

## DANNI DA FAUNA SELVATICA E COMPETENZE REGIONALI

*Considerazioni critiche sul revirement della Corte di cassazione.*

**Giacomo Vivoli**

*Professore a contratto in Diritto dell'ambiente, Università di Firenze*

*Abstract (it)* A partire dalla sentenza n. 7969 del 20 aprile 2020, la Corte di cassazione ha radicalmente cambiato la propria posizione sul risarcimento danni a cose o persone causati dalla fauna selvatica; i giudici hanno ritenuto di dover applicare anche in tal caso il criterio di responsabilità stabilito con l'art. 2052 del codice civile nonché di individuare la regione, sempre e comunque, il soggetto legittimato passivo; il contributo prende in esame le motivazioni della sentenza e ne analizza gli effetti evidenziando come la decisione, supportata anche da considerazioni in chiave giuseconomica, sciogla una tensione effettivamente avvertita sul piano della lesione dei valori costituzionali: un complicato sistema, regionalmente differenziato ma non ragionevolmente giustificato, che ha seriamente compromesso l'effettività del diritto di difesa del danneggiato.

*Abstract (en)* Starting from ruling number 7969 of April 20th, 2020, the Court of Cassation has wholly changed its jurisprudence on compensation for damages caused by wildlife, establishing the application of the criteria of liability of Article 2052 of the Civil Code and the identification of the Region as the sole responsible for compensation. This paper addresses the reasons behind this ruling and examines its outcomes. It refers to observation from the perspective of law and economics to draw attention to the reasons as to why such decision finally resolves issues related to infringed constitutional values. In the past, this situation resulted in a conundrum with regionally differentiated rules without reasonable justification, which produced serious harms for the effectiveness of the right to defence of the damaged party.

**SOMMARIO:** **1.** La fauna selvatica da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato: la questione risarcitoria; **2.** Le precedenti motivazioni della giurisprudenza per negare l'applicazione dell'art. 2052 del cc; **3.** La legittimazione passiva: la caotica giurisprudenza e la perdita di effettività del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione; **4.** Il nuovo orientamento: la sentenza della Corte di cassazione n. 7969 del 20 aprile 2020; **5.** Giustificazioni e implicazioni economiche sulla decisione; **6.** La precedente decisione della Corte costituzionale.

## 1. La fauna selvatica da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato: la questione risarcitoria

Con la sentenza n. 7969 del 20 aprile 2020 la Corte di cassazione ha “rivoluzionato” il proprio orientamento in tema di risarcimento danni provocati dalla fauna selvatica; il caso appare di interesse in quanto coinvolge profili di diritto costituzionale e pubblico (oltre che privatistici e di analisi economica del diritto). In via preliminare si ritiene utile effettuare un breve *excursus* normativo della disciplina in materia che rappresenta un aspetto della regolazione sulla caccia.

Per quanto riguarda le funzioni legislative occorre ricordare come le regioni, in base all’art. 117 della Costituzione *ante* riforma del Titolo V, vantassero in materia una competenza concorrente, divenuta, *post* riforma, materia residuale.

Il primo intervento organico in periodo repubblicano<sup>1</sup> è stata la legge n. 968/1977 con la quale furono fissati alcuni *imprinting* confermati anche dall’evoluzione normativa successiva; alla centralità del ruolo regionale in materia emergeva sul piano amministrativo già un *favor* alla delega verso gli enti territoriali minori<sup>2</sup>. Assetto sostanzialmente confermato nella successiva L. 157/92<sup>3</sup> che rappresenta l’attuale regolazione nazionale sulla protezione della fauna.

Peraltro, in prospettiva storica, occorre ricordare anche il precedente D.P.R. n. 11/1972 con cui fu attuato il primo trasferimento di funzioni amministrative verso le neoistituite regioni a statuto ordinario; in particolare l’art. 1 co. lett. o) assegnò loro la gran parte di quelle attinenti l’esercizio della caccia compreso il calendario venatorio, la disciplina delle bandite e delle riserve di caccia e il ripopolamento, permanendo in capo allo Stato soltanto la competenza al rilascio del porto d’armi e quella relativa alla ricerca e alla sperimentazione scientifica di interesse nazionale<sup>4</sup>.

Già quindi nel primo trasferimento del 1972 si individuava l’ente regionale come quello più adatto, salvo ovviamente delega, a cui affidare l’attività di gestione sul territorio dell’attività venatoria; ampiezza di trasferimenti confermata dal successivo D.P.R. n. 616/1977 il cui art. 99 estendeva ulteriormente il ventaglio delle funzioni amministrative regionali.

<sup>1</sup> In precedenza, la materia era disciplinata dal r.d. n. 1016/1939.

<sup>2</sup> Infatti l’art. 5 co. 1 della legge n. 968/1977 disponeva che le regioni esercitassero «le funzioni amministrative in materia di caccia *normalmente* mediante delega alle province, alle comunità montane, ai comuni, singoli o associati» (ns il corsivo).

<sup>3</sup> Ai sensi dell’art. 1 co. 3 della L. 157/92 le regioni a statuto ordinario «*provvedono ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica in conformità alla presente legge, alle convenzioni internazionali ed alle direttive comunitarie. Le regioni a statuto speciale e le province autonome provvedono in base alle competenze esclusive nei limiti stabiliti dai rispettivi statuti. Le province attuano la disciplina regionale ai sensi dell’articolo 14, comma 1, lettera f), della legge 8 giugno 1990, n. 142*». Quest’ultimo riferimento normativo è stato formalmente modificato dall’art. 19 del D.Lgs. 267/2000.

<sup>4</sup> G. SERENO, *La caccia*, in *Le materia di competenza regionale* (a cura di) G. GUZZETTA, F. S. MARINI, D. MORANA, 2015, p. 98.

E' sulla base dei due precedenti decreti che si innesta la legge n. 968/1977 di cui, per i fini che interessano al presente contributo, occorre ricordare una svolta decisiva nella concezione dello *status* giuridico degli animali selvatici.

Infatti la normativa del 1977 sostituirà all'espressione "selvaggina"<sup>5</sup> quella di "fauna selvatica"<sup>6</sup>; variazione semantica non fine a se stessa ma che prelude a recidere un concetto legato alla tradizione romanistica millenaria: difatti con l'art. 1 si stabilì che la fauna selvatica italiana costituiva «*patrimonio indisponibile dello stato... tutelata nell'interesse della comunità nazionale*»<sup>7</sup>.

Grazie a tale disposizione, la fauna selvatica cessa quindi di essere considerata *res nullius*<sup>8</sup> aprendo la questione del risarcimento danni da essa provocati<sup>9</sup>; tuttavia il testo legislativo, se da un lato ha il merito di sancire il salto qualitativo concettuale, dall'altro non affronta, restando del tutto silente in argomento, l'aspetto risarcitorio.

Lacuna che trovò parziale copertura con la successiva legge n. 157/92 dove fu previsto uno specifico strumento, di competenza regionale, per i danni prodotti dalla fauna selvatica. Difatti, ai sensi dell'art. 26 della L. 157/92, «*[p]er far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo della fauna selvatica, in particolare da quella protetta, e dall'attività venatoria, è costituito a cura di ogni regione un fondo destinato alla prevenzione e ai risarcimenti*».

Venne pertanto istituito, a valle del sistema, un meccanismo nel caso in cui le misure preventive adottate non si fossero dimostrate sufficienti ad evitare l'evento dannoso. Tuttavia, lo strumento aveva (ed ha) un campo di applicazione limitato in quanto valido solo per le colture; pertanto, nemmeno la legislazione organica successiva, riconsiderando l'intera disciplina, ha sentito l'esigenza di regolare il risarcimento danni causati dalla fauna selvatica a cose o persone (né, del resto, per le attività diverse da quelle propriamente agricole).

Questo vuoto normativo ha portato inevitabilmente la giurisprudenza, nell'affrontare i casi specifici, a ricorrere ai principi generali dell'ordinamento e, su due rilevanti questioni giuridiche, si sono registrati orientamenti oscillanti: l'identificazione del soggetto (eventualmente) tenuto a risarcire il danno e il criterio

5 L'art. 1 del r.d. n. 1016/1939 disponeva che «*[c]ostituisce esercizio di caccia ogni atto diretto all'uccisione o alla cattura di selvaggina mediante l'impiego di armi, di animali o di arnesi a ciò destinati*».

6 Ai sensi dell'art. 2 della L. 968/1977 facevano parte della fauna selvatica «*i mammiferi e gli uccelli dei quali esistono popolazioni viventi, stabilmente o temporaneamente, in stato di naturale libertà, nel territorio nazionale*».

7 L'attuale art. 1 della L. 157/92 dispone invece che la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ma tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale.

8 N. LUCIFERO, *I confini dell'attività venatoria. La caccia nella normativa e giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Dir. giur. Agr. amb.*, 2005, n. 11, pp 635-636.

9 I danni provocati dalla fauna selvatica possono riguardare cose, persone e colture; si precisa che il contributo non prende in esame i danni prodotti dalla fauna selvatica alle coltivazioni la cui disciplina compete alle regioni in base all'art. 26 della L. 157/92.

di attribuzione della responsabilità traducendosi, quest'ultimo aspetto, nel definire l'appropriato supporto civilistico da applicare. Le molteplici posizioni interpretative hanno creato un quadro incerto, frammentato e in tensione con alcuni pilastri del nostro ordinamento costituzionale quali l'effettività del diritto di difesa, il principio di uguaglianza nonché il riparto tra competenze regionali e competenze esclusive statali.

In discontinuità con l'orientamento passato, la sentenza n. 7969 del 20 aprile 2020 della Corte di cassazione ha "capovolto" il criterio civilistico di responsabilità da applicare ai danni da fauna selvatica<sup>10</sup> producendo effetti anche sul piano dell'individuazione del soggetto legittimato passivo.

L'aspetto che ci sembra interessante osservare è come questa svolta interpretativa, mirata a riequilibrare la posizione del danneggiato e permettergli una effettiva tutela giurisdizionale, trova giustificazioni, più di quanto sembra emergere dalla lettura della sentenza, anche da considerazioni che si ispirano all'analisi economica del diritto.

Difatti il mutamento giurisprudenziale, e in particolare l'individuazione del soggetto legittimato passivo, più che intervenire su di un sistema "ingiusto" in senso sostanziale, sembra dettato dall'esigenza di alleggerire la posizione troppo "costosa" per il danneggiato che porrebbe seri dubbi sull'effettività della tutela giurisdizionale costituzionalmente riconosciuta.

Prima di approfondire le innovazioni contenute nella sentenza si ritiene opportuno analizzare, seppur in chiave molto sintetica, le due questioni giuridiche controverse.

## **2. Le precedenti motivazioni della giurisprudenza per negare l'applicazione dell'art. 2052 del cc.**

Iniziamo dall'analisi del parametro civilistico in quanto la sua corretta identificazione, come vedremo meglio nel paragrafo successivo, influenzerà la decisione della Corte anche nell'individuazione del soggetto legittimato passivo.

La giurisprudenza di legittimità, a differenza di parte della dottrina, ha assunto come fondamento della responsabilità per danni causati dalla fauna selvatica l'art. 2043 cc, negando l'applicazione dell'art. 2052 cc; quest'ultimo disciplina la responsabilità per danno cagionato da animali e dispone che «*il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati*

---

<sup>10</sup> La posizione risulta confermata nelle successive sent. n. 8384 e 8385 del 29/04/2020, sent. n. 12113 del 22/06/2020 seguita da una serie di ordinanze tra cui la n. 13848 del 6/7/2020, n. 19101 del 15/06/2020, n. 25466 del 12/11/2020 e la n. 678 del 15/01/2021.

*dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito».*

Dalla lettura piana del testo, si può notare come la disposizione sia stata concepita per animali per i quali sia possibile individuare un proprietario e non sembra, quindi, agevolmente applicabile anche alla fauna selvatica; si consideri come la disposizione sia del resto figlia di un momento storico, per non dire un'epoca<sup>11</sup>, nel quale la fauna selvatica era considerata, secondo la tradizione romanistica, *res nullius* per cui non si poneva nemmeno il problema del risarcimento. Si ricorda come l'art. 2052 cc, a differenza dell'art. 2043 cc, non richiama gli elementi soggettivi del dolo e della colpa; il fondamento della responsabilità è da ricercarsi quindi esclusivamente nello *status* di proprietario dell'animale o di detentore-utilizzatore ("chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso").

Siamo, quindi, di fronte ad un caso di responsabilità di tipo oggettivo, che prevede come unica prova liberatoria il caso fortuito, e che si differenzia così, in maniera marcata, dall'art. 2043 fondato invece sulla responsabilità colposa. Anche da questa prima superficiale comparazione tra le due disposizioni del codice civile, emerge chiaramente come individuare nell'uno o nell'altro il fondamento per la richiesta risarcitoria, produca di riflesso effetti di non poco conto sull'onere probatorio del danneggiato.

Onere probatorio che si alleggerisce in caso di applicazione dell'art. 2052; in tal caso infatti, una volta accertato lo *status* di proprietario (o utilizzatore) del convenuto, il danneggiato è tenuto a rappresentare la dinamica del sinistro evidenziando il nesso causale tra il comportamento dell'animale e il danno subito; invece, con l'applicazione dell'art. 2043, dovrà provare come il danno provocato dall'animale sia conseguenza di un preciso comportamento colposo da parte del convenuto.

Come la stessa sentenza n. 7969/2020 ricostruisce, mentre la dottrina e alcune datate sentenze di merito hanno ritenuto possibile l'applicazione dell'art. 2052 cc anche ai danni causati dalla fauna selvatica,

*«[n]ella giurisprudenza di questa Corte si è invece consolidato un diverso indirizzo<sup>12</sup>, secondo cui il danno cagionato dalla fauna selvatica non è risarcibile in base alla presunzione stabilita nell'art. 2052 c.c., inapplicabile con riguardo alla selvaggina, il cui stato di libertà è incompatibile con un qualsiasi obbligo di custodia da parte della pubblica amministrazione, ma solamente alla stregua dei*

<sup>11</sup> La fattispecie era disciplinata anche nel codice previgente ad eccezione della prova liberatoria del caso fortuito che è stata invece prevista nel codice civile del 1942 cfr. P. ZIVIZ, *Il danno cagionato da animali*, in *La colpa nella responsabilità civile* (a cura di P. CENDON), Torino, 2006, III, p. 172.

<sup>12</sup> Vengono citate a titolo esemplificativo le seguenti pronunce della Corte di cass., Sez. 3, sentenza del 12/08/1991, n. 8788; 15/03/1996, n. 2192; 14/02/2000, n. 1638; 23/07/2002, n. 10737; 24/06/2003, n. 10008; 28/03/2006, n. 7080; 21/11/2008, n. 27673; 24/04/2014, n. 9276; Ord. 27/02/2019, n. 5722.

*principi generali della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico».*

La giurisprudenza ha quindi ritenuto dare maggior rilievo al concetto di custodia rispetto a quello di "proprietà/utilizzo" e motivato l'inapplicabilità dell'art. 2052 per l'inconcepibile e contraddittoria ammissibilità dell'esistenza di un "dovere" a custodire un animale in libertà; si noti, come su tale impostazione non sembra aver determinato alcun effetto la modifica, concettualmente tutt'altro che banale, dello *status* della fauna selvatica da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato; passaggio con cui quest'ultimo, pur delegando poi molte competenze e funzioni alle Regioni, ha assunto una posizione quantomeno assimilabile a quella del proprietario della fauna selvatica.

### **3. La legittimazione passiva: la caotica giurisprudenza e la perdita di effettività del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione.**

Per quanto riguarda la legittimazione passiva, in linea di principio, non è mai stato messo in dubbio che fosse la regione, almeno in prima battuta, il soggetto da chiamare in causa per le richieste di risarcimento per danni. Depone del resto in tal senso tutto l'impianto della legislazione statale che assegna loro la competenza legislativa e amministrativa a disciplinare la tutela della fauna e la gestione del proprio territorio.

Ma mentre un primo orientamento, affrontando anche una fattispecie regolata dalla precedente L. 27.12.1977<sup>13</sup>, individuava la legittimazione passiva sempre e comunque nella regione (anche quindi in caso di delega di poteri), la giurisprudenza successiva<sup>14</sup> ha invece talvolta deviato da questo filone adottando un criterio più "sostanziale" dell'esercizio dei poteri, individuando, quale eventuale responsabile, l'ente delegato.

Il ragionamento sotteso a questa parte della giurisprudenza si sviluppa come conseguenza del fondamento teorico utilizzato per la responsabilità per danni causati dalla fauna selvatica. Difatti se il fondamento teorico viene ritenuto l'art. 2043 allora, vista la sua natura di responsabilità colposa, diventa necessario l'individuazione di un comportamento o un'omissione attribuibile all'ente pubblico effettivamente responsabile; responsabilità che quindi non sarebbe più attribuibile alla regione ma esclusivamente al soggetto a cui sono stati attribuiti i poteri effettivi.

<sup>13</sup> Cass., Sez. III, Sent. 01/08/1991, n. 8470.

<sup>14</sup> A partire dalla sentenza Cass., Sez. III, 08/01/2010, n. 80.

A titolo esemplificato di questo filone può essere analizzata l'ordinanza n. 18952 del 31/07/2017 della Corte di cassazione: il ricorrente, a seguito di incidente stradale causato da un branco di cinghiali che gli avevano attraversato la strada, aveva agito in primo grado nei confronti del comune di Arezzo che chiamò in causa la Regione Toscana in quanto ritenuta unico ente legittimato passivo.

Mentre il Tribunale di Arezzo accolse la domanda nei confronti della sola Regione Toscana, la Corte d'Appello, sul gravame di quest'ultima, riformò la decisione di primo grado. Il danneggiato si vede rigettare il successivo ricorso dalla Cassazione in applicazione del principio di diritto secondo cui *«la responsabilità extracontrattuale per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all'ente, sia esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione, ecc., a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, anche in attuazione della legge n. 157 del 1992, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, sia che i poteri di gestione derivino dalla legge, sia che trovino la fonte in una delega o concessione di altro ente»*.

Il punto decisivo a supporto della decisione è che la Toscana, in concreto, ha delegato la gestione della fauna selvatica alle singole province, rendendole loro i soggetti responsabili dei danni cagionati dagli animali selvatici *«atteso che l'esercizio di tali poteri è indirizzato sia alla tutela del complessivo equilibrio dell'ecosistema sia alla sicurezza dei soggetti potenzialmente esposti ai danni derivanti dagli imprevedibili comportamenti della fauna»*<sup>15</sup>. In sintesi quindi l'ordinanza afferma la responsabilità della sola Provincia (non citata dal ricorrente) escludendo quella degli altri soggetti pubblici<sup>16</sup>.

A sua volta, questo orientamento, che vede come unico responsabile l'ente che esercita effettivamente i poteri, non ha assunto tratti di univocità disegnando uno scenario ulteriormente articolato<sup>17</sup>. Si è sostenuto, ad esempio, come la regione restasse comunque responsabile salvo la dimostrazione che all'ente delegato fosse stata attribuita autonomia decisionale e operativa sufficiente per poter adottare misure di precauzione e amministrare i danni arrecati ai terzi<sup>18</sup>, ma anche che si dovesse indagare, caso per caso, al fine di poter verificare se l'ente delegato fosse stato messo effettivamente nelle condizioni di adempiere ai compiti attribuiti<sup>19</sup>.

Come esempio recente si può citare l'ordinanza 17/9/2019, n. 23151 avente ad oggetto sempre l'urto di autoveicolo con un cinghiale; nei gradi precedenti, mentre il Giudice di pace condannò la Provincia di Macerata al risarcimento del danno, il

<sup>15</sup> Cass., Sez III, 10/11/2015, n. 22886

<sup>16</sup> Si consideri anche che al rigetto del ricorso sono seguite le spese, per la soccombenza, a favore dei contro ricorrenti Regione Toscana e Comune di Arezzo quantificate in 25.000 euro.

<sup>17</sup> Per una disamina ulteriormente approfondita cfr. Cass., Sez III, 20/04/2020, n. 7969, punto 3.5.

<sup>18</sup> Cass., Sez. III, 21/02/2011, n. 4202

<sup>19</sup> Cass., Sez. III, 06.12.2011, n. 26197, 21.06.2016, n. 12727 e recentemente Cass., Sez. 6-3, Ord. 17.09.2019, n. 23151.

Tribunale, accogliendone l'appello, ne ha dichiarato invece la carenza di legittimazione passiva. Quest'ultima decisione si fonda sul fatto che, dall'analisi del quadro normativo nazionale e regionale, non risulterebbe un esplicito conferimento a livello provinciale per la regolamentazione danni diversi da quelli alle colture agricole; in altri termini non veniva ravvisata una competenza "effettiva" della Provincia per i danni da fauna selvatica a persone o cose.

Il danneggiato, non condividendo il percorso argomentativo del Tribunale, è ricorso in Cassazione la quale ha ribaltato la decisione d'appello in quanto non avrebbe tenuto conto né delle funzioni amministrative che, in materia, il legislatore statale ha conferito alle Province<sup>20</sup>, né dei compiti che ha attribuito loro la Regione Marche<sup>21</sup> per la gestione della fauna selvatica<sup>22</sup>. Anche dai soli due casi brevemente riportati si comprende come la situazione avesse assunto una connotazione alquanto incerta e il cuore del problema è ben evidenziato in un passaggio della sentenza n. 7969/2020:

*«... è stata ripetutamente segnalata la condizione di oggettiva ed estrema difficoltà pratica in cui, in base agli attuali orientamenti, viene posto il soggetto privato danneggiato dalla condotta di animali selvatici nell'esercitare in giudizio la tutela dei suoi diritti, trovandosi questi costretto, non solo a dover individuare e provare una specifica condotta colposa dell'ente convenuto, causativa del danno, ma anche a districarsi in un ipertrofico e confuso sovrapporsi di competenze statali, regionali, provinciali e di enti vari (enti parchi, enti gestori di strade e oasi protette, aziende faunistico venatorie, ecc.), i cui rapporti interni non sono sempre agevolmente ricostruibili, al fine di individuare l'unico soggetto pubblico effettivamente legittimato passivo, in concreto, in relazione all'azione risarcitoria avanzata (e ciò anche al fine di evitare la responsabilità per le spese processuali in relazione agli altri enti potenzialmente responsabili, eventualmente citati a "scopo cautelativo"), il che finisce in molti casi per risolversi in un sostanziale diniego di effettiva tutela, in evidente tensione con i valori costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost.».*

---

20 L'art. 14 della L. 142/90 (poteri quindi non delegati dalla regione) ha stabilito che «spettano alla provincia le funzioni amministrative di interesse provinciale che riguardano vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale» nei settori della protezione della flora e della fauna nonché della caccia e pesca nelle acque interne; il successivo art. 19 del D.lgs. 267/2000, che ha sostituito la L. 142/90, ha confermato tali attribuzioni.

21 Cfr L.R. Marche n. 7 del 5/1/1995, Norme per la protezione della fauna selvatica e per la tutela dell'equilibrio ambientale e disciplina dell'attività venatori.

22 Per i giudici la differente "origine" dei poteri rileverebbe ai fini della valutazione di una eventuale responsabilità regionale, che potrebbe quindi anche restare ammissibile, ma solo per quegli eventi dannosi riconducibili ad attuazione di norme regionali.

Rappresentazione lucida della prospettiva kafkiana in cui si trova il danneggiato, schiacciato tra la complessità del groviglio normativo da districare e le posizioni giurisprudenziali, specie quelle più “sostanzialiste”, che aggiungono, alla verifica sul piano formale di un’attribuzione di poteri, di valutare se l’ente delegato sia stato anche messo effettivamente nelle condizioni di adempiere ai compiti attribuiti<sup>23</sup>.

#### **4. Il nuovo orientamento: la sentenza della Corte di cassazione n. 7969 del 20 aprile 2020.**

Ricostruiti gli elementi di debolezza del sistema possiamo adesso passare ad analizzare gli orientamenti interpretativi innovativi contenuti nella sentenza n. 7969/2020. *In primis* la Corte ritiene come sia pregiudiziale affrontare il criterio di imputazione della responsabilità e, mutando completamente orientamento rispetto al passato, stabilisce l’applicazione della responsabilità oggettiva ex art. 2052<sup>24</sup>. Il Collegio nota come la disposizione non limiti il suo ambito, almeno esplicitamente, ai soli animali domestici (per i quali è immediata l’individuazione di un proprietario), ma se ne possa dare una lettura più ampia estendendone la portata a tutti quelli suscettibili di proprietà o di utilizzo da parte dell’uomo.

L’assunto da rivedere sarebbe da individuarsi nella ritenuta inapplicabilità dell’art. 2052 in quanto la sua disciplina, esprimendo un criterio fondato sul “dovere di custodia”, risulterebbe del tutto inconcepibile con lo stato di libertà degli animali selvatici.

Viene viceversa osservato come l’architrave della disposizione sia piuttosto la proprietà dell’animale o comunque il suo utilizzo per trarne un qualche beneficio; l’interpretazione preferibile sarebbe allora quella che, in coerenza con il principio latino *ubi commoda ibi et incommoda*, considera la responsabilità come l’inevitabile rovescio della medaglia dell’utilità; in sintesi chi gode dei benefici dell’animale deve anche farsi carico dei danni cagionati.

---

23 A conferma del quadro troppo confuso e incerto la Corte aggiunge come la ricerca, in concreto, del soggetto a cui sarebbe ascrivibile la condotta omessa ha «portato a ricostruzioni non sempre coincidenti delle medesime legislazioni regionali, ed a sostenere talvolta e/o a negare altre volte (anche in relazione alla medesima regione) che avesse rilievo una determinata delega di funzioni amministrative e/o che la stessa potesse dirsi “concretamente attuata”, ovvero che una determinata condotta omessa spettasse ad un ente o ad un altro, e/o fosse o meno esigibile dall’uno o dall’altro. Ciò senza contare che talvolta la stessa responsabilità delle Regioni e delle Province è stata considerata concorrente ed altre volte esclusiva» (punto 4.2 sent. 7969/2020).

24 La Corte evidenzia come nel passato un percorso analogo, vale a dire ad un prima posizione che negava l’applicabilità tale e quale alla pubblica amministrazione della disciplina civilistica prevista per i privati sia poi seguita l’applicazione del regime legislativo “comune”, sia avvenuto anche per altra fattispecie che presenta profili di analogia con l’art. 2052 quale la responsabilità oggettiva ex art. 2051 cc per i danni causati da cose in custodia, con riguardo ai beni demaniali.

Posta tale premessa, la Corte ritiene che esentare gli enti pubblici dalla responsabilità oggettiva ex art. 2052 cc si risolverebbe in *«ingiustificato privilegio riservato alla pubblica amministrazione»*. Vale la pena osservare come il *revirement* della Cassazione non è certo indotto da recenti modifiche legislative in quanto una tale interpretazione sarebbe stata già possibile dopo la qualificazione della fauna selvatica come patrimonio indisponibile dello Stato sancita con la legge n. 968/1977.

Ma se lo *status* di proprietario è attribuibile allo Stato, prosegue il pensiero della Corte, altro è il soggetto pubblico che invece “utilizza” la fauna e che viene individuato nelle Regioni viste le loro rilevanti competenze normative e amministrative nonché le funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo sugli enti minori a cui può, eventualmente, aver delegato poteri di gestione effettivi sul territorio. I compiti svolti dalle regioni per la tutela, la gestione e il controllo costituiscono *«nella sostanza una “utilizzazione”, in senso pubblicistico, di tale patrimonio»*.

Quindi, mentre la titolarità del patrimonio faunistico è formalmente dello Stato, sono però le Regioni che, sostanzialmente, tramite l'esercizio dei poteri affidati loro, compresi quelli sostitutivi, lo “utilizzano” *«al fine di trarne una utilità collettiva pubblica per l'ambiente e l'ecosistema»* e che *«“utilizzano” il patrimonio faunistico protetto al fine di perseguire l'utilità collettiva di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»*.

Una volta stabilita l'applicabilità dell'art. 2052 cc la Corte di cassazione precisa come il soggetto pubblico a cui attribuire la responsabilità per i danni da fauna selvatica *«va individuato certamente, ed esclusivamente, nelle Regioni, dal momento che sono le Regioni gli enti territoriali cui spetta, in materia, non solo la funzione normativa, ma anche le funzioni amministrative di programmazione, coordinamento, controllo delle attività eventualmente svolte (per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari) da altri enti, ivi inclusi i poteri sostitutivi, per i casi di eventuali omissioni»*.

Ai fini dell'individuazione del legittimato passivo si dissolve qualsiasi valutazione sull'esistenza o meno di un eventuale delega di funzioni ad altri soggetti. Per il danneggiato questa prospettiva determinerebbe un evidente e concreto effetto semplificante in quanto lo solleverebbe dall'incombenza di orientarsi nel complicato labirinto giuridico per individuare l'effettivo soggetto responsabile in quanto gli sarà sufficiente (e semplice) convenire, sempre e comunque, solo la regione; eventualmente sarà semmai quest'ultima a valutare se chiamare in causa il soggetto a cui ha, effettivamente, delegato le competenze.

In base a quanto visto sinora, nel suo complesso, la nuova interpretazione rivoluziona sostanzialmente decenni di giurisprudenza di legittimità che per i danni cagionati da fauna selvatica aveva ritenuto applicabile l'art. 2043 e non l'art. 2052; l'individuazione del nuovo parametro civilistico di attribuzione della responsabilità produce effetti anche nell'individuazione del legittimato passivo che diventerebbe, per il danneggiato, sempre e comunque la regione; in quest'ultimo caso la Corte, più

che innovare, chiarisce tra i tanti seguiti nei precedenti giudizi, quale sia l'orientamento preferibile.

La decisione è interessante perché, da un lato è sorretta, oltre che da chiare ragioni di tutela dei diritti, anche da valide argomentazioni giuseconomiche, ma dall'altro, il principio innovativo, contrasta con una precedente posizione assunta della Corte costituzionale.

## 5. Giustificazioni e implicazioni economiche sulla decisione.

Prima di esaminare la posizione della Corte costituzionale si ritiene opportuno soffermarsi su alcuni profili di analisi economica del diritto, anche se vengono solo marginalmente richiamati nella sentenza<sup>25</sup>; infatti il risultato concreto che realizza la svolta interpretativa è la riduzione dei "costi di transazione"<sup>26</sup> che, almeno sinora, il danneggiato si vede costretto a sostenere per l'individuazione del soggetto "responsabile". Tale risultato si realizza in termini di "effetti finali" in quanto le argomentazioni svolte dalla Corte non toccano mai aspetti giuseconomici ma si fondano solo su classiche argomentazioni strettamente giuridiche finalizzate, soprattutto, a garantire effettività all'esercizio del diritto di difesa ex art 24 della Costituzione.

Innanzitutto è vero che il sistema genera tensioni anche sul profilo delle "materie" nonché in relazione al principio di uguaglianza. Difatti soluzioni regionalmente diversificate, se non ragionevolmente giustificate, finiscono per incidere, di fatto, sull'ordinamento civile, ambito materiale di competenza esclusiva statale ex art. 117 co. 2 lett. l) della Costituzione.

Per considerazioni analoghe si possono quantomeno ipotizzare tensioni costituzionali in relazione al principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione; sono giustificabili decisioni diverse a fronte di eventi e fatti realizzatisi in condizione di tempo e di modo identici, ma solo in altri luoghi?

Tuttavia, precisate queste ulteriori criticità costituzionali, le argomentazioni in chiave giuseconomica sembrano trovare terreno più fertile e assumere più solidità nella difesa del danneggiato tramite la riduzione dei "costi di transazione". Si tenga presente che, da un punto di vista metodologico, i principi, le teorie e gli strumenti dell'analisi economica del diritto hanno trovato la loro prima naturale applicazione

25 Cfr. punto 4.3 sentenza n. 7969/2020 dove la Corte così precisa: «Anche sotto il profilo della cd. analisi economica del diritto sono state sollevate perplessità sulla razionalità di un regime di imputazione della responsabilità che nella sostanza lascia nella maggioranza dei casi il danno causato dalla fauna selvatica, bene tutelato nell'interesse della collettività, in capo al singolo che lo ha subito, invece di "collettivizzarlo"».

26 Sui costi di transazione in generale e in chiave ambientale come elemento la cui presenza influenza l'allocazione dei diritti di proprietà e la negoziazione tra le parti in presenza di esternalità cfr R.H.COASE, *The Problem of Social Cost*, The Journal of Law & Economics, 1960, n. 3, pp. 1 e ss.

nel campo del diritto privato; tuttavia risulta ormai pacifico come non sembrano esservi motivazioni convincenti per impedirne l'applicazione a tutte le aree del diritto e, per quanto qui interessa, alla dimensione pubblico-costituzionale<sup>27</sup> e applicativo giurisprudenziale<sup>28</sup>.

Al fine di comprendere meglio l'affermazione per cui la decisione troverebbe giustificazioni anche nell'analisi economica del diritto è opportuno effettuare alcuni brevissimi richiami su tale area di studio.

Sulla base delle ben note riflessioni di Guido Calabresi, che per primo ha posto la questione economica delle regole di responsabilità a fronte di incidenti non dolosi, queste dovrebbero essere volte a minimizzare i costi sociali degli incidenti, a sua volta composti dalla somma dei costi di prevenzione, dai costi del danno e dai costi di transazione<sup>29</sup>.

Questa tripartizione serve a distinguere sul piano concettuale costi che hanno natura e dinamiche completamente diverse<sup>30</sup>.

Nel caso degli incidenti con la fauna selvatica i "costi di prevenzione" sono quelli sostenuti per tentare di evitare lo scontro o di rendere le conseguenze meno gravi<sup>31</sup> e possono tradursi in misure implementate sia dall'ente preposto alla gestione del territorio che dal guidatore. Le prime si possono ulteriormente classificare in misure dirette<sup>32</sup>, che cercano di agire sul comportamento dell'animale selvatico, e indirette<sup>33</sup>, rivolte invece a incidere sulla guida del conducente.

Per quanto riguarda i costi della prevenzione per il guidatore si può immaginare la stipula di una specifica polizza assicurativa privata che copra l'evento<sup>34</sup> oppure l'adozione di una velocità di guida più adeguata<sup>35</sup> che può incidere sia sul realizzarsi

27 Cfr G.N. POLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, 2009; specifico nella regolazione ambientale cfr. A.R. GERMANI, *Analisi economica del diritto e ambiente: regole e discrezionalità nei sistemi-paese*, 2008.

28 Sempre in riferimento ai danni provocati dalla fauna selvatica per considerazioni sui criteri anche economici a cui si è ispirata la Cassazione nella sentenza n. 80 del 20.01.2010 cfr F. BENATTI, *Danno da animali: sulle precauzioni idonee a prevenire il danno*, *La Resp. Civile*, 2010, n. 12, p. 817-820; in precedenza altre considerazioni sull'inadeguatezza del quadro normativo in base all'analisi economica del diritto cfr F. DI CIOMMO, *Il cinghiale carica, nessuno risponde: brevi appunti sulla (ir)risarcibilità dei danni causati da animali selvatici*, in *Danno e resp.*, 2000, n. 4, p. 397 ss

29 G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970, pp. 26-31.

30 Cfr R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economia del diritto civile, Fondamenti*, 2006, pp 202 e ss.

31 Nei costi di prevenzione si possono considerare anche quelli per stipulare una polizza assicurativa privata che copra i danni in questione.

32 Come misure dirette si pensi all'installazione di recinzioni ai bordi della strade dove è più probabile la presenza di fauna selvatica oppure di catarifrangenti in modo che il fascio di luce dei fari sia deviato verso l'animale allo scopo di tentare di impedirgli l'attraversamento della strada.

33 Tra quelle indirette si può citare, per esempio, l'installazione di cartellonistica che segnali al guidatore, in quel tratto di strada, il rischio di attraversamento della fauna selvatica.

34 Ulteriore rispetto alla RCA.

35 Su questo fattore può incidere la presenza della segnaletica stradale che avvisa del pericolo.

dell'evento in sé, sia nella minimizzazione delle conseguenze dannose (per il guidatore ma anche per l'animale) che ne possono derivare; in quest'ultimo caso il costo sostenuto può essere rappresentato dal maggior tempo impiegato per lo svolgimento del tragitto<sup>36</sup>. Ovviamente è sull'effettiva adeguatezza dei costi di prevenzione sostenuti dalle parti che si gioca buona parte della partita della responsabilità.

I "costi del danno" sono invece quelli sostenuti per risarcire gli effetti dell'avvenuto incidente e possono consistere quindi nelle spese mediche, nelle spese per la riparazione del mezzo nonché le perdite di reddito futuro, transitorie o permanenti, in funzione dell'entità dei danni.

Infine, la categoria, che qui più interessa, rappresentata dai "costi di transazione" definibili, in questo caso, come quelli sostenuti *post* incidente per l'esatta individuazione del soggetto da chiamare in causa<sup>37</sup> nonché le relative spese di giustizia compresi gli oneri probatori a carico del danneggiato (e il rischio di citare in causa il soggetto errato).

A parere di chi scrive la minimizzazione dei costi di transazione sembra proprio, più che l'obiettivo perseguito, il principale risultato ottenuto dai giudici nella sentenza in commento; infatti la decisione rafforza l'effettività del diritto di difesa in quanto fornisce al danneggiato una indicazione univoca per la chiamata in causa; viene eliminato il costo per l'acquisizione di informazioni per comprendere le complesse e opache ridistribuzioni di competenze tra i vari enti pubblici visto che il soggetto legittimato passivo resta, sempre e comunque, la regione.

Estraneo al danneggiato rimane il fatto che quest'ultima conservi poi un'azione di regresso nei confronti del soggetto a cui ha effettivamente delegato i poteri di gestione che risulterà l'unico veramente inciso.

Gli effetti concreti della decisione si dispiegano soprattutto in questo: si dividono, concettualmente, più che processualmente, le azioni in funzione del soggetto che è nella posizione migliore per acquisire le corrette informazioni.

La complessità delle diverse scelte regionali pone, in concreto, il danneggiato in una posizione eccessivamente e irragionevolmente onerosa che viene meno se si identifica la regione come unico soggetto legittimato passivo.

Invece la molteplicità delle legittime soluzioni regionali, liberamente articolabili in funzione delle specificità territoriali, rischia di porre il danneggiato davanti ad una barriera informativa eccessivamente costosa dovendo acquisire, per individuare il soggetto pubblico responsabile, un'informazione difficile da ottenere e con il rischio di chiamare in giudizio, anche o solo, il soggetto sbagliato.

---

<sup>36</sup> Non si considera il gusto del viaggio in sé che potrebbe essere elemento che induce a mantenere comunque una velocità bassa a prescindere da considerazioni di natura precauzionale.

<sup>37</sup> In linea di principio questo elemento non è sempre un aspetto così complesso come nel caso in studio.

Tuttavia, a ben vedere, anche non considerando la differenziazione regionale, non appare poi così “improprio” identificare come legittimato passivo il soggetto a cui effettivamente sono stati conferiti i poteri di gestione; in altri termini la criticità non sembra tanto risiedere nell’*an* ma si annida nel *quomodo* con cui i poteri sono conferiti; il problema diventa cioè l’eccessiva complessità nell’acquisire informazioni corrette sull’effettivo conferimento dei poteri; informazioni che non risultano accessibili dall’esterno se non a costi non proporzionati per il privato cittadino.

In altri termini, se fosse semplice individuare il soggetto responsabile, il problema, dal punto di vista dell’esercizio del diritto di difesa, non si porrebbe forse nemmeno<sup>38</sup>; ma la complessità della ricostruzione del quadro normativo rende appunto l’individuazione molto difficile e anche uno studio approfondito non può escludere del tutto l’incertezza dell’esito.

Ecco perché abbiamo affermato che la minimizzazione dei costi di transazione è il risultato ottenuto: in punto di diritto non è contestabile che il soggetto a cui sono attribuiti gli effettivi poteri sia anche il responsabile; ma in punto di fatto, ottenere questa informazione, può risultare una operazione troppo complessa da acquisire esternamente; d’altra parte la regione non è comunque estranea all’assetto concreto con il quale essa stessa ha organizzato la protezione della fauna selvatica eventualmente delegandola ad altri soggetti; così facendo essa rimase responsabile delle scelte organizzative che ha deciso di adottare.

Quando sono le scelte regolative della regione che rischiano di mettere in crisi l’effettività della tutela giurisdizionale del danneggiato la soluzione è che essa ne risponda in primo luogo. Dopodiché, per garantire tra gli enti pubblici quel riequilibrio in termini di giustizia sostanziale, cioè la corrispondenza tra possibile esercizio dei poteri (e quindi l’adozione delle adeguate misure precauzionali) e l’eventuale responsabilità del danno, sarà la regione che dovrà attivarsi (con l’eventuale chiamata in causa anche nello stesso processo) per agire contro il soggetto a cui ha delegato l’effettiva gestione del territorio ma senza i costi transattivi che subirebbe il danneggiato.

In sintesi si attribuisce il compito di individuare il responsabile effettivo a chi è nella miglior posizione per capirlo sollevando il danneggiato da una incombenza troppo costosa in termini di costi di transazione<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Sembrerebbero invece restare in piedi invece le altre tensioni costituzionali in relazione agli artt. 3 e 117 co. 2 della Costituzione.

<sup>39</sup> Peraltro, anche sul piano strettamente probatorio, è evidente come la svolta interpretativa alleggerisca, almeno in linea di principio, i costi di transazione; difatti l’individuazione del diverso fondamento civilistico del risarcimento determina una modifica molto incisiva del criterio di attribuzione della responsabilità civile che passa da quella per colpa (ex art. 2043) a quella oggettiva (ex art. 2052) restando al convenuto solo la prova del caso fortuito. Tuttavia, accennando solo alla questione, come elemento resistente alla modifica del regime di responsabilità occorre considerare, almeno nel caso più ricorrente di scontro di un veicolo con la fauna selvatica, la presunzione contenuta nell’art. 2054 in base alla quale il conducente resta responsabile «se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno».

Una tale impostazione sembrerebbe farsi carico di tutte le tensioni del sistema costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24 e 117 della Costituzione in quanto risolve il tema della differenziazione regionale e del principio di uguaglianza, delle possibili ingerenze in materia di ordinamento civile e garantisce un effettivo diritto alla difesa semplificando la posizione del danneggiato che non deve più disperdere energie inutili, rischiando comunque di sbagliare, per identificare il giusto legittimato passivo.

## **6. La precedente decisione della Corte costituzionale.**

A conclusione del contributo, per completezza di analisi, si ritiene opportuno sviluppare alcune brevi considerazioni sulla precedente ordinanza n. 4/2001 della Corte costituzionale in tema di risarcimento danni da fauna selvatica.

Il caso era il seguente: nel corso di un giudizio di risarcimento promosso da un motociclista a causa di uno scontro con un capriolo, il Giudice di pace di Ceva aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2052 c.c. in riferimento all'art. 3 della Costituzione; *il vulnus* al principio di uguaglianza era da ricercarsi nell'interpretazione restrittiva data dalla giurisprudenza di legittimità, che escludeva l'applicazione dell'art. 2052 c.c. ai danni causati dalla fauna selvatica.

Il giudice *a quo* sosteneva come, sin dalla legge del 1977, la nuova qualificazione della fauna selvatica, da *res nullius* a patrimonio indisponibile dello Stato, non poteva non produrre anche effetti sul criterio di attribuzione della responsabilità, determinando, in caso di danno, anche l'applicazione dell'art. 2052 c.c. in quanto, altrimenti, si palesava una irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento tra il proprietario privato di un animale, pacificamente responsabile ex art. 2052 c.c., e l'ente pubblico che, nonostante l'acquisita posizione di "proprietario", sarebbe rimasto responsabile ma in base all'art. 2043 c.c.

E' immediato verificare come il giudice rimettente aveva, allora, già posto all'attenzione del giudice delle leggi la questione centrale su cui, oggi, si fonda il *revirement* della Cassazione; ma la Consulta, con l'ordinanza n. 4/2001, disattendendo l'ipotesi prospettata dell'ingiustificata disparità di trattamento, dichiarò la manifesta infondatezza della questione.

In particolare, la Corte puntualizzò come fosse la condizione di naturale libertà della fauna selvatica, ontologicamente diversa rispetto a quella degli animali domestici (o in cattività), a giustificare l'applicazione dell'art. 2043 c.c. per i primi e l'art. 2052 c.c. per i secondi.

Nelle parole della Corte:

«...nel caso in cui il danno è arrecato da un animale domestico (o in cattività), è naturale conseguenza che il soggetto nella cui sfera giuridica rientra la disponibilità e la custodia di questo si faccia carico dei pregiudizi subiti da terzi secondo il criterio di imputazione ex art. 2052 cod. civ.; laddove i danni prodotti dalla fauna selvatica, e quindi da animali che soddisfano il godimento dell'intera collettività, costituiscono un evento puramente naturale di cui la comunità intera deve farsi carico secondo il regime ordinario e solidaristico di imputazione della responsabilità civile ex art 2043 cod. civ.»

Per la Corte costituzionale, in quel momento storico, la questione sollevata dal giudice *a quo* non sembrava nemmeno porsi in quanto, assecondando l'interpretazione della Cassazione, affermò che per i danni «*da animali selvatici si applica invece l'art. 2043 cod. civ.*».

A questo punto, alla luce della novità interpretativa, occorre chiedersi quali scenari si possono delineare qualora la Corte costituzionale sia di nuovo investita della questione. Difatti, la precedente ordinanza di rigetto per manifesta infondatezza e la nuova posizione interpretativa, sembrano le premesse per una riproposizione della stessa questione davanti alla Corte, sempre per violazione dell'art. 3 della Costituzione ma, stavolta, anche un po' paradossalmente, per applicazione dello stesso criterio a fattispecie ritenute invece, almeno dall'ipotetico rimettente, diverse<sup>40</sup>.

Se questo accadrà la Corte si troverà a dover valutare se la nuova interpretazione dell'art. 2052 possa essere considerata espressione di un nuovo diritto vivente.

La teorica del diritto vivente nasce per trovare una risposta davanti a fattispecie non esplicitamente regolate in cui, inevitabilmente, la funzione interpretativa assume particolare rilevanza; in casi del genere si apre un possibile "terreno di scontro" tra giurisprudenza costituzionale e quella non costituzionale per stabilire a chi spetta il diritto a interpretare.

Il diritto vivente non ha una univoca definizione<sup>41</sup> e risulta un prodotto sociale forgiato dall'interpretazione dei giudici comuni; esso «*presuppone una condizione di uniformità delle interpretazioni-applicazioni della legge*» da intendersi come un «*consistente orientamento prevalente*»<sup>42</sup>.

---

40 Cfr sent. Corte Cost. n. 95/2020; per costante giurisprudenza della Corte, in presenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato «*il giudice a quo, se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (ex plurimis, sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016; ordinanza n. 201 del 2015)*».

41 Cfr G. ZAGREBELSKY – V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, 2012, p. 369 in cui gli A. elencano una serie di definizioni proposte dalla dottrina; cfr in particole note da 57 a 61.

42 *Ibidem*.

La Corte costituzionale ha precisato come non rilevino gli orientamenti della giurisprudenza di merito<sup>43</sup> ma solo quelli espressi dalla Cassazione<sup>44</sup>; non ha inoltre esitato ad accertarne l'esistenza anche in presenza di una sola sentenza a sezioni unite<sup>45</sup> e ritenuto il suo mancato esame da parte del giudice rimettente come profilo di inammissibilità della questione<sup>46</sup>.

Posto che l'ordinanza n. 4/2001 di manifesta infondatezza non può essere considerata una decisione che, in sé, possa precludere o impedire un mutamento nella giurisprudenza di legittimità, la Corte costituzionale, qualora investita della questione, potrebbe quindi considerare la nuova interpretazione dell'art. 2052 c.c. della Cassazione come nuovo diritto vivente; difatti, a fronte di una puntuale motivazione offerta dalla Cassazione, la Corte «non è chiamata a fornire una propria interpretazione della disposizione censurata, ma unicamente a verificare la compatibilità dell'interpretazione fornita dal diritto vivente con le superiori norme costituzionali»<sup>47</sup>; esiste infatti un limite al *self-restraint* della Corte superato il quale l'interpretazione sconfinava nell'illegittimità costituzionale<sup>48</sup>.

Peraltro, vista la linearità delle decisioni e il consolidamento del nuovo orientamento<sup>49</sup> della Cassazione, la Corte costituzionale si troverebbe davanti ad uno

43 Chiara in tal senso la sent. Corte cost. n. 78/2012 dove afferma «[f]ermo il punto che alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente"».

44 Nella sentenza n. 217/2010 la Corte, nel ritenere inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 49, co. 1, del D.Lgs. 546/92 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della L. n. 413/1991), sollevata dalla Commissione tributaria regionale della Campania, dopo aver criticato il giudice rimettente per non aver tentato di interpretare in maniera conforme la disposizione censurata, precisa come non vi sia «alcuna pronuncia della Corte di cassazione, ma solo contrastanti orientamenti della giurisprudenza di merito, che non assurgono a diritto vivente».

45 Nella recente sentenza n. 190/2020 la Corte ha affermato che «[n]el diritto vivente, consolidatosi a seguito d'una pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione in punto di ammissibilità del tentativo (sentenza 19 aprile – 12 settembre 2012, n. 34952), è ormai riconosciuto che il reato si consuma a seguito della sottrazione della cosa altrui, senza che sia necessaria l'instaurazione di una nuova e autonoma situazione di possesso in capo all'agente»; in precedenza cfr. sentenza n. 338/2011 è stato precisato come «in presenza di un orientamento non univoco, le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, hanno ritenuto, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, di cui questa Corte deve tenere conto, di superare in tal modo il contrasto. Siffatta interpretazione costituisce, pertanto, «diritto vivente», del quale si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati».

46 Cfr. recente sentenza n. 231/2020 dove si precisa che, anche se in aggiunta ad altre lacune, «[l]a Corte rimettente omette inoltre di esaminare compiutamente il "diritto vivente" della Corte di cassazione, con riferimento alla perdurante vigenza del requisito della innocupazione».

47 Cfr. sent. Corte cost. n. 124/2019.

48 Recentemente con la sentenza n. 32 del 2020 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione dell'art. 1, co. 6, lett. b), della L. n. 3 del 2019 (la cd "spazzacorrotti") offerta dal diritto vivente; in particolare l'illegittimità è stata dichiarata in relazione all'applicazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, di cui all'art. 25, co. 2, Cost., alle modifiche apportate all'art. 4-bis, co. 1, ordin. penit. dall'art. 1, co. 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), che vi ha incluso i delitti contro la pubblica amministrazione, senza prevedere alcuna disciplina transitoria.

49 Cfr. nota n. 11.

scenario “di rottura”; non diversi e contemporanei orientamenti contrastanti ma un chiaro e netto “prima e dopo”; un secco “cambio di corsia” della giurisprudenza di legittimità a fronte di un immobile quadro normativo.

In chiusura, nell’attesa di verificare l’evolversi dei futuri scenari giurisprudenziali, è però opportuno ribadire come la decisione della Cassazione abbia risolto un’esigenza effettivamente avvertita sul piano della lesione dei valori costituzionali: un complicato e irragionevole sistema che ha seriamente compromesso l’effettività del diritto di difesa del danneggiato.