utenti e poi, se graditi, mostrati a un pubblico più vasto⁽³⁵⁾. Questo significa che, in via generale, qualsiasi video di qualsiasi utente può essere evidenziato nella pagina "per te", che può presentare video molto recenti e altamente popolari insieme a video più vecchi o con pochi like⁽³⁶⁾.

Con l'entrata in vigore del DSA, TikTok ha introdotto un'opzione opt-out per eliminare la personalizzazione delle pagine, compreso il feed "per te", in precedenza impostato di default, consentendo quindi la visualizzazione dei soli video più popolari nell'area geografica di riferimento dell'utente, indipendentemente dall'età ovvero da altri fattori individuali. A parere di chi scrive si tratta di un peggioramento nella protezione dei fruitori vulnerabili perché i contenuti rimangono alla mercé della dinamicità dell'algoritmo a seconda delle variazioni di popolarità. In questa piega della normativa emerge, quindi, la questione relativa alla congruità del comportamento di TikTok, in particolare per quanto concerne le sue linee guida.

(25) C. MONTAG - H. YANG - J.D. ELHAI, *On the psychology of TikTok use: A first glimpse from empirical findings*, in *Frontiers in public health*, 2021, 9, 641673.

(26) D. KLUG - Y. QIN - M. EVANS - G. KAUFMAN, *Trick and please*, cit.; M. KHATTAB, *Synching and performing: body (re)-presentation in the short video app TikTok*, in *Wider Screen* 21, 1-2 (2020).

(27) D. KLUG - Y. QIN - M. EVANS, G. KAUFMAN, *op. cit.*; D. BONDY, V. KAYE - A. RODRIGUEZ - P. WIKSTROM, *You Made This? I Made This: Cultures Of Automatic (Mis) Attribution On Tiktok*, in *AoIR Selected Papers of Internet Research*, 2020.

(28) S. MOUSAVI - K.P. GUMMADI - S. ZANNETTOU, *Auditing Algorithmic Explanations of Social Media Feeds: A Case Study of TikTok Video Explanations*, in *Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2024, Vol. 18, pp. 1110-1122.

(29) K. VOMBATKERE - S. MOUSAVI - S. ZANNETTOU - F. ROESNER - K.P. GUMMADI, *TikTok and the Art of Personalization: Investigating Exploration and Exploitation on Social Media Feeds*, in *Proceedings of the ACM on Web Conference*, 2024, 3789-3797.

(30) D. KLUG - Y. QIN - M. EVANS, G. KAUFMAN, *op. cit.*; A. BHANDARI, S. BIMO, *TikTok And The "Algorithmized Self": A New Model Of Online Interaction*, in *AoIR Selected Papers of Internet Research*, 2020.

(31) S.C. FANNI - M. FEBI - G. AGHAKHANYAN - E. NERI, *Natural language processing*, in *Introduction to Artificial Intelligence*, Cham, 2023, 87-99; J.G.C. RAMÍREZ, *Natural Language Processing Advancements: Breaking Barriers in Human-Computer Interaction*, *Journal of Artificial Intelligence General Science*, 2024, 202, 4, 3(1), 31-39.

(32) M. LEO - G. MEDIONI - M. TRIVEDI - T. KANADE, G.M. FARINELLA, *Computer vision for assistive technologies*, in *Computer Vision and Image Understanding*, 2017, 154, 1-15.

(33) D. KLUG - Y. QIN - M. EVANS - G. KAUFMAN, *op. cit.*

(34) Autorità garante della concorrenza 5 marzo 2024, cit.; D. KLUG - Y. QIN - M. EVANS - G. KAUFMAN, *op. cit.*; K. SCANLON, *The App That Knows You Better than You Know Yourself: An Analysis of the TikTok Algorithm*, 2020 <<https://chatbotslife.com/the-app-that-knows-you-better-than-you-know-yourself-an-analysis-of-the-tiktok-algorithm-be12eeafab5a>>.

(35) D. KLUG - Y. QIN - M. EVANS - G. KAUFMAN, *op. cit.*

(36) Secondo quanto pubblicato da TikTok stesso già nel 2020, l'algoritmo si concentra principalmente su suoni, hashtag e didascalie utilizzati nei video con cui un utente ha interagito e raccomanda contenuti simili (<<https://newsroom.tiktok.com/en-us/how-tiktok-recommends-videos-for-you>>).

Nel contesto dello sfruttamento economico degli utenti e del loro tempo, agli inserzionisti è consentito profilare la comunicazione pubblicitaria mediante un apposito pannello di controllo. Tale pannello permette di verificare la localizzazione geografica, il sesso, la fascia d'età, la lingua, la capacità di spesa e gli interessi dei consumatori iscritti alla piattaforma. La combinazione di tali dati, della quale gli utenti sembrano essere inconsapevoli, risulta estremamente accurata ed è volta a creare collegamenti tra gli utenti stessi al fine di incrementare il loro coinvolgimento e, conseguentemente, il tempo trascorso sulla piattaforma. Inoltre, una profilazione così dettagliata porta a estendere le abitudini di frequenza rispetto a quelle originarie, con la possibilità di provocare una dipendenza psicologica dall'uso della piattaforma come se questa rivestisse i panni di una sorta di pifferaio magico moderno⁽³⁷⁾, utilizzando i video quali odierni sostituti del più tradizionale flauto.

Così come descritta, siffatta pratica parrebbe violare l'art. 25, comma 1, lett. c), cod. consumo perché costituisce un illecito condizionamento degli utenti minori e vulnerabili attraverso il sistema di raccomandazione derivante dalla personalizzazione non trasparente dei contenuti. Il potenziale dannoso deriva dalla ripetuta esposizione ai video pericolosi attraverso il sistema di raccomandazione, che ne amplifica la nocività mediante la riproduzione continua di tali contenuti per ogni singolo utente. Pertanto, il sistema di raccomandazione, presentato come "garante" della sicurezza e del benessere forniti da TikTok, si trasforma da un rassicurante Dr. Jekyll in un Mr. Hyde in grado di creare dipendenza dalla piattaforma e di monetizzare la stessa, anziché proteggere le persone vulnerabili.

Il riscontro di detta strategia risiede nella scarsa conoscenza e nel limitato utilizzo da parte degli utenti dei sistemi di opt-out dalla profilazione algoritmica durante la fruizione dei contenuti. Infatti, all'atto dell'iscrizione alla piattaforma, il sistema di raccomandazione viene fornito di default, limitando *ab origine* la libertà di scelta del neoiscritto, poiché è l'utente a doversi attivare per disabilitare l'opzione. In tale contesto, l'utente vulnerabile subirebbe, a vantaggio della piattaforma, le conseguenze della sua inconsapevolezza riguardo all'esistenza di un meccanismo formalmente presente per la sua tutela, ma sostanzialmente non fruibile, poiché ciò che non si conosce diventa inaccessibile.

Riepilogando, da quanto esposto emerge con chiarezza la strategia commerciale della piattaforma, volta a mantenere contenuti particolarmente attrattivi per gli utenti, anche a prezzo dello sfruttamento delle loro vulnerabilità. Tale approccio mira a massimizzare l'acquisizione di nuovi consumatori, prolungarne il tempo di permanenza sulla piattaforma e incrementarne il coinvolgimento, al fine ultimo di ottimizzare la redditività derivante dagli introiti pubblicitari.

Il ruolo attivo della piattaforma in questo meccanismo è dimostrato dalla concreta conoscibilità dei contenuti dei video ai fini di indirizzo del sistema di raccomandazione personalizzato dalla profilazione algoritmica.

3. La (fittizia?) barriera difensiva degli utenti vulnerabili: le linee guida di TikTok

Le linee guida, i codici di condotta, le regole della community sono condizioni contrattuali, predisposte dalle piattaforme ovvero dai gestori del social network, alle quali l'utente è obbligato ad aderire quando chiede di iscriversi ai loro servizi. Alla luce dell'art. 1322, comma 2, c.c. esse rappresentano un interessante ambito di confronto tra l'elemento giuridico, regolatorio dell'accesso al servizio, e gli aspetti più innovativi dello spazio virtuale. L'accordo tra l'utente e il social network è riconducibile ad un contratto atipico di durata, sinallagmatico, dalle clausole stabilite unilateralmente, la cui causa va ricercata nello scambio di prestazioni: da un lato, i dati personali dell'utente e, dall'altro, il suo accesso al servizio offerto dalla piattaforma⁽³⁸⁾.

Ci si può domandare se, a fini di marketing, le linee guida di un social network possano trasformarsi in altro, ovvero in dichia-

(37) *Die Kinder zu Hameln*, in JACOB und WILHELM GRIMM, *Deutsche Sagen. Zwei Bände in einem Band*, München [1965], n. 245.

(38) G. CITARELLA, *Facebook, standard unilaterali di condotta e memoria condivisa*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 778.

razioni che manifestano intenzioni ed elementi extragiuridici⁽³⁹⁾. La questione non è sconosciuta né alla dottrina⁽⁴⁰⁾, né alla giurisprudenza⁽⁴¹⁾, ed è di grande delicatezza perché concerne la regolamentazione dello spazio virtuale comune ove si svolgono le attività della collettività degli utenti. Tuttavia, questi ultimi solo apparentemente sono in grado di influenzare il contenuto delle regole, seppure con il termine “community” si possa fare riferimento all’insieme degli utenti stessi, dando l’idea di un enorme insieme di persone⁽⁴²⁾ che condividono i medesimi valori etici e morali. Al contrario, si osserva che tale spazio è di proprietà della piattaforma stessa, che stabilisce testo e interpretazione delle sue linee guida attraverso le modalità di applicazione da essa ideate e gestite attraverso altri sistemi algoritmici⁽⁴³⁾ ovvero gruppi di decisori all’uopo preposti⁽⁴⁴⁾.

Quanto a TikTok, le sue linee guida stabiliscono un *corpus* normativo con l’obiettivo dichiarato di rendere la piattaforma “uno spazio sicuro e accogliente per tutti”. Particolare attenzione è riservata alla tutela dei minori, nei cui riguardi la piattaforma declama un impegno sostanziale, pur in assenza di procedure di verifica dell’età degli utenti, oltre all’autocertificazione⁽⁴⁵⁾. Infatti, non sono previsti strumenti che impediscano agli utenti infratredicenni di inserire false informazioni sulla propria età, nonostante i contenuti creati dagli infrasedicenni non siano inseriti nel feed “per te” e tali materiali non possano essere raggiunti con strumenti di ricerca.

Più in dettaglio. Le suddette linee guida sanciscono espressamente il divieto di contenuti che rappresentino abuso, sfruttamento o messa in pericolo di minori, prevedendone la rimozione immediata all’atto del rilevamento. Una disciplina specifica è altresì prevista in materia di “atti pericolosi e sfide”, vietando la condivisione di materiali che possano indurre a comportamenti

lesivi dell’incolumità personale o in violazione delle linee guida stesse. Una volta analizzate le regole, occorre però verificare come le medesime siano applicate, in particolare per quel che concerne la procedura di rimozione dei contenuti illeciti ovvero contrari al loro stesso tenore. Tanto le linee guida, quanto l’istruttoria Agcom evidenziano la doppia modalità di analisi dei video caricati sulla piattaforma. In un primo momento i video caricati vengono sottoposti a una “revisione automatizzata” che esamina le informazioni relative a testi, audio e video, rilevando anche oggetti e simboli. All’esito di tale vaglio il contenuto viene rimosso se risulta palesemente contrario alle linee guida. Tale valutazione automatizzata si basa su un procedimento che valuta le specifiche soglie di pericolosità, sopra le quali successivamente si innesca l’intervento manuale. Siffatta seconda revisione è effettuata da un team di moderatori composto da un gruppo di persone fisiche, conosciuto come il “Trust and Safety Team”. Questi valutatori sono concentrati su specifiche aree di contenuti, nello specifico: disinformazione e hate speech, molestie, disturbi alimentari e le sfide.

Va ricordato che, nel caso in esame, i video oggetto di duplice analisi riguardavano la challenge, la sfida della French scarf: nonostante la presenza di comportamenti autolesionistici, il video aveva superato indenne sia la valutazione automatica sia quella del collegio formato da incaricati umani. In entrambe le fasi decisive, la challenge non era stata considerata pericolosa, né contraria alle linee guida sui pregiudizi autoinflitti: si sarebbe trattato di una semplice sfida in quanto gli atti in questione non sembravano porre a rischio la vita umana, né parevano illustrare gesti collegati a problemi di natura psichica, ma si limitavano a riprodurre un comportamento apparentemente accettabile, anzi addirittura innocuo, perché indotto dal desiderio di “apparire interessanti”⁽⁴⁶⁾.

Solo dopo il rumoreggiare dell’opinione pubblica detti video sono stati rimossi⁽⁴⁷⁾. A quel punto si è posta una questione sulla competenza specialistica dei membri del team di moderazione, composto da soggetti reclutati senza particolari requisiti e formati solo sul trattamento di contenuti manifestamente illegali, sessuali e violenti, ma non adeguatamente istruiti sulla fragilità dei minori. Sembra, invece, che la loro attenzione fosse rivolta principalmente a valutare se la limitazione dell’accesso ai video illustrativi della challenge avrebbe potuto comportare una perdita di spazi pubblicitari e, di conseguenza, di ricavi.

In linea di principio il ruolo primario delle linee guida è quello di assicurare gli utenti sull’offerta di frequentazione di un ambiente pulito ed amichevole, sicuro e accogliente per tutti, cioè “protetto”, grazie ai severi controlli su un ampio spettro di tematiche, cioè quelle affidate allo scrutinio del team umano di revisori, incaricato di rimuovere “ogni sorta di contenuto” in contrasto con le medesime linee guida. Ciò denoterebbe una almeno apparente attenzione ai fruitori vulnerabili e ai giovani, focalizzandosi su temi particolarmente delicati, cioè atti pericolosi e sfide, suicidio, autolesionismo e alimentazione scorretta. L’Agcom obietta che, seppur esplicite su questi punti, nonché espressione di principi virtuosi, tali linee guida erano soggette a interpretazione discrezionale, rischiando di tradursi, nel momento della loro applicazione, in una elusione dei summenzionati principi.

Ulteriormente, le linee guida classificano come pericolosi i contenuti che presentano una illiceità manifesta, ma non quelli semplicemente contrari alle sensibilità culturali, emotive e psicologiche condivise, come accaduto nella vicenda relativa alla “cicatrice francese”. Infatti, i video riguardanti questa challenge hanno conquistato la viralità, indipendentemente dalle procedure di controllo incapaci di cogliere la loro illiceità, consentendo anzi di continuarne la diffusione, a scapito della vulnerabilità dei loro spettatori.

In conclusione, sebbene il provvedimento dell’Agcom sia impugnabile, esso rappresenta un importante spunto di riflessione del quale tenere conto sia per quanto concerne la diffusione di

(39) Per esempio, sul sito web della piattaforma è pubblicato il “Rapporto sull’applicazione delle linee guida della community” (<<https://www.tiktok.com/transparency/it-it/community-guidelines-enforcement-2023-3/>>) con dati pubblicati il 23 dicembre 2024, ma riguardanti tutti gli ordinamenti ove TikTok svolge il suo servizio e pertanto di non immediata, né facile fruibilità.

(40) B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d’odio in rete. Casapound vs Facebook: atto III*, in *Dir. informazione e informatica*, 2023, 245; A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, in *Giur. it.*, 2023, 1542 ss.; D. CACIOPPO, *Osservazioni in chiave pubblicistica sui provvedimenti restrittivi delle piattaforme digitali*, in *Nuova giur. civ.*, 2023, 816; M. CIANCIMINO, *La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui social network*, in *Dir. famiglia*, 2022, 360 ss.; G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali: un’analisi comparata dell’approccio statunitense ed europeo alla garanzia della libertà di espressione*, in <dpce.it>, 2022, 50; S. SCANDOLA, *Recesso e responsabilità del gestore di un social network in caso di disattivazione ingiustificata del profilo di un utente*, in <giustiziacivile.com>, 2021; G. PASSARELLI, *La metamorfosi dei social media. La rilevanza sociale nell’attuale agorà digitale di un servizio “privatistico”*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 1195.

(41) In giurisprudenza la questione affrontata riguarda la tutela della libertà di manifestazione del pensiero e il contratto ai discorsi d’odio, riconoscendo il diritto della piattaforma (in questo caso Facebook) di chiudere l’account di una associazione che, secondo le condizioni contrattuali, esprimeva contenuti incitanti all’odio razziale (Trib. Roma, ord. 12 dicembre 2019, *Foro it.*, 2020, I, 722; 23 febbraio 2020, *Banca dati One Legale*; 3 dicembre 2022, n. 17909, *ForoPlus*). La questione si è riproposta per quel che riguardava la diffusione di “fake news” in materia di vaccinazioni contro il Covid-19 (Trib. Varese, ord. 2 agosto 2022, *ibid.*).

(42) Autorità garante della concorrenza 5 marzo 2024, 6.; A.M. DEFI - A. HUFAD, *Gender and Social Behavior of Tiktok Users: Necessity, Polularity or Lifestyle?*, in *Journal of Gender and Millennium Development Studies*, 2023, 1(1), 1-11; S. BESTVATER, *How US Adults Use TikTok*, in <<https://www.pewresearch.org/internet/2024/02/22/how-u-s-adults-use-tiktok/>>, 2024.

(43) R. GORWA - R. BINNS - C. KATZENBACH, *Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance*, in *Big Data & Society* 7, no. 1, 2020, 2053951719897945; G. DE GREGORIO, *Democratizing online content moderation: A constitutional framework*, in *Computer Law & Security Review*, 36 (2020): 105374.

(44) M. KATSAROS - J. KIM - T. TYLER, *Online content moderation: does justice need a human face?*, in *International Journal of Human-Computer Interaction* 40, no. 1, 2024, 66-77.

(45) G. CAPPILLI, *Minori in rete tra consenso e verifica dell’età. Analisi comparata e proposte di adeguamento al Gdpr*, in <media-laws.it>, 2024, 1, 3 ss.

(46) Solo a seguito della rilevanza mediatica di tale fenomeno, TikTok ha escluso in via precauzionale tali video dal feed “Per te”, impedendone l’accesso agli utenti minorenni e inserendo un apposito warning per quelli maggiorenni con l’avvertenza che “la partecipazione a questa attività potrebbe causare pericoli a te o ad altri” (p. 11 del provvedimento).

(47) V. MONTANI, *Agcom interviene su TikTok: rimossi i video dannosi per i minori*, in <dmr.it>, 21 febbraio 2024.

contenuti virali che possono disturbare l'equilibrio degli utenti più fragili per età o per condizioni personali, sia per una equilibrata valutazione delle clausole di autodisciplina delle piattaforme.

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE; sentenza 4 marzo 2024, n. 52; Pres. NAPOLI, Est. BERTI ARNOALDI VELI, P.M. (VITIELLO); X.

Avvocato — Difensore di fiducia o d'ufficio — Mancata partecipazione all'udienza — Illecito disciplinare — Assenza di conseguenze negative per l'assistito — Irrilevanza (L. 31 dicembre 2012 n. 247, nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, art. 3, 14; • codice deontologico forense, 12, 26).

In difetto di una strategia difensiva concordata con il cliente, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante ai sensi dell'art. 26 cod. deontologico forense il difensore di fiducia o d'ufficio che non partecipi all'udienza, a nulla rilevando l'eventuale assenza di concrete conseguenze negative per il proprio assistito. (1)

Avvocato — Illecito disciplinare — Elemento soggettivo — Volontà consapevole dell'atto (L. 31 dicembre 2012 n. 247, art. 3, 14; • codice deontologico forense, art. 4).

Per integrare un illecito disciplinare sotto il profilo soggettivo è sufficiente la c.d. suitas ovvero la volontà consapevole dell'atto deontologicamente scorretto, senza che risulti necessaria, ai fini dell'imputabilità disciplinare, la consapevolezza dell'illegittimità della condotta (dolo o colpa). (2)

Fatto

L'avv. X è stata sottoposta a procedimento disciplinare dal consiglio distrettuale di disciplina di Milano per rispondere dei fatti di cui ai seguenti capi di incolpazione, in quattro procedimenti riuniti (riferiti a cinque diversi fascicoli, essendo un fascicolo duplicato):

«A) per avere violato gli art. 26, comma 3, 53 comma 1, 63, comma 2, cod. deontologico forense perché, quale difensore di fiducia del sig. Y, nel procedimento penale n. .../16 r.g.n.r. e.../17 r.g. del Tribunale di Milano, sez. I penale, non compariva all'udienza del 17 novembre 2017, né alla successiva udienza del 22 gennaio 2018, nonostante avesse ricevuto rituale notifica del decreto di citazione diretta a giudizio, sia in proprio, sia quale domiciliataria dell'imputato, né provvedeva a farsi sostituire, né comunque comunicava formalmente di avere rinunciato al mandato (fascicolo.../2018 Cdd — [Consiglio distrettuale di disciplina]).

In Milano in data 17 novembre 2017 e 22 gennaio 2018;

B) per avere violato gli art. 26, comma 3, 53, comma 1, 63, comma 2, cod. deontologico forense perché quale difensore di fiducia del sig. Z, nel procedimento penale n. .../15 r.g.n.r. e.../18 r.g. del Tribunale penale di Monza, non compariva all'udienza del 9 aprile 2018, pur avendo ricevuto regolare notifica del decreto di citazione diretta a giudizio il 17 ottobre 2017, né all'udienza del 10 dicembre 2018, nonostante fosse stata avvisata dall'avvocato..., che l'aveva sostituita ex art. 97, comma 4, c.p.p. all'udienza del 9 aprile 2018, né compariva all'udienza del 29 aprile 2019, nonostante fosse stata avvisata via pec del verbale della precedente udienza, né provvedeva a farsi sostituire, né comunque comunicava formalmente di avere rinunciato al mandato (fascicoli.../19 e.../19 Cdd).

In Monza in data 9 aprile 2018 e 10 dicembre 2018 e 29 aprile 2019;

C) per avere violato gli art. 26, comma 3, 53 comma 1, 63 comma 2, cod. deontologico forense, perché quale difensore di fiducia del sig. Z, nel procedimento penale n. .../13 r.g.n.r.

e.../18 r.g. del Tribunale di Milano, sez. IX penale, non compariva all'udienza del 6 febbraio 2019, né alla successiva udienza del 5 novembre 2019, né provvedeva a farsi sostituire, né comunque comunicava formalmente di avere rinunciato al mandato (fascicolo.../19 Cdd).

In Milano in data 6 febbraio 2019 e 5 novembre 2019;

D) per essere venuta meno ai doveri di aggiornamento professionale di cui all'art. 15 cod. deontologico forense e sanzionato dall'art. 70, comma 6, cod. deontologico forense per non avere adempiuto all'obbligo formativo per il triennio 2014/201,6 non avendo conseguito alcun credito formativo in luogo dei 60 obbligatori.

In Milano sino al 31 dicembre 2016, data di scadenza del triennio».

I primi tre fascicoli nascevano da segnalazioni inviate dai Tribunali di Milano e Monza per mancate presenze dell'incolpata, quale difensore, a udienze celebrate in altrettanti procedimenti penali; il quarto fascicolo nasceva da una segnalazione dell'ordine di appartenenza per mancato assolvimento, da parte dell'incolpata, dell'obbligo formativo triennale.

Né in sede preistruttoria, né nel corso del procedimento disciplinare l'incolpata presentava deduzioni, in nessuno dei procedimenti suddetti, né partecipava alle tre udienze dibattimentali, in occasione di ciascuna delle quali presentava istanza di rinvio adducendo legittimi impedimenti.

All'esito del dibattimento il consiglio di disciplina, ritenuti provati i fatti di cui ai capi di incolpazione, applicava la sanzione della sospensione per sei mesi dall'esercizio della professione.

A fondamento della decisione, il consiglio di disciplina poneva, sinteticamente, le seguenti motivazioni:

— «quanto addebitato (all'incolpata) è stato ben documentato dagli esponenti e dall'istruttore»;

— «nessuna evidenza contraria è stata adottata dall'incolpata, né ne è emersa indicazione in istruttoria»;

— «i comportamenti posti in essere (dall'incolpata) integrano ogni violazione contestata e hanno causato nocumento alle parti dalla stessa assistite fiduciarmente»;

— «la violazione dell'onere formativo, mai ottemperato dall'incolpata, non ha alcuna giustificazione».

L'incolpata impugnava la decisione del consiglio di disciplina con ricorso depositato il 10 gennaio 2023, nel quale, con riferimento al capo d) d'incolpazione (la violazione dell'obbligo formativo), si doleva del fatto che il consiglio di disciplina non avesse tenuto conto della difficile situazione familiare della stessa, come documentata e consistente nella necessità di prestare assistenza alla madre anziana e invalida al 100 per cento e con una patologia di cecità parziale, circostanza che, sommata alla morte prematura del padre, le avrebbe impedito — giustificatamente — di seguire corsi di aggiornamento.

Con riferimento ai capi d'incolpazione *sub a), b) e c)* (la mancata partecipazione alle udienze), l'incolpata deduceva:

— di essere, alla data di sottoscrizione del ricorso, ancora difensore di fiducia dei sig. Z e Y (quindi con riferimento a tutti e tre i capi), i quali non le avevano revocato il mandato in tutti gli altri numerosi procedimenti penali ancora in corso;

— in riferimento al procedimento penale a carico del sig. Y (oggetto del capo a), di avere inteso, sbagliando, che il procedimento penale fosse un altro, sempre a carico del sig. Y, che si teneva sempre nello stesso giorno;

— in riferimento al procedimento penale n. .../2013 del Tribunale di Milano (oggetto del capo c), di essere comparsa in udienza «chiarendo con il giudice il malinteso e portando il processo fino alla sentenza», cosicché non vi sarebbe stato «alcun dolo o negligenza nella mancata comparizione».

La ricorrente chiedeva, pertanto, che «venga revocata la misura disciplinare... afflitta e, in subordine, che venga rideterminata in maniera più favorevole».

Motivi della decisione

La mancata partecipazione dell'incolpata a tutte le sette udienze di cui ai capi d'incolpazione è circostanza pacificamente acquisita, che l'incolpata non ha contestato.

zeichnung bei der Werbung für Kraftfahrzeuge, in *Ecolex*, 2016, 993; JACOB, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2016, 1098).

b) nella sentenza *Verband Sozialer Wettbewerb (Contenitori a rendere)*, in cui si è escluso che la nozione di «prezzo di vendita» comprenda l'importo della cauzione che il consumatore è tenuto a versare all'atto dell'acquisto di prodotti confezionati in contenitori a rendere (Corte giust. 29 giugno 2023, causa C-543/21, *Foro it.*, Rep. 2023, voce cit., n. 1496, e *Guida al dir.*, 2023, fasc. 27, 96, con nota di CASTELLANETA).

La pronuncia in epigrafe risolve una questione ermeneutica concernente la regolamentazione degli annunci di riduzione del prezzo di cui all'art. 6 *bis* della direttiva 98/6/Ce, introdotto dall'art. 2, n. 1), della direttiva (Ue) 2019/2161 (per l'ordinamento italiano la norma attuativa di siffatta regolamentazione è l'art. 17 *bis* cod. consumo, ivi inserito dall'art. 1, comma 2, d.leg. 7 marzo 2023 n. 26). In particolare, nel caso di specie il Landgericht Düsseldorf aveva chiesto lumi circa l'esigenza di calcolare la riduzione di prezzo contenuta in un annuncio sulla base del «prezzo precedente», ossia del «prezzo più basso applicato dal professionista durante un periodo di tempo non inferiore a 30 giorni prima dell'applicazione di detta riduzione». I giudici di Lussemburgo danno una risposta affermativa a tale interrogativo, interpretando la disposizione in esame alla stregua degli obiettivi di tutela dei consumatori, perseguiti dalla medesima norma e più in generale dalla direttiva in cui essa trova posto. Non può ritenersi, dunque, idonea la semplice menzione nell'annuncio del «prezzo precedente», a titolo puramente informativo, circostanza quest'ultima che — se la riduzione non viene presentata come si è poc'anzi evidenziato — rischierebbe di essere decettiva per i consumatori.

La commissione europea ha inteso fornire indicazioni sull'interpretazione e l'applicazione del citato art. 6 *bis*, mediante un'apposita comunicazione, pubblicata in G.U.U.E. C 526 del 29 dicembre 2021. In tale documento si legge che «qualunque riduzione percentuale indicata deve essere basata sul prezzo “precedente” stabilito conformemente» a detta disposizione; e si aggiunge che la stessa norma «non impedisce al venditore che annunci una riduzione di prezzo di indicare altri prezzi di riferimento, purché tali prezzi di riferimento supplementari siano spiegati in maniera chiara e non creino confusione né distolgano l'attenzione del consumatore dall'indicazione del prezzo “precedente”».

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA; sezione II; sentenza 19 settembre 2024, causa C-264/23; Pres. PRECHAL, Rel. WAHL, Avv. gen. COLLINS (concl. conf.); Booking.com BV e altro c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri.

Unione europea — Concorrenza — Contratti conclusi tra una piattaforma di prenotazione online e strutture alberghiere — Clausole di parità delle tariffe — Carattere accessorio — Esclusione (Trattato Fue, art. 101).

L'art. 101, par. 1, Tfue deve essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, non esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi. (1)

Unione europea — Concorrenza — Contratti conclusi tra una piattaforma di prenotazione online e strutture alberghiere — Definizione del mercato rilevante (Trattato Fue, art. 101; • regolamento 20 aprile 2010 n. 330/2010/Ue della commissione relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, (Tfue) a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, art. 3).

L'art. 3, par. 1, del regolamento (Ue) 330/2010 della commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, Tfue, a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera online funge da intermediario nelle transazioni concluse tra strutture alberghiere e consumatori, la definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione delle soglie delle quote di mercato stabilite in tale disposizione richiede un esame concreto della sostituibilità, dal punto di vista dell'offerta e della domanda, tra i servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita. (2)

1. — La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 101 Tfue e del regolamento (Ue) 330/2010 della commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, [Tfue] a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (G.U. 2010, L 102, pag. 1).

2. — Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, Booking.com BV e Booking.com (Deutschland) GmbH (in prosieguo, congiuntamente: «Booking.com») e, dall'altro, la 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altre 62 strutture alberghiere situate in Germania, in merito alla validità, alla luce dell'art. 101 Tfue, delle clausole di parità della tariffa utilizzate da Booking.com nei contratti stipulati con tali esercizi.

Contesto normativo

Il regolamento (Ce) 1/2003

3. — L'art. 11 del regolamento (Ce) 1/2003 del consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101 e 102 Tfue] (G.U. 2003, L 1, pag. 1), intitolato «Cooperazione fra la commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri», prevede:

«1. La commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza [del diritto dell'Unione] in stretta collaborazione.

(...)

5. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono consultare la commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto [dell'Unione].

(...)».

Il regolamento 330/2010

4. – Conformemente al suo art. 10, comma 2, il regolamento 330/2010 è scaduto il 31 maggio 2022.

5. – I considerando 5 e 9 di tale regolamento enunciavano quanto segue:

«(5) Il beneficio dell'esenzione per categoria di cui al presente regolamento deve essere limitato agli accordi verticali per i quali si può presupporre con sufficiente certezza la conformità alle condizioni di cui all'art. 101, par. 3, [Tfue].

(...)

(9) Qualora la quota di mercato superi la soglia del 30 per cento, non è possibile presumere che gli accordi verticali che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 101, par. 1, [Tfue] implicino generalmente vantaggi oggettivi di natura ed ampiezza tali da compensare gli svantaggi che determinano sotto il profilo della concorrenza. Al tempo stesso, non è possibile nemmeno presumere che tali accordi verticali rientrino nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1, [Tfue] o che non soddisfino le condizioni di cui al par. 3 di detto articolo».

6. – Ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. a) di tale regolamento:

«Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni:

a) per «accordi verticali» si intendono gli accordi o le pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi».

7. – L'art. 2 del medesimo regolamento disponeva quanto segue:

«1. Conformemente all'art. 101, par. 3, [Tfue], e salvo il disposto del presente regolamento, l'art. 101, par. 1, [Tfue] è dichiarato inapplicabile agli accordi verticali.

La presente esenzione si applica nella misura in cui tali accordi contengano restrizioni verticali.

(...))».

8. – L'art. 3, par. 1, del regolamento 330/2010 recitava come segue:

«L'esenzione di cui all'art. 2 si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30 per cento del mercato rilevante sul quale vende i beni o servizi oggetto del contratto e la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30 per cento del mercato rilevante sul quale acquista i beni o servizi oggetto del contratto».

La direttiva 2014/104/UE

9. – L'art. 1 della direttiva 2014/104/UE del parlamento europeo e del consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (G.U. 2014, L 349, pag. 1), intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva stabilisce alcune norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno. Essa stabilisce norme per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento, garantendo a qualsiasi soggetto che abbia subito danni di questo tipo una protezione equivalente in tutta l'Unione [europea].

2. La presente direttiva stabilisce norme per il coordinamento fra l'applicazione delle regole di concorrenza da parte delle autorità garanti della concorrenza e l'applicazione di tali regole nelle azioni per il risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali».

10. – Ai sensi dell'art. 9 di tale direttiva, rubricato «Effetto delle decisioni nazionali»:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi degli art. 101 o 102 Tfue o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.

2. Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del par. 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti.

3. Il presente art. lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'art. 267 Tfue».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

11. – Booking.com BV, una società di diritto olandese con sede in Amsterdam (Paesi Bassi), è stata fondata nel 1996 e offre un servizio mondiale di intermediazione per la prenotazione di alloggi mediante la sua piattaforma online booking.com. Essa è coadiuvata nelle sue attività da società figlie stabilite in altri Stati membri, in particolare, in Germania, dalla Booking.com (Deutschland).

12. – Booking.com non è né fornitore né acquirente di prestazioni alberghiere. Essa non determina neppure gli alloggi né i prezzi corrispondenti proposti sulla sua piattaforma, dato che tali elementi sono definiti dalle strutture alberghiere. Così, Booking.com si limita a mettere in contatto, sulla sua piattaforma, strutture e viaggiatori.

13. – I servizi offerti dalla piattaforma gestita da Booking.com sono gratuiti per i viaggiatori. Le strutture ricettive pagano una commissione a Booking.com nel caso in cui un cliente effettui una prenotazione mediante tale piattaforma e non la annulli. Indipendentemente da detta piattaforma, tali strutture possono utilizzare canali di vendita alternativi.

14. – Al momento del suo ingresso sul mercato tedesco nel 2006, Booking.com, al pari di altre piattaforme di prenotazione alberghiera, note anche come «Online Travel Agency (OTA)» (agenzia di viaggi online) inseriva nelle condizioni generali degli accordi conclusi con i prestatori di servizi alberghieri una clausola cosiddetta di «parità ampia». In forza di detta clausola, tali prestatori non erano autorizzati ad offrire, sui propri canali di vendita o su canali di vendita gestiti da terzi, ivi compresi gli OTA concorrenti, stanze ad un prezzo inferiore a quello offerto sul sito di Booking.com.

15. – Con una decisione del 20 dicembre 2013, il Bundeskartellamt (Autorità federale garante della concorrenza, Germania) ha concluso, in sostanza, che la clausola di parità ampia utilizzata dalla Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH (in prosieguo: la «HRS»), una delle OTA attive sul mercato tedesco, era in contrasto con il divieto di intese vigente nel diritto dell'Unione e nel diritto tedesco, e ha ingiunto la cessazione del suo utilizzo.

16. – Nel corso del 2013 tale autorità ha altresì avviato un'indagine relativa alla clausola di parità ampia utilizzata da Booking.com, che era analoga a quella che era stata utilizzata dalla HRS.

17. – Con una sentenza del 9 gennaio 2015, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania) ha respinto il ricorso proposto dalla HRS avverso la decisione di detta autorità del 20 dicembre 2013. Tale sentenza, che non è stata impugnata, è passata in giudicato.

18. – A partire dal 1° luglio 2015 Booking.com si è impegnata, di concerto con le autorità francesi, italiane e svedesi garanti della concorrenza, a rimuovere la clausola di parità ampia dalle sue condizioni generali di contratto e a sostituirla con una cosiddetta clausola detta «di parità ristretta», in base alla quale il divieto posto ai fornitori di servizi alberghieri di offrire le loro camere a prezzi migliori di quelli offerti su Bo-

oking.com si applica solo alle offerte fatte attraverso i propri canali di vendita.

19. – Con una decisione del 22 dicembre 2015, adottata dopo aver consultato la commissione ai sensi dell'art. 11, par. 5, del regolamento 1/2003, l'Autorità federale garante della concorrenza ha ritenuto che anche tale clausola di parità ristretta fosse contraria al divieto di intese ai sensi del diritto dell'Unione e del diritto tedesco, e ha ingiunto a Booking.com di cessarne l'utilizzo. Tale autorità ha ritenuto, in sostanza, che siffatte clausole limitassero la concorrenza sia sul mercato della fornitura di servizi alberghieri sia sul mercato della fornitura di servizi di intermediazione online da parte delle piattaforme ai prestatori di servizi alberghieri. Detta autorità ha inoltre considerato che, a causa della quota significativa detenuta da Booking.com nel mercato rilevante, tali clausole non potessero essere esentate ai sensi del regolamento n. 330/2010, e che non fossero soddisfatte nemmeno le condizioni per l'applicazione di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 101, par. 3, Tfu.

20. – Con una sentenza del 4 giugno 2019, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) ha accolto, in parte, il ricorso proposto dalla Booking.com avverso detta decisione del 22 dicembre 2015. Tale giudice ha ritenuto, in particolare, che la clausola di parità ristretta limitasse ben la concorrenza, ma potesse, tuttavia, in quanto restrizione accessoria, essere considerata necessaria per consentire a Booking.com di percepire un'equa remunerazione per la sua prestazione di servizi. Sarebbe quindi sleale da parte delle strutture alberghiere iscriversi alla piattaforma di prenotazione di Booking.com, ma incitare poi i clienti a prenotare direttamente presso di loro offrendo migliori tariffe sul proprio sito. Secondo il tribunale, la possibilità per le strutture alberghiere di trasferire le prenotazioni verso i propri sistemi di prenotazione costituisce una giustificazione sufficiente perché Booking.com impedisca contrattualmente a tali strutture di svolgere attività di «parassitismo» (free riding). Pertanto, tale clausola non poteva, secondo il medesimo giudice, essere considerata in contrasto con il divieto di intese previsto dal diritto nazionale e all'art. 101, par. 1, Tfu.

21. – Nel corso del 2020 l'Hotelverband Deutschland e. V., un'associazione che rappresenta più di 2 600 hotel, ha intentato un'azione di risarcimento danni contro Booking.com dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land, Berlino, Germania), chiedendo un risarcimento per il danno che i membri dell'associazione sostengono di aver subito a causa delle clausole di parità della tariffa.

22. – Con una decisione del 18 maggio 2021, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania), investito di un'impugnazione proposta dall'Autorità federale garante della concorrenza, ha annullato la decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) del 4 giugno 2019. Esso ha statuito che la clausola di parità ristretta limitava sensibilmente la concorrenza sul mercato delle piattaforme di prenotazione alberghiera online nonché su quello dei servizi alberghieri. Una siffatta clausola non poteva essere qualificata come «restrizione accessoria», poiché non era dimostrato che, in sua assenza, la redditività di Booking.com sarebbe stata compromessa. Tale clausola non potrebbe neppure beneficiare di un'esenzione ai sensi del regolamento 330/2010 o di qualsiasi altra esenzione dal divieto di intese vigente nel diritto dell'Unione e nel diritto tedesco.

23. – Il 23 ottobre 2020 Booking.com ha adito il Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi), giudice del rinvio nella presente causa, con una domanda diretta a far dichiarare, da un lato, che le clausole di parità da esso utilizzate non violavano l'art. 101 Tfu e, dall'altro, che i convenuti nel procedimento principale non avevano subito alcun danno a causa di tali clausole. Tali convenuti, in via riconvenzionale, hanno chiesto a detto giudice, da un lato, di dichiarare che Booking.com aveva violato l'art. 101 Tfu e, dall'altro, di condannare quest'ultima al risarcimento dei danni per violazione dell'art. 101 Tfu.

24. – Secondo il giudice del rinvio, che si è dichiarato competente a trattare la causa con una sentenza interlocutoria del 26 ottobre 2022, la questione da chiarire in primo luogo è se le clausole di parità della tariffa, tanto ampie quanto ristrette, che sono inserite nei contratti conclusi tra le OTA e i prestatori di servizi alberghieri, debbano, ai fini dell'applicazione dell'art. 101, par. 1, Tfu, essere qualificate come «restrizioni accessorie».

25. – Il giudice del rinvio constata che la corte non si è ancora pronunciata per chiarire se siffatte clausole, in forza delle quali una piattaforma di prenotazione online impedisce ai prestatori di servizi alberghieri affiliati a tale piattaforma di praticare prezzi inferiori — a seconda dei casi su tutti i canali di vendita o su taluni altri canali di vendita — a quelli proposti su tale piattaforma, possano, in quanto restrizioni accessorie, essere sottratte all'ambito di applicazione del divieto di intese di cui all'art. 101, par. 1, Tfu. Orbene, tale questione darebbe luogo ad analisi divergenti, il che potrebbe condurre all'adozione di decisioni contraddittorie.

26. – A tal riguardo, detto giudice si chiede se Booking.com non debba potersi tutelare dai rischi di parassitismo. Risulterebbe in particolare dalla giurisprudenza addotta dalle ricorrenti nel procedimento principale che non è necessario dimostrare che la violazione di una limitazione contrattuale metta a repentaglio la sopravvivenza dell'impresa, ma che è sufficiente che questa sia «compromessa». Si dovrebbe altresì rilevare che, nel frattempo, sia la clausola di parità ristretta sia la clausola di parità ampia sono state vietate per legge in Belgio, in Francia, in Italia e in Austria e che il procedimento attualmente pendente dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land, Berlino) verte sulla stessa questione di quella di cui trattasi nel presente procedimento.

27. – In secondo luogo, nell'ipotesi in cui si dovesse considerare che le clausole di parità controverse non possono essere qualificate come «restrizione accessoria», il giudice del rinvio ritiene che occorrerebbe allora chiarire se tali clausole possano essere esentate. Ai fini dell'applicazione del regolamento 330/2010, sarebbe necessario sapere come definire il mercato dei prodotti rilevante. Nel caso di specie, il giudice del rinvio ritiene che la maniera di definire il mercato rilevante, che riveste un carattere «multilaterale», manchi di chiarezza.

28. – In tali circostanze, il Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le clausole di parità, ampie e ristrette, nel contesto dell'art. 101, par. 1, Tfu, debbano essere considerate una restrizione accessoria.

2) Come debba essere definito il mercato rilevante in sede di applicazione del regolamento [n. 330/2010] allorché le transazioni sono effettuate tramite l'intermediazione di una [OTA] dove strutture ricettive possono offrire camere e entrare in contatto con viaggiatori che possono prenotare una camera mediante la piattaforma».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

29. – La ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale è stata contestata per tre motivi.

30. – In primo luogo, secondo i convenuti nel procedimento principale, tale domanda non soddisfa i requisiti di cui all'art. 94 del regolamento di procedura della corte, poiché il giudice del rinvio non ha descritto in modo preciso e completo il contesto di fatto nel quale sono sollevate le questioni.

31. – A tal riguardo, da una lettura complessiva della domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il giudice del rinvio ha definito il contesto di fatto e di diritto in cui si inserisce la sua domanda di interpretazione in modo sufficiente da consentire sia alle parti interessate di presentare osservazioni, conformemente all'art. 23 dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, sia alla corte di rispondere proficuamente a detta domanda. In particolare, tale giudice ha chiaramente menzionato le decisioni adottate dall'Autorità federale della concor-

renza e dai giudici tedeschi nell'ambito delle controversie tra gli OTA e alcune strutture alberghiere in Germania.

32. – Il primo motivo di irricevibilità sollevato dai convenuti nel procedimento principale deve quindi essere respinto.

33. – In secondo luogo, sia i convenuti nel procedimento principale che il governo tedesco sostengono che la domanda di pronuncia pregiudiziale si riferisce a questioni puramente ipotetiche che non hanno alcuna attinenza con il procedimento principale. Essi sostengono che la problematica sottesa alle questioni pregiudiziali è già stata affrontata dall'Autorità federale garante della concorrenza nelle sue decisioni del 20 dicembre 2013 e del 22 dicembre 2015, con riferimento, rispettivamente, alle clausole di parità ampia e alle clausole di parità ristretta, decisioni che sono state, in definitiva, confermate dalla decisione del 9 gennaio 2015 dell'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) e del 18 maggio 2021 del Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia). Orbene, poiché, in particolare, il giudice del rinvio dovrebbe, in forza delle disposizioni dell'art. 9 della direttiva 2014/104, tener conto di tali decisioni e di tali sentenze, occorrerebbe interrogarsi sulla necessità di sottoporre tali questioni pregiudiziali.

34. – A questo proposito occorre ricordare che spetta soltanto al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso di specie, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla corte. Di conseguenza, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione di una norma giuridica dell'Unione, la corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenze 9 luglio 2020, *Santen*, C-673/18, *ForoPlus*, punto 26 e giurisprudenza ivi citata, nonché 6 ottobre 2021, *Sumal*, C-882/19, *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Unione europea*, nn. 1173, 1177, punto 27).

35. – Ne consegue che, poiché le questioni relative al diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza, il rifiuto della corte di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione richiesta relativamente ad una norma dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (sentenze 9 luglio 2020, *Santen*, C-673/18, cit., punto 27 e giurisprudenza ivi citata, nonché 6 ottobre 2021, *Sumal*, C-882/19, cit., punto 28).

36. – Tale ipotesi non ricorre nel caso di specie. La risposta che la corte fornirà alle questioni sollevate condiziona con ogni evidenza l'esito del procedimento principale.

37. – A tale proposito, dagli elementi del fascicolo di cui dispone la corte risulta che il procedimento principale sembra rientrare, in parte, nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/104, come definito all'art. 1 della stessa. Fatte salve le verifiche che spetta al giudice nazionale effettuare, le domande in via principale e riconvenzionale di cui è investito mirano non solo a chiarire se le clausole di parità in questione violino l'art. 101 Tfeue, ma anche se insorga una responsabilità delle ricorrenti nel procedimento principale per i danni asseritamente subiti dai convenuti nel procedimento principale a causa di tali clausole.

38. – Ebbene, l'art. 9, par. 2, della direttiva 2014/104 dispone che, quando un'azione per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza è intentata dinanzi ai giudici di uno Stato membro, gli Stati membri provvedono affinché le decisioni definitive di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice di ricorso di un altro Stato membro possano essere presentate a titolo di prova *prima facie* dell'esistenza di una violazione del diritto della concorrenza.

39. – Ne consegue che, anche supponendo che il giudice del rinvio sia effettivamente investito di un'azione risarcitoria

rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva, circostanza che spetta ad esso determinare, tale giudice non è necessariamente vincolato dagli accertamenti relativi alle clausole di parità della tariffa contenuti nelle decisioni dell'Autorità federale garante della concorrenza o nelle successive decisioni dei giudici tedeschi. La circostanza che tali decisioni possano costituire un principio di prova dell'esistenza di una violazione non rende quindi irricevibile la presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

40. – Per determinare se e in quale misura le decisioni definitive adottate in Germania siano idonee ad incidere sulla valutazione che il giudice nazionale dovrà effettuare quanto alla conformità delle clausole di parità controverse, occorre ricordare che l'art. 9, par. 3, della direttiva 2014/104 enuncia chiaramente che le disposizioni dei par. 1 e 2 di tale articolo «lascia[no] impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'art. 267 Tfeue».

41. – Inoltre, nulla depone nel senso che il procedimento pregiudiziale sia stato, come enuncia il punto 29 della sentenza 16 dicembre 1981, *Foglia* (244/80, *ForoPlus*), distolto, ad opera delle parti, dalle finalità per cui è stato previsto. Anche supponendo che il ricorso al giudice del rinvio da parte delle ricorrenti nel procedimento principale perseguisse l'obiettivo ultimo di contrastare le decisioni definitive adottate in Germania con le quali tali clausole sono state considerate contrarie all'art. 101 Tfeue, è solo in circostanze eccezionali che spetta alla corte esaminare le condizioni in cui essa è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza.

42. – Non risulta quindi manifesto che l'interpretazione delle disposizioni al centro delle questioni pregiudiziali non abbia alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, o che il problema sia di natura ipotetica.

43. – Pertanto, anche il secondo motivo di irricevibilità deve essere respinto.

44. – In terzo luogo, i convenuti nel procedimento principale e il governo tedesco ritengono che la domanda di pronuncia pregiudiziale non verta sull'«interpretazione» dei trattati e degli atti di diritto derivato, ai sensi dell'art. 267 Tfeue, ma riguardi in realtà «l'applicazione» di disposizioni del diritto dell'Unione. Infatti, non sarebbe possibile determinare se le clausole di parità della tariffa costituiscano restrizioni accessorie, che esulano dall'applicazione dell'art. 101, par. 1, Tfeue, in modo astratto e indipendentemente dal contesto di fatto, di diritto ed economico nel quale esse si applicano. La definizione di un mercato di prodotti rilevante non sarebbe una nozione giuridica, ma richiederebbe piuttosto una valutazione di fatto.

45. – A tal riguardo, occorre ricordare che, in forza dell'art. 267 Tfeue, la corte non è competente ad applicare le norme del diritto dell'Unione a una fattispecie concreta, ma unicamente a pronunciarsi sull'interpretazione dei trattati e degli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione. Non spetta quindi alla corte né accertare i fatti all'origine della causa di cui al procedimento principale né trarne le conseguenze ai fini della decisione che il giudice del rinvio è chiamato a emettere né interpretare disposizioni legislative o regolamentari nazionali interessate (sentenza 14 maggio 2020, *Bouygues travaux publics e a.*, C-17/19, *ibid.*, punti 51 e 52).

46. – Ciò premesso, nell'ambito della cooperazione giudiziaria prevista da tale articolo, la corte può fornire al giudice nazionale gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione che possano essergli utili per la valutazione degli effetti delle varie disposizioni di quest'ultimo (sentenza 6 ottobre 2021, *W.Z. (Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema – Nomina)*, C-487/19, *ibid.*, punto 133 e giurisprudenza ivi citata).

47. – Adita più specificamente con domande volte a qualificare la condotta di un'impresa alla luce delle disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, e in particolare dell'art. 101 Tfeue, la corte ha infatti statuito che, sebbene spetti al giudice del rinvio valutare in definitiva se, alla luce dell'insieme degli elementi pertinenti che caratterizzano la situazione oggetto del procedimento principale, nonché del contesto eco-

nomico e giuridico nel quale quest'ultima si colloca, l'accordo in questione abbia per oggetto una restrizione della concorrenza, essa può tuttavia, in base agli elementi del fascicolo a sua disposizione, fornire precisazioni dirette a guidare il giudice del rinvio nella sua interpretazione, affinché quest'ultimo possa dirimere la controversia (v., in particolare, sentenze 18 novembre 2021, *Visma Enterprise*, C-306/20, *ibid.*, punti 51 e 52, nonché giurisprudenza ivi citata, e 29 giugno 2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22, *Foro it.*, 2023, IV, 454, punti 28 e 29).

48. – Ne consegue che neppure il terzo motivo di irricevibilità può essere accolto.

49. – Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

50. – Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 101, par. 1, Tfue debba essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi.

51. – Secondo una costante giurisprudenza, se un'operazione o una determinata attività non ricade nell'ambito di applicazione del principio di divieto sancito dall'art. 101, par. 1, Tfue, per la sua neutralità o per il suo effetto positivo sul piano della concorrenza, neppure una restrizione dell'autonomia commerciale di uno o più partecipanti a tale operazione o a tale attività ricade nel citato principio di divieto qualora detta restrizione sia oggettivamente necessaria per l'attuazione di tale operazione o attività e proporzionata agli obiettivi dell'una o dell'altra (v., in tal senso, sentenze 11 settembre 2014, *MasterCard e a./commissione*, C-382/12 P, *id.*, 2015, IV, 18, punto 89; 23 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, C-179/16, *id.*, 2018, IV, 122, punto 69; e 26 ottobre 2023, *EDP – Energias de Portugal e a.*, C-331/21, *id.*, Rep. 2023, voce cit., nn. 1174, 1187, punto 88).

52. – Così, qualora non sia possibile dissociare una siffatta restrizione dall'operazione o dall'attività principale senza compromettere l'esistenza e gli obiettivi di tale operazione o attività, occorre esaminare la compatibilità con l'art. 101 Tfue della restrizione in parola congiuntamente con la compatibilità dell'operazione o dell'attività principale cui essa è accessoria, e ciò sebbene, considerata isolatamente, tale restrizione possa rientrare, a prima vista, nel principio di divieto di cui all'art. 101, par. 1, Tfue (v., in tal senso, sentenze 11 settembre 2014, *MasterCard e a./commissione*, C-382/12 P, cit., punto 90; 23 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, C-179/16, cit., punto 70, nonché 26 ottobre 2023, *EDP – Energias de Portugal e a.*, C-331/21, cit., punto 89).

53. – Affinché una restrizione possa essere qualificata come «accessoria» occorre, in primo luogo, verificare se la realizzazione dell'operazione principale sprovvista di tale carattere anticoncorrenziale risulterebbe impossibile in mancanza della restrizione in discussione. La circostanza che la citata operazione sia semplicemente resa più difficilmente realizzabile, o meno redditizia, in assenza della restrizione di cui trattasi non può essere considerata di natura tale da conferire a detta restrizione il carattere «oggettivamente necessario» richiesto per poter essere qualificata come accessoria. Un'interpretazione del genere, infatti, equivarrebbe ad estendere tale nozione a restrizioni che non sono strettamente indispensabili per la realizzazione dell'operazione principale. Siffatto risultato pregiudicherebbe l'effetto utile del divieto sancito dall'art. 101, par. 1, Tfue (v., in tal senso, sentenze 11 settembre 2014, *MasterCard e a./commissione*, C-382/12

P, cit., punto 91; 23 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, C-179/16, cit., punto 71, nonché 26 ottobre 2023, *EDP – Energias de Portugal e a.*, C-331/21, cit., punto 90).

54. – In secondo luogo, occorre, se del caso, esaminare la proporzionalità della restrizione in discussione rispetto agli obiettivi soggiacenti all'operazione in questione. Così, per smentire il carattere accessorio di una restrizione, la commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza possono verificare se esistano soluzioni alternative realistiche, meno restrittive della concorrenza rispetto alla restrizione di cui trattasi. Tali soluzioni alternative non sono limitate alla situazione che si verificherebbe in assenza della restrizione in questione, ma possono anche estendersi ad altre ipotesi controfattuali basate, segnatamente, su situazioni realistiche che potrebbero verificarsi in assenza di tale restrizione (v., in tal senso, sentenza 11 settembre 2014, *MasterCard e a./commissione*, C-382/12 P, cit., punti da 107 a 111).

55. – Bisogna precisare che occorre distinguere tra la nozione di «restrizioni accessorie» quale esaminata nell'ambito dell'art. 101, par. 1, Tfue e l'esenzione fondata sull'art. 101, par. 3, Tfue. A differenza di quest'ultima, la condizione relativa alla necessità oggettiva, per qualificare, ai fini dell'applicazione dell'art. 101, par. 1, Tfue, una restrizione come «accessoria», non implica una ponderazione degli effetti proconcorrenziali e anticoncorrenziali di un accordo. Infatti, tale ponderazione può essere operata unicamente nel contesto dell'art. 101, par. 3, Tfue (v., in tal senso, sentenza 11 settembre 2014, *MasterCard e a./commissione*, C-382/12 P, cit., punto 93).

56. – Nel caso di specie, spetta in linea di principio al solo giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi di fatto che gli sono sottoposti, stabilire se ricorrano le condizioni che consentono di ravvisare l'esistenza di una restrizione accessoria. In particolare, quando viene investito di un'azione che rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva, come definito nell'art. 1, par. 2, della stessa, esso può prendere in considerazione, ai sensi dell'art. 9, par. 2, della direttiva 2014/104, le decisioni definitive prese da un'autorità nazionale garante della concorrenza o da un giudice del ricorso.

57. – La corte rimane tuttavia autorizzata a fornire al giudice del rinvio indicazioni al fine di orientarlo nel suo esame del carattere oggettivamente necessario di una restrizione rispetto all'operazione principale.

58. – Infatti, un esame del genere presenta, diversamente da quello richiesto nell'ambito della ponderazione degli effetti proconcorrenziali e anticoncorrenziali di un accordo ai fini dell'applicazione dell'art. 101, par. 3, Tfue, un carattere relativamente generico e astratto che non richiede una valutazione puramente fattuale.

59. – In primo luogo, risulta che l'operazione principale oggetto del caso di specie, ossia la fornitura di servizi di prenotazione alberghiera online da parte di piattaforme come Booking.com, ha prodotto un effetto neutrale, se non addirittura positivo, sulla concorrenza. Tali servizi inducono significativi incrementi di efficienza, consentendo, da un lato, ai consumatori di accedere ad un'ampia gamma di offerte di alloggio e di confrontare tali offerte in modo semplice e rapido secondo diversi criteri e, dall'altro, ai prestatori di servizi alberghieri di acquisire una maggiore visibilità, nonché di aumentare, in tal modo, il numero di potenziali clienti.

60. – In secondo luogo, non è dimostrato, per contro, che le clausole di parità della tariffa, da una parte, siano oggettivamente necessarie per la realizzazione di tale operazione principale e, dall'altra, siano proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito da quest'ultima.

61. – A tal riguardo, per quanto riguarda le clausole di parità ampia, che vietano agli albergatori controparte contrattuale che figurano sulla piattaforma di prenotazione di offrire, sui propri canali di vendita o su canali di vendita gestiti da terzi, camere ad un prezzo inferiore a quello proposto su detta piattaforma, esse non appaiono oggettivamente necessarie per l'operazione principale consistente nella prestazione di servizi di prenota-

zione alberghiera online, né proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito da tale operazione.

62. – Infatti, non esiste alcun nesso intrinseco tra la continuazione dell'attività principale della piattaforma di prenotazione alberghiera e l'imposizione di siffatte clausole, che producono con ogni evidenza effetti restrittivi significativi. Tali clausole, oltre al fatto di essere idonee a ridurre la concorrenza tra le diverse piattaforme di prenotazione alberghiera, comportano rischi di espulsione delle piccole piattaforme e delle nuove piattaforme entrate sul mercato.

63. – Lo stesso vale, nelle circostanze del procedimento principale, per le clausole di parità ristretta, che vietano soltanto ai prestatori di servizi alberghieri partner di offrire al pubblico tramite i propri canali online pernottamenti a una tariffa inferiore a quella offerta sulla piattaforma di prenotazione alberghiera. Per quanto queste ultime clausole generino, *prima facie*, un effetto restrittivo della concorrenza inferiore, e mirino a scongiurare il rischio di parassitismo evocato, in particolare, da Booking.com nel procedimento principale, non risulta che esse siano oggettivamente necessarie per garantire la redditività economica della piattaforma di prenotazione alberghiera.

64. – È vero che, nell'ambito del procedimento principale, è stato sostenuto che le clausole di parità mirano ad impedire, da un lato, ai prestatori di servizi alberghieri di utilizzare in modo sleale e senza corrispettivo i servizi e la visibilità offerta dalla piattaforma di prenotazione alberghiera e, dall'altro, che gli investimenti realizzati nell'elaborazione delle funzioni di ricerca e di comparazione di tale piattaforma non possano essere ammortizzati.

65. – Tuttavia, come risulta dalla giurisprudenza ricordata al punto 55 della presente sentenza, l'applicazione della nozione di «restrizione accessoria», che determina se una restrizione può esulare dal divieto di cui all'art. 101, par. 1, Tfue, non deve portare a un amalgama tra, da un lato, le condizioni stabilite dalla giurisprudenza affinché una restrizione sia qualificata come «accessoria» ai fini dell'applicazione dell'art. 101, par. 1, Tfue e, dall'altro, il criterio di indispensabilità richiesto dall'art. 101, par. 3, Tfue affinché una restrizione vietata possa godere di un'esenzione.

66. – Dalla giurisprudenza citata ai punti da 51 a 55 della presente sentenza si evince infatti che, quando si esamina il carattere oggettivamente necessario di una restrizione in relazione all'operazione principale, non si tratta di analizzare se, tenuto conto della situazione della concorrenza sul mercato rilevante, tale restrizione sia necessaria per garantire il successo commerciale dell'operazione principale, bensì di determinare se, nel contesto particolare di tale operazione, la restrizione in questione sia indispensabile per la realizzazione di detta operazione.

67. – In effetti, la corte è ricorsa alla qualificazione di restrizione «accessoria», che esula dal divieto enunciato all'art. 101, par. 1, Tfue, solo in ipotesi in cui la realizzazione dell'operazione principale sarebbe stata necessariamente compromessa in assenza di una siffatta restrizione. Pertanto, solo le restrizioni che erano intrinsecamente necessarie affinché l'operazione principale potesse in ogni caso essere realizzata hanno potuto essere qualificate come «restrizioni accessorie».

68. – Ciò è accaduto nella causa sfociata nella sentenza 11 luglio 1985, *Remia e a./commissione* (42/84, *ForoPlus*, punti 19 e 20), in cui la corte ha ritenuto che una clausola di non concorrenza fosse oggettivamente necessaria per la realizzazione di una cessione di imprese, nei limiti in cui, in assenza di tale clausola, e se il venditore e l'acquirente rimangono in concorrenza dopo la cessione, è evidente che l'accordo di cessione d'impresa non potrebbe essere realizzato. Infatti, si è considerato che il venditore, che conosce particolarmente bene in tutti i suoi dettagli l'impresa ceduta, conserva la possibilità di attirare di nuovo a sé la sua vecchia clientela immediatamente dopo la cessione, e di impedire in tal modo la sopravvivenza dell'impresa ceduta.

69. – Lo stesso è accaduto per quanto riguarda alcune restrizioni oggetto della causa che ha originato la sentenza 28

gennaio 1986, *Pronuptia de Paris* (161/84, *Foro it.*, 1987, IV, 400). In tale sentenza, la corte ha dichiarato che le clausole dei contratti di franchising che sono indispensabili per il funzionamento del sistema di franchising non costituivano restrizioni della concorrenza. Ciò valeva per le clausole che impedivano che i concorrenti si giovassero del patrimonio di cognizioni e di tecniche fornito dal concedente. Del pari, talune clausole disciplinavano il controllo necessario per preservare l'identità e la reputazione della rete dei concessionari, contraddistinta dall'insegna del concedente (punti 16 e 17 di detta sentenza).

70. – La corte ha altresì dichiarato, nella sentenza 19 aprile 1988, *Erauw-Jacquery* (27/87, EU:C:1988:183, punto 11), che una clausola, contenuta in una convenzione relativa alla riproduzione e alla vendita di sementi nella quale una delle parti è titolare o mandatario del titolare di determinati diritti di costituzione vegetale, la quale vietava al licenziatario di vendere e d'esportare sementi di base, era compatibile con l'art. 85, par. 1, del trattato Ce (divenuto art. 101, par. 1, Tfue) qualora fosse stata necessaria per consentire al costitutore di selezionare i negozianti preparatori licenziatari.

71. – La corte ha inoltre considerato, nelle sentenze 15 dicembre 1994, *DLG* (C-250/92, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., nn. 733, 769, 780, 787, 947, punto 45) e 12 dicembre 1995, *Oude Luttikhuis e a.* (C-399/93, *id.*, Rep. 1996, voce cit., nn. 1022, 1125, punto 20), che alcune restrizioni imposte ai membri di una cooperativa di acquisto o di una società cooperativa agricola, come quelle che vietavano loro di aderire ad altre forme di partecipazione in cooperative organizzate in concorrenza diretta con esse, o quelle che prevedevano un regime di indennità di uscita, non rientravano nel divieto ora previsto dall'art. 101, par. 1, Tfue, poiché, in particolare, le disposizioni statutarie in questione erano limitate a quanto necessario per assicurare il buon funzionamento della cooperativa in questione e per sostenere il suo potere contrattuale nei confronti dei produttori.

72. – Nel caso di specie, la circostanza che l'assenza delle clausole di parità della tariffa imposte dalla piattaforma di prenotazione alberghiera possa eventualmente produrre conseguenze negative sulla redditività dei servizi offerti da tale piattaforma non implica, di per sé, che tali clausole debbano essere considerate oggettivamente necessarie. Una siffatta circostanza, se accertata, sembra riferirsi al modello commerciale seguito dalla piattaforma di prenotazione online, che ha, in particolare, optato per una limitazione del livello delle commissioni dovute dai prestatori di servizi alberghieri affiliati al fine di aumentare il volume delle offerte presentate su tale piattaforma e di rafforzare gli effetti di rete indiretti che ciò genera.

73. – Inoltre, il fatto, supponendolo vero, che le clausole di parità della tariffa tendono a contrastare eventuali fenomeni di parassitismo e sono indispensabili per garantire incrementi di efficienza o per assicurare il successo commerciale dell'operazione principale non consente di qualificarle come «restrizioni accessorie», nell'accezione dell'art. 101, par. 1, Tfue. Tale circostanza può essere presa in considerazione solo nell'ambito dell'applicazione dell'art. 101, par. 3, Tfue.

74. – Sebbene sia di natura relativamente astratta, l'esame del carattere oggettivamente necessario di una restrizione in relazione all'operazione principale può, in particolare, basarsi su un'analisi controfattuale che consenta di esaminare come i servizi di intermediazione online avrebbero operato in assenza della clausola di parità (v., in tal senso, sentenza 11 settembre 2014, *MasterCard e a./commissione*, C-382/12 P, cit., punto 164). Orbene, dagli elementi del fascicolo di cui dispone la corte risulta che, sebbene le clausole di parità, tanto ampia quanto ristretta, siano state vietate in diversi Stati membri, la fornitura dei servizi da parte di Booking.com non è stata compromessa.

75. – Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'art. 101, par. 1, Tfue deve essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, non esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi.

Sulla seconda questione

76. – Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, in che maniera occorra, ai fini dell'applicazione dell'art. 3, par. 1, del regolamento 330/2010, definire il mercato di prodotti rilevante in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera funge da intermediario in transazioni concluse tra prestatori di servizi alberghieri e consumatori.

77. – Ai sensi dell'art. 3, par. 1, del regolamento 330/2010, l'esenzione di cui all'art. 2 dello stesso si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30 per cento del mercato rilevante sul quale vende i beni o servizi oggetto del contratto e che la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30 per cento del mercato rilevante sul quale acquista i beni o servizi oggetto del contratto.

78. – La soglia della quota di mercato prevista da tale disposizione mira, come confermato dal considerando 5 di tale regolamento, a limitare il beneficio dell'esenzione per categoria prevista da detto regolamento agli accordi verticali per i quali si può presupporre con sufficiente certezza la conformità alle condizioni di cui all'art. 101, par. 3, Tfu. Come enunciato dal considerando 9 del medesimo regolamento, al di sopra della soglia della quota di mercato del 30 per cento non è possibile presumere che gli accordi verticali che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 101, par. 1, Tfu implicino generalmente vantaggi oggettivi di natura ed ampiezza tali da compensare gli svantaggi che tali accordi producono sulla concorrenza.

79. – A questo proposito, il giudice del rinvio parte dal presupposto che le restrizioni della concorrenza causate dalle clausole di parità della tariffa in questione si collochino nel contesto degli «accordi verticali» che, ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. a), del regolamento 330/2010, sono definiti come gli «accordi o le pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi».

80. – La corte è quindi invitata soltanto a fornire lumi sugli elementi interpretativi di cui occorre tener conto ai fini della definizione del mercato rilevante quando si tratti, come nel procedimento principale, di servizi di intermediazione online, fermo restando che una siffatta definizione, che richiede di prendere in considerazione le condizioni della concorrenza nonché la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato interessato, dipende in larga misura da un esame fattuale approfondito al quale può procedere solo il giudice del rinvio. Ciò vale a maggior ragione in quanto quest'ultimo ha fornito alla corte solo pochi elementi e, pertanto, la corte non è in grado di procedere ad una definizione rigorosa del mercato dei prodotti di cui trattasi.

81. – Come enunciato sia al punto 2 della comunicazione del 1997 della commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (G.U. 1997, C 372, pag. 5), sia al punto 6 della comunicazione rivista del 2024 della commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (G.U. 2024, C 1645, pag. 1), la definizione del mercato consente di individuare e definire l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza.

82. – Per quanto riguarda il mercato di prodotti, l'unico rilevante nell'ambito della presente questione, dalla giurisprudenza della corte risulta che la nozione di «mercato rilevante» implica che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti o servizi che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti o servizi che fanno parte dello stesso mercato. L'intercambiabilità o la sostituibilità non si valuta unicamente in relazione alle caratteristiche oggettive dei prodotti e dei servizi di cui trattasi. Si devono prendere in considerazione anche le condizioni della concorrenza, nonché la struttura della domanda e dell'offerta nel mercato (sentenze 23 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche*

e a., C-179/16, cit., punto 51 e giurisprudenza ivi citata, e 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.*, C-307/18, *id.*, Rep. 2020, voce cit., nn. 1142, 1146, punto 129).

83. – Nel caso di specie, il giudice del rinvio vuole sapere se, come deciso nei procedimenti tedeschi, il mercato di prodotti rilevante ai fini dell'applicazione della soglia della quota di mercato stabilita dal regolamento 330/2010 fosse il «mercato delle piattaforme alberghiere», definito come il mercato in cui le piattaforme alberghiere online offrono servizi di intermediazione ai prestatori di servizi alberghieri, o se il mercato rilevante sia più ampio di quello dei portali di prenotazione alberghiera.

84. – A questo proposito, come indicato al punto 95 della comunicazione rivista citata al punto 81 della presente sentenza, in presenza di piattaforme multilaterali («multi-sided»), è possibile definire un mercato rilevante del prodotto per i prodotti offerti da una piattaforma nel suo complesso, in maniera tale da comprendere tutti i gruppi (o più gruppi) di utenti, oppure ancora mercati rilevanti del prodotto separati (benché correlati) per i prodotti offerti su ciascun lato della piattaforma. A seconda delle circostanze del caso, può essere più appropriato definire mercati separati quando esistono differenze significative nelle possibilità di sostituzione sui diversi lati della piattaforma. Per stabilire se esistono tali differenze, si possono prendere in considerazione fattori quali l'eventualità che le imprese che offrono prodotti sostituibili a ciascun gruppo di utenti siano diverse, il grado di differenziazione dei prodotti su ciascun lato (o la percezione che ne ha ciascun gruppo di utenti), i fattori comportamentali quali le decisioni di «homing» di ciascun gruppo di utenti e la natura della piattaforma.

85. – Per determinare la quota di mercato detenuta da Booking.com come fornitore di servizi di intermediazione online ai prestatori di servizi alberghieri ai fini dell'applicazione dell'art. 3, par. 1, del regolamento 330/2010, è quindi necessario esaminare se altri tipi di servizi di intermediazione e altri canali di vendita siano sostituibili ai servizi di intermediazione dal punto di vista della domanda, da un lato, da parte dei prestatori di servizi alberghieri, di tali servizi di intermediazione e, dall'altro, da parte dei clienti finali.

86. – Il giudice del rinvio, al fine di determinare il mercato rilevante, deve quindi verificare se esista concretamente una sostituibilità tra i servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita, indipendentemente dal fatto che tali canali presentino caratteristiche diverse e non offrano le stesse funzionalità di ricerca e di comparazione delle offerte di servizi alberghieri.

87. – In tale prospettiva, il giudice del rinvio deve tener conto di tutti gli elementi che gli sono stati presentati.

88. – Nel caso di specie, occorre rilevare che, nell'ambito dei procedimenti avviati in Germania, che sono all'origine della presente causa, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia), nella sua decisione del 18 maggio 2021, ha confermato le valutazioni effettuate tanto dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) quanto dall'Autorità federale garante della concorrenza ai fini della definizione del mercato rilevante. Esso ha quindi confermato la conclusione che il mercato di prodotti rilevante ai fini dell'applicazione della soglia della quota di mercato del regolamento 330/2010 era il mercato delle piattaforme alberghiere, definito come il mercato in cui le piattaforme alberghiere online offrono servizi di intermediazione ai prestatori di servizi alberghieri.

89. – Se le valutazioni dell'Autorità federale garante della concorrenza, nonché del giudice del ricorso in Germania in merito alla definizione del mercato di prodotti rilevante ai fini del regolamento 330/2010 non si riferiscono in senso stretto a decisioni definitive che constataano una violazione del diritto della concorrenza che, in conformità all'art. 9, par. 2, della direttiva 2014/104, possono essere presentate dinanzi ai giudici nazionali almeno a titolo di prova *prima facie* di una violazione, resta il fatto che tali valutazioni, quando si riferiscono allo stesso mercato geografico, costituiscono elementi contestuali particolarmente rilevanti.

90. – Spetta tuttavia al giudice del rinvio stabilire se una siffatta definizione del mercato, che tiene conto delle caratteristiche particolari dei «servizi oggetto del contratto» offerti dagli OTA sia dal punto di vista dei prestatori di servizi alberghieri sia dal punto di vista dei clienti finali, risulti viziata da un qualsivoglia errore di analisi o si fondi su constatazioni erronee.

91. – Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda questione che l'art. 3, par. 1, del regolamento 330/2010 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera online funge da intermediario nelle transazioni concluse tra strutture alberghiere e consumatori, la definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione delle soglie delle quote di mercato stabilite in tale disposizione richiede un esame concreto della sostituibilità, dal punto di vista dell'offerta e della domanda, tra i servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita.

Per questi motivi, la corte (seconda sezione) dichiara:

1) L'art. 101, par. 1, Tfeue deve essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, non esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi.

2) L'art. 3, par. 1, del regolamento (Ue) 330/2010 della commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, [Tfeue] a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, deve essere interpretato nel senso che in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera online funge da intermediario nelle transazioni concluse tra strutture alberghiere e consumatori, la definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione delle soglie delle quote di mercato stabilite in tale disposizione richiede un esame concreto della sostituibilità, dal punto di vista dell'offerta e della domanda, tra i servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita.

Nota di richiami

(1-2) I. – Storia risalente, e convulsa, che la sentenza ricostruisce con pazienza certosina.

Le ostilità erano state aperte dal teutonico Bundeskartellamt, che il 20 dicembre 2013, nel caso *HRS* (B9-66/10, 2013) aveva tolto dal mazzo delle clausole MFN (acronimo importato dal gergo del diritto pubblico internazionale, che sta per “nazione più favorita”; più trasparente la dizione alternativa di “clausola di parità tariffaria”, o “di prezzo”; ma si danno anche altre varianti) e messo al bando la sua versione più invasiva (“wide parity”), che impedisce alle imprese alberghiere di offrire, nei propri canali di vendita o in quelli gestiti da terzi, prezzi inferiori a quelli pubblicizzati dalla online travel agency (OTA) di turno (in quella circostanza, un concorrente di Booking.com), perché pesantemente ostative al dispiegarsi di una qualche concorrenza e pregiudizievoli per i consumatori, impossibilitati ad accedere a prezzi più vantaggiosi. Di lì a poco la decisione sarebbe stata confermata dall'OLG Düsseldorf, con decisione in data 9 gennaio 2015 (IV Kart 1/14 (V), 2015).

L'iniziativa del Bundeskartellamt non era rimasta isolata; e aveva sortito importanti riscontri in più quadranti domestici (cfr., riassuntivamente, M. COLANGELO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, 43), compreso quello italiano, che ebbe a registrare l'attivarsi dell'Agcm, con procedimento, a carico della stessa Booking.com e di Expedia, avviato nel maggio del 2014 e chiuso il 21 aprile 2015, di concerto con le paritetiche autorità di Francia (Autorité de la concurrence 21 aprile 2015, 15-D-06) e Svezia (Konkurrensverket 15 aprile 2015, 596/2013, impostazione poi confermata nel caso *Booking.com B.V. and Bookingdotcom Sverige AB v. Visita*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2019-11, vol. 50, 1167), sulla scorta

dell'accettazione dell'impegno di Booking.com di adottare una versione “ristretta” della clausola controversa (sul provvedimento n. 25411 dell'Agcm v. F. GALLI, *La nullità della clausola MFN nei contratti tra agenzie di intermediazione telematiche e imprese alberghiere* (art. 1, comma 166, l. 4 agosto 2017 n. 124), in *Nuove leggi civ.*, 2018, 1387, 1391 ss.).

Le mezze misure, si sa, non piacciono al Bundeskartellamt. Sta di fatto che il trustbuster tedesco è tornato alla carica (decisione 22 dicembre 2015, B9 121/13), mettendo la lettera scarlatta anche sulla clausola di parità ristretta, nel presupposto, che sia pure in maniera meno plateale, anch'essa finisce per ingessare il mercato. Questa volta, però, la risposta dell'OLG Düsseldorf è stata ondivaga. In sede cautelare (VI Kart 1/16 (V), 2016), la corte ha avallato il giudizio di condanna, salvo poi rivedere la propria posizione nella sentenza resa il 4 giugno 2019 (VI Kart 2/16 (V9, 2019, anche in *WuW*, 2019, 386), nella quale si affermava che le clausole in oggetto erano “ancillari”, se si preferisce “accessorie”, dunque necessarie, per l'implementazione del servizio offerto, altrimenti destinato a collassare per effetto del free riding di operatori alberghieri disinvolti (da notare l'analogo revirement dell'Agcm, se è vero ch'essa, a breve distanza di tempo dalla precedente presa di posizione, si è fatta promotrice del divieto assoluto, sancito dalla legge annuale per la concorrenza e il mercato del 2017, art. 1, comma 166, su cui v., diffusamente, GALLI, *La nullità della clausola “MFN”* cit.; la chiusura a doppia mandata è stata poi avallata per legge in Austria, Francia e Belgio).

In quel torno di tempo il dibattito tedesco raggiungeva l'acme, con l'associazione di categoria degli albergatori, per conto dei suoi 2.600 e passa membri, risolta nel proporre l'azione collettiva risarcitoria innanzi al Landgericht Berlino, e il Bundeskartellamt tetragono nel ribadire il suo anatema (il paper dal titolo “The effects of narrow price parity clauses on online sales. Investigation results from the Bundeskartellamt's Booking.com proceeding”, pubblicato nell'agosto 2020, si legge in <www.bundeskartellamt.de>; ma, per una valutazione meno categorica, riferita alle esperienze francese e italiana, cfr. A. MANTOVANI - C.A. PIGA - C. REGGIANI, *On line platform parity clauses: evidence from the EU Booking.com case*, in 131 *European Economic Review* 2021, 103625). L'ultima parola spettava, com'è ovvio, al BGH, che, con pronuncia del 18 maggio 2021, KVR 54/20, ha smentito il verdetto compromissorio dell'OLG Düsseldorf e sancito il bando assoluto, in Germania, per qualsivoglia epifania di clausola di parità tariffaria dettata da OTA (per un commento assai critico sul profilo del rigetto della giustificazione efficientistica in chiave di argine al “free riding” v. F.E. BENEKE AVILA, *The German Federal Supreme Court's Judgement in Booking.com as a Case Study of the Limitations of Competition Law*, in *IIC - International Journal of Intellectual Property and Competition Law*, 2210-10, vol. 53, 1374).

II. – Per quanto autorevole, e tante volte dirimente, la voce tedesca non s'identifica con quella eurounitaria. Non a caso, la revisione della disciplina sulle intese verticali, tradottasi nel regolamento 720/22, ha optato per un atteggiamento più morbido: l'art. 5, § 1, lett. d), annovera, fra le restrizioni escluse dall'esenzione per categoria, l'«obbligo diretto o indiretto che impedisca agli acquirenti di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli attraverso servizi di intermediazione online concorrenti». Ciò implica la messa al bando delle MFN ampie, mentre per quelle ristrette sotto soglia opera l'esenzione in blocco, salvo il superamento della quota del 30 per cento, che fa scattare la valutazione individuale, in margine alla quale la comunicazione della commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali* (2022/C 248/01), § 372 ss., rileva: «Nella maggior parte dei casi l'utilizzo di obblighi di parità nella vendita al dettaglio da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online è giustificato dalla necessità di affrontare un problema di sfruttamento senza contropartita [...]». I fattori pertinenti per la valutazione del rispetto delle condizioni di cui all'art. 101, par. 3, del trattato comprendono l'esame del fatto che gli investimenti effettuati dal fornitore di servizi di intermediazione online generino benefici oggettivi, vale a dire

se essi comportano un valore aggiunto agli utenti finali, del fatto che i rischi di fenomeni di sfruttamento senza contropartita siano reali e considerevoli e del fatto che il tipo e la portata particolari dell'obbligo di parità siano indispensabili per conseguire i benefici oggettivi [...]. In generale gli obblighi di parità "ristretta" nella vendita al dettaglio hanno maggiori probabilità di soddisfare le condizioni dell'art. 101, par. 3, del trattato rispetto agli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme». Alle corte: l'approccio eurounitario non avalla il rigore teutonico (e italiano).

III. – L'odierna sentenza, provocata da un tentativo di Booking.com d'invertire il corso degli eventi chiamando in giudizio, davanti a un giudice olandese, 63 esercizi alberghieri tedeschi, non cambia il quadro. Sulle orme del BGH, essa si limita a smentire l'idea che la clausola di parità possa sottrarsi a scrutinio perché indispensabile per la praticabilità del sistema: con tono più fermo di quello impiegato dall'avv. gen. Collins, la corte nega che non vi sia altro modo di assicurare la profittabilità del servizio (test di necessità) e che la misura non sia eccedentaria rispetto alla finalità perseguita (test di proporzionalità), quanto basta per togliere dal giro il riferimento alle restrizioni ancillari, che — in quanto imprescindibili per consentire un'attività lecita e procompetitiva —, sfuggono al divieto antimonopolistico (sul punto, toccato di recente, § 144, dalla Corte di giustizia nel caso *Superlega*, in *Foro it.*, 2024, IV, 125, anche perché massivamente invocato dall'avv. gen. Rantos nelle sue *Conclusioni*, ECLI:EU:C:2022:993, v., riassuntivamente, C.I. NAGY, *The doctrine of ancillary restrictions as a delimitation tool and an absorption principle: twin notions but not identical twins*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 15, issue 5, July 2024, 233 — a cui dire l'elaborazione europea, a differenza di quella statunitense, è totalmente incernierata sulla «application of the absorption principle [...] premised on the notion that the restriction is "objectively necessary" for the main transaction to be carried out», approccio che implica «a more demanding legal test, which applies only if the restriction is essential for the legitimate main transaction to work out», col rischio di ignorare aspetti, pur presenti nelle decisioni giudiziarie, in cui la dottrina è utilizzata a mo' di «delimitation tool», che, a colpi di «reasonable necessity», separa le restrizioni accessorie ad un'operazione principale legittima da quelle «naked», e di propiziare risultati interpretativi incoerenti —; e, per uno sguardo "domestico", M. D'OSTUNI - M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Torino 2024, I, 516 ss.). Dopo di che, come si legge in sentenza, il fatto che «le clausole di parità della tariffa tend[ano] a contrastare eventuali fenomeni di parassitismo e s[iano] indispensabili per garantire incrementi di efficienza o per assicurare il successo commerciale dell'operazione principale», se non consente di qualificarle come restrizioni accessorie, potrà essere preso «in considerazione solo nell'ambito dell'applicazione dell'art. 101, par. 3, Tfeue» (§ 73 della pronuncia in rassegna), sulla base della preventiva individuazione del mercato rilevante, affidata, come si legge nella massima 2), alla verifica della utilizzabilità di canali alternativi di vendita.

Di scorcio, vale la pena di ricordare che per Booking.com la partita si era comunque chiusa lo scorso 13 maggio, quando la commissione l'ha designata come «gatekeeper» ai sensi del Digital Market Act: con la conseguenza, scandita dall'art. 5, § 3, di vietare il ricorso a pratiche che impediscano «agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi o attraverso il proprio canale di vendita diretta online a prezzi o condizioni diversi da quelli offerti attraverso i servizi di intermediazione online del gatekeeper». Se questo sviluppo valga a neutralizzare i tentativi di Booking.com di implementare una «complessa strategia, volta a limitare l'autonomia delle strutture ricettive nella determinazione delle condizioni commerciali al cliente, attraverso, tra l'altro, l'applicazione di sconti — visibili sulla piattaforma — unilateralmente praticati da Booking sul prezzo della stanza, e la richiesta di commissioni sempre più elevate per migliorare il proprio posizionamento nei risultati di ricerca sulla piattaforma, senza la possibilità di verificarne l'effettiva corrispondenza» (questi, in estrema sintesi, i termini delle segnalazioni di AICA e Federalberghi, associazioni di categoria, da cui è scaturita l'istruttoria Agcm

A558 – Booking/programmi offerti alle strutture ricettive italiane e concorrenza tra le OTA, provvedimento n. 31126 del 12 marzo 2024, sull'eventuale abuso di posizione dominante) è cosa che scopriremo solo vivendo, posto che la deadline della procedura è fissata per il 31 maggio 2025. [R. PARDOLESI]

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA; grande sezione; sentenza 29 luglio 2024, causa C-713/22; Pres. LENAERTS, Rel. XUEREB, Avv. gen. PIKAMÄE (senza concl.); Soc. LivaNova plc c. Min. economia e finanze e altri.

Unione europea — Società per azioni — Scissione — Responsabilità solidale delle beneficiarie (Direttiva 7 dicembre 1982 n. 82/891/Cee del consiglio basata sull'art. 54, par. 3, lett. g, del trattato e relativa alla scissione delle società per azioni, art. 3).

L'art. 3, par. 3, lett. b), della sesta direttiva 82/891/Cee del consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull'art. 54, par. 3, lett. g), del trattato [Cee] e relativa alle scissioni delle società per azioni, deve essere interpretato nel senso che la regola della responsabilità solidale delle società beneficiarie enunciata da tale disposizione si applica non soltanto agli elementi di natura determinata del patrimonio passivo non attribuiti in un progetto di scissione, ma anche a quelli di natura indeterminata, come i costi di bonifica e per danni ambientali che siano stati constatati, valutati o definiti dopo la scissione di cui trattasi, purché essi derivino da comportamenti della società scissa antecedenti all'operazione di scissione. (1)

1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 3, par. 3, lett. b), della sesta direttiva 82/891/Cee del consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull'art. 54, par. 3, lett. g), del trattato [Cee] e relativa alle scissioni delle società per azioni (G.U. 1982, L 378, pag. 47).

2. – Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che oppone LivaNova plc al ministero dell'economia e delle finanze (Italia), al ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (Italia) (in prosieguo: il «ministero dell'ambiente») e alla presidenza del consiglio dei ministri (Italia), vertente sulla constatazione della responsabilità solidale di LivaNova per i debiti derivanti dai costi di bonifica e dai danni ambientali causati dalla Snia s.p.a., risultanti da comportamenti antecedenti e successivi alla scissione di quest'ultima società, dalla quale è nata la Sorin s.p.a., divenuta LivaNova.

Contesto giuridico

Diritto dell'Unione

Terza direttiva 78/855/Cee



3. – La terza direttiva 78/855/Cee del consiglio, del 9 ottobre 1978, basata sull'art. 54, par. 3, lett. g), del trattato [Cee] e rela-